PRATİK HUKUKTA METOT

Prof. Dr. E. Ernest HİRŞ

Genişletip değiştirerek işleyen
Avukat Volf ÇERNİS

(4. Tıpkı Basım)

BANKA VE TİCARET HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ
Türkiye İş Bankası Vakfı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Enstitü yayınlarında ileri sürülen görüşler
yazı sahiplerine aittir.

Tıpkı basım için 3. baskıdan güncelleştiren ve yayına hazırlayan
Selçuk Veziroğlu

Dizgi : **Aysun Çolakoğlu**
Baskı : **Sözkesen Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.**
Yayın Nu : **375**
ISBN : **975 - 537 - 078 - 1**

ÜÇÜNCÜ ESERİNİ SUNARKEN

29 Mart 1985 tarihinde 83 yaşında kaybettiğimiz **Prof. Dr. E. Hirş** 1933-1952 yıllarında (İstanbul Hukuk Fakültesinde 10 yıl, Ankara Hukuk Fakültesinde 9 yıl) çok verimli ve başarılı bir öğretim ve yayın hayatı ile, güçlü bir hukukçular neslinin yetişmesinde önemli katkıları olan büyük hocalarımız arasında yer almıştır.

Prof. Hirş'in asıl çalışma alanı ticaret hukukudur. Fakat hukukçu olarak ilgi alanı ticaret hukukunu çok aşmış, fikrî ve sınaî haklar, hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında dersleri, kitap ve makaleleri ile Türk hukukuna unutulmaz hizmetler vermiştir.

Enstitümüz, çok yönlü bir hukukçu ve düşünür olan Hocam Prof. Hirş'in Almanca olarak yayınlanan eserini ölümünden hemen sonra Türkçemize kazandırarak "**Hâtıralarım**" (**Kayzer Dönemi - Weimar Cumhuriyeti - Atatürk Ülkesi**) adı ile yayınladı (1985). Yalnız Türk hukukçuları açısından değil, Türk siyaset ve kültür hayatı açısından çok önemli olan bu eserin ikinci baskısı Enstitümüzün izni ile, **Tübitak** tarafından ve bir değişiklik yapılmadan "**Anılarım**" (**Kayzer Dönemi - Weimar Cumhuriyeti - Atatürk Ülkesi**) adı altında yapıldı (1997).

Enstitümüz, Hocamızın 1949 yılında yayınladığı "**Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**" adlı eserinin ikinci baskısını güncel dile uyarlayarak 1996'da yayınladı.

Toplumda yasalar, kurallar ve problemler zamanla değişmektedir. Değişmeyen veya çok az değişen hukuk problemlerini görmek ve doğru çözmek alanında uygulanan "metod"dur. Bundan dolayı Hocamızın 1944 yılında ilk baskısı, 1948'de ikinci baskısı, 1978'de üçüncü baskısı yapılan "**Pratik Hukukta Metot**" adlı eseri Enstitümüz, sadece güncel dile uyarlayarak ve avukat **Volf Çernis**'in üçüncü baskıdaki işlemelerini aynen muhafaza ederek, fakat gerektikçe son durumla ilgili bazı açıklamaları dipnotlar halinde vererek yayınlamaktadır.

İstanbul ve Ankara Hukuk Fakültelerinde ayrı bir ders olarak, çok defa birinci sınıfta verilen "**Pratik Hukukta Metod**" dersini okumuş olan hukukçuların formasyonunda bu dersin ve onu en canlı bir şekilde veren usta Hocamızın önemli bir yeri vardır.

Bu eserle Enstitümüz sevgili Hocamızın ölümünden sonra üçüncü eserini yayınlamaktadır. Yazar, her eserini bir çocuğu gibi sever. Fakat değerli Hocamın bu esere karşı özel bir ilgisi ve sevgisi olduğunu bilirim.

Hukuk öğrencileri ve genç meslekdaşlarım ilk baskısı 53 yıl önce yapılan bu eseri okurken lisans düzeyinde böyle bir dersin niçin ders programlarında yer almadığını kendilerine soracaklar, neleri zamanında öğrenemediklerine üzüleceklerdir.

Prof. Dr. Yaşar Karayalçın
Enstitü Müdürü

ÜÇÜNCÜ BASKIYA ÖNSÖZ

1944 yılında ilk ve 1948'de ikinci baskısı yayınlanmış olan "Pratik Hukukta Metot" adlı kitabım yıllarca önce tükenmiş bulunmaktadır.

Hukukun uygulanması bakımından rehber sayılabilecek yöntemleri içerdiği için bu kitap, büyük olmayan hacmine rağmen, -eski öğrencilerimin her fırsatta belirttikleri gibi- hukukçulara mesleklerinin icrasında çok yararlı olmuştur. Fakat türlü etkenlerden ötürü şahsen bu kitabın yeni baskısını hazırlamak olanağını bulamadım.

Bu küçük eseri işleyerek yepyeni bir hüviyetle yayın alanına çıkarmak üzere İstanbul Barosu'nun ünlü avukatlarından sayın *Volf Çernis* benden izin isteyince bu teklifi büyük bir sevinçle karşıladım ve görevi kendisine bırakmakta tereddüt etmedim. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki öğrenciliğinden bu yana tanıdığım, çeşitli ilmî çalışmalarımda bana yardımını hiç esirgememiş ve üstelik 35 yıllık şahsî bir dostluk bağı bulunan *Volf Çernis*'in şahsiyeti ve mükemmel yeteneği, Türkçe yayınlarım arasında adeta "gözbebeği" gibi sevdiğim bu eserin öz ve ruhuna sadık kalınacağı hususunda bir garanti teşkil ediyordu.

Volf Çernis, yüklenmiş olduğu bu yorucu ve vakit alıcı vazifeyi, hiçbir zahmetten kaçınmaksızın, büyük bir itina ve titizlikle yerine getirirken ve bu kitapçığın, günün ihtiyaçlarına uygun olarak yeniden yayın alanına çıkması için uğraşırken 8 Şubat 1977 tarihinde âni olarak vefat etmiştir.

Pek değerli dostumu kaybetmenin büyük üzüntüsü içinde bizzat teselli bulmak ve aziz meslektaşımın son arzunu yerine getirmek için eserdeki bazı boşlukları gidermeye çalıştım. Ancak bu çalışma sırasında kitapta *Volf Çernis*'e ait kısımların üslubunu değiştirmedim. Bu bakımdan dikkatli okuyucularım bu kitabın önceki baskıları ile bu baskısı arasında bazı farklar müşahade edebilirler.

Av. *Volf Çernis*'in ölümünden önce kaleme aldığı ve Batider'in Haziran 1977 (C. IX. Sa. 1) sayısında yayınlanan "*Hocamız Prof. Dr. Hirş ve bir eserin yeniden doğuşu*" adlı makale, bu eser için aslında bir çeşit "Önsöz" mahiyetinde kabul edilebilir:

"*PRATİK HUKUKTA METOT adlı eserin, birkaç aya kadar sunulabileceğini kuvvetle umduğum yeni şeklinin de asıl ve gerçek müellifi Prof. Hirsch'tir; çünkü sayfa adedi itibariyle fakir kalan, fakat muhteva bakımından, anlayan için paha biçilmez zenginlikteki eserin ruhunu ve nüvesini teşkil eden hemen hemen bütün önemli bölümlerinin temellerini atmış olma şerefi, münhasıran O'na aittir. Biz, sadece, avukat olarak otuz yılı aşan meslekî tecrübe ve bilgilerimizi seferber ederek,*

1977 mevzuatına göre bazı düzeltmelerde bulunmak, ilgili kısımlara lüzumlu ilâveleri yapmak, bazı bahisleri genişletmek, hiç değinilmemiş bazı konuları ele almak, özellikle Yargıtay'ın uygulamalarına yer vermek, birtakım düşüncelerimizi dile getirmek, son yirmi yıl içinde kendini giderek kabul ettiren Türkçeyi sadeleştirme ve yabancı kelimelerden arındırma akımı ile hemahenk olarak, zamanımızın koşullarına uygun, fakat yaşayan dilin güzellik, berraklık ve özelliklerini gözler önüne seren akıcı ve sürükleyici bir üslûbun kitabın yazılışında hâkim olmasına hassaten önem vermek suretiyle, kitabın temeline nisbetle yine de mütevazi kalan bazı katkılarda bulunmak yolu ile kitabı "à jour" yani günümüze uygun hale getirmeye çaba harcadık".

Harcanan büyük çabanın verdiği meyveler kitabımın üçüncü baskısında umuma arzedilmektedir. Av. *Volf Çernis,* bu başarılı işleme ile, kitabıma yeni nesle hizmet etmek olanağını sağlamış bulunmaktadır. Bu hizmet ve yardımı dolayısıyla hayata gözlerini kapamadan önce dostum Av. *Volf Çernis*'e mektupla ve şahsen sunduğum tebrik ve teşekkürlerimi, şimdi, ölümünden sonra burada alenen tekrarlamayı bir borç sayarım.

Kitabımın yeni baskısının hazırlanmasında değerli meslektaşımın iş arkadaşı sayın Av. *Ahmet Ergun* da yardımcı olmuştur.

Kitabın üçüncü bölümünü oluşturacak "Bibliyografya" Av. *Volf Çernis*'i kaybettiğimiz tarihte baskıya hazır durumda değildi. Bu bölümü yeniden ve bizzat hazırlamanın güçlükleri karşısında ilk ve ikinci baskısının yayınlandığı yıllarda benzeri bulunmayan bu bölümden vazgeçmenin daha uygun olacağı sonucuna vardım. Bu konularda bilgi edinmek isteyen meslekdaşlarım Prof. Dr. *Yaşar Karayalçın*'ın "Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Problem Çözme" adlı kitabından (Ankara, 1977, s. 11-31, 57-66) faydalanabilirler* .

Eserimin ikinci baskısı gibi, üçüncü baskısının da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları arasında çıkmasına imkân veren Yayın Komisyonu'ndaki sayın meslektaşlarıma ve baskı işi ile ilgilenen Prof. Dr. *Yaşar Karayalçın* ve Yargıtay Üyesi *İsmail Doğanay* dostlarıma bilhassa müteşekkirim.

Aralık 1977 *Prof. Dr. Ernest Hirş*
KÖNİGSFELD im Schwarzwald
(Federal Almanya Cumhuriyeti)

(*) Karayalçın, Prof. Dr. Yaşar: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, genişletilmiş 4. baskı, Ankara 1994, s. 41-70. (S. V. notu)

"Est ist nicht genug zu wissen, man muss auch anwenden,
Es ist nicht genug zu wollen, man muss auch tun."

G o e t h e

"Yalnız bilmek yetmez, uygulamak da gerek;
Yalnız istemek yetmez, yapmak da gerek."

G o e t h e

İÇİNDEKİLER

Üçüncü eserini sunarken (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın).....III
Üçüncü baskıya önsöz (Prof. Dr. Ernest E. Hirş).....IV

GİRİŞ.....1

Birinci Bölüm

HUKUKÎ SORUN NASIL ÇÖZÜMLENİR?

§ 1- Olay.....5
§ 2- Soru.....8
§ 3- Hukuk düzeni.....10
§ 4- Niteleme.....13
§ 5- Davanın türü "Qualis est actio".....18
§ 6- İddia ve savunmanın dayanağı olan hukuk ilişkisi.....23
§ 7- Şema.....29
§ 8- Hukukî ilişkinin kanunî unsurları.....34
§ 9- Yasanın olaya uygulanması.....37
§ 10- Olaya uyabilen çeşitli hukuk ilişkilerinin çözümlenmesi.....45
§ 11- Sınıflandırma.....53
§ 12- Problem çözümünün dış biçimi.....75
§ 13- Çalışma planı.....81

§ 14- Bilimsel kanıt ve yorum 83
§ 15- Hitabet ve hazırcevaplık 95
§ 16- Yargıtay, Danıştay ve diğer mercilerde duruşma 100
§ 17- Üslûpta açıklık ve objektiflik 104

İkinci Bölüm
ÖRNEKLER

I- Ticarette susma 111
II- M. Bayer ve ortağı 118
III- Genel vekil 128
IV- Poliçenin cirosu ve alacağın devri 134
V- Davanın türü "Qualis est actio?" 139

GİRİŞ

Hukukî bir uyuşmazlık (ihtilâf) karşısında kalınca, yapacağımız ilk iş, bir hukukçuya başvurarak fikrini sormak ve uyuşmazlığın çözümünü istemektir. Hukukçu hemen cevap veremeyecektir, çünkü hukukçunun cevap verebilmesi için uyuşmazlığın mahiyeti ve nedenini saptayabilmesi gerekir. Bu saptama yani *uyuşmazlığın hukukî bağlantı noktasını bulma işi* sanıldığı kadar kolay değildir. Bunu yapabilmek için hukukçunun; toplumun bünyesini, toplum içinde cereyan eden olayları, bu olayların doğurduğu etkileri, uyuşmazlığın etkenleri ile ihtilâfı doğuran sebepleri ve bunları gösteren belirtileri teşhis etmesi şarttır; ayrıca, ihtilâfı önlemek veya ortadan kaldırmak için zorunlu olan vasıtaları da bilmesi lâzımdır.

Demek oluyor ki, hukukçu olabilmek ve bu sayede uyuşmazlığın türü ve mahiyetini saptayabilmek için, onu çözümlemeye yarayan meslekî bilgi ve metodlara hâkim olmak şarttır. O halde hukuk öğrencisinin, hayatta karşılaştığı zorlukları ve mesleğinin kendisine yüklediği özel ödevleri hakkıyla başarabilmesi için hem teorik, hem de pratik bir tarzda yetişmiş olması gerekir.

Meslekî bilgiyi aktarma işini teorik dersler ve kitaplar görür. Ders, kulak vasıtasıyla; kitap, göz yoluyla dimağa sızar. Bu konuda daha fazla açıklama yapmaya gerek görmüyoruz.

Prof. Dr. *Yaşar Karayalçın*'ın 1977 yılında yayınladığı "Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Problem Çözme" adlı kitaptan da anlaşılabileceği gibi (s. 58'e bkz.) pratik uygulama hakkında Türkiye'de bugün dahi az yayın bulunmaktadır*. Bu sebeple bu konuyu ayrıntılı bir şekilde incelemek ve açıklamalarda bulunmakta yarar vardır.

Bugün bile Üniversite'de öğretim görevinin; bilim malzemesinin aktarılmasından ibaret olduğu fikri hâkimdir. Gerçek bir hukukçunun ayırıcı ve karakteristik niteliklerinin en önemlisi sayılan, *hukukî tarzda düşünme* alışkanlık ve kabiliyetinin ise, pratik günlük yaşamda geçirilecek

---

(*) *Karayalçın*, Prof. Dr. Yaşar: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, genişletilmiş 4. baskı, Ankara 1994, s. 54. (S. V. notu)

tecrübe ile kendiliğinden elde edilebileceği sanılır[1]. Fakat bu görüş tarzı yanlış olduğu kadar, hem hukukçular, hem de hukukçulara muhtaç olanlar için zararlı ve tehlikelidir de.

Gerçi, ünlü bir Alman atasözü olan "*Übung macht den Meister*" deyiminin Türkçe karşılığını teşkil eden "*Deneyim ve alıştırma kişiyi usta kılar*" vecizesi, büyük bir hakikat payı taşır. Ancak, usta olmak isteyen kalfa da, bu payeyi kazanmadan önce çıraklık eder ve çıraklık döneminde bir süre, mesleği için zorunlu olan teknik becerileri ve ustalığı öğrenmek zorunda kalır. Bunlar olmaksızın kalfanın bile kalfa olarak çalışması olanaksızdır.

Dikkat edenler kolayca farkına varıp tesbit etmişlerdir ki, Hukuk Fakültesi'nde ders vermekte hiç güçlük çekmeyen profesörler bile avukat olarak vazife alırken aynı başarıyı gösterebilmekten, genel olarak, uzak kalmaktadırlar. Hatta ikisi de, bünyeleri itibariyle pratik meslekler olmalarına rağmen, avukatlık bambaşka bir sanat olduğu için hâkimlikten ayrılıp, avukatlık yapmaya başlayanlardan birçoğunun buna intibak etmekte büyük güçlük çektikleri görülmektedir. Hele kupkuru nazariyelerle kafaları dolan hukuk mezunlarının gerçek hayata atıldıkları zaman, "tatbikat" denilen engin denizde boğulma tehlikesi ile karşı karşıya kalarak, uzun süre bocaladıkları bir gerçektir.

Eğer genç hukukçular, Fakülte'deki öğrenimleri sırasında, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde medenî hukuk dersleri vermiş olan merhum Prof. *Andreas B. Schwarz*'ın yinelemekten bıkmadığı üzere, "*pensée juridique*"e (*hukukî düşünceye*) sahip olamamışlar ise -hiçbir zaman iyi bir hukukçu ve öncelikle hukukun uygulayıcısı olamıyacaklarından- her şey nafiledir.

Hukuk bilgisini metodik olarak uygulamayı öğrenmeyen hukukçu, bütün hukuk kitaplarını, -halkın hoşuna giden bir deyimle- "yutmuş" olsa bile, hukukçu sayılamaz. Hukukçu da, teorik bilgisinin yanında mesleğinin *teknik* inceliklerini öğrenmek zorundadır. Bu işe Üniversite'de başlamak, erken değildir. Nasıl ki, doktor; hekimliği, önce kadavra üzerinde öğrendikten sonra, edindiği bilgiyi canlı insanlara uygulayabiliyor ise, hukuk öğrencisi de gerçek davalarla uğraşmaya başlamadan önce, tercihan gerçek hayattan alınmış örnek ve problemlerle *hukukçuluğun* pratik kısmını öğrenmeli ve ancak bundan sonra hâkim, savcı, avukat veya hukuk müşaviri olarak asıl çalışmalarına başlayabilmelidir.

Gerçi ders kitaplarında verilen teorik bilgilerin örneklerle aydınlatılması faydasız değildir. Fakat teorik derslerin bu tarzda

---

(1) Bu hususta bkz. *Fabreguettes*, D.: Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945, s. 10.

canlandırılması mecburî olmadığı gibi, pratik hukukçuluğu öğretmek için yeterli de değildir. Bunun için özel bir örgüte ihtiyaç vardır: Teorik dersler, pratik kurlar ile tamamlanmalıdır.

Jhering'e göre mesleğe yeni başlayan kimse:

1- Teoride herhangi bir hususu *soyut (mücerret)* ölçülere göre ayırt etmekle bu farkı *somut (müşahhas)* bir vakıada saptayıp açıklamanın birbirinden büsbütün ayrı şeyler olduğunu,

2- Nazariyeci için herhangi bir sorunu fikren açıklamanın kolay, fakat taraflar için aynı meseleyi davada ispatın ise güç olduğunu,

3- *Sonucun mantık bakımından doğruluğu ile aynı sonucun çıkarlar durumuna uygunluğu* sorununun yine birbirinden ayrı şeyler olduğunu, ancak pratik kurda öğrenebilecektir.

Kanımızca ancak kendisine sorulan pratik bir meseleyi metot bakımından doğru tahlil edip çözümlemeye gücü olduğunu ispat eden bir hukukçu, hayat için zorunlu olan tatbikî bilgi ile cihazlanmış ve staja yetenekli sayılabilir. Sırf teorik olarak yetişmiş bir öğrencinin hayatta karşılaşacağı güçlükleri yenebilmesi için oldukça uzun bir tecrübe süresine muhtaç olduğu ve bu müddet içinde birçok kimsenin canını yakacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Tümevarımla öğretim metodu, eski hukuk okullarında normal bir usul olduğu gibi, bugün bile Anglo-Sakson hukuk çevrelerinde başarı ile uygulanmaktadır. Burada hukukçu, mesleğini, bir çırak gibi öğrenir.

Bu metot; her nedense, Kara Avrupası hukuk alanında gitgide artan kanunlaşma ve sistemleşme sonunda, özellikle bu akımın hukukî düşüncede doğurduğu uyuşukluk yüzünden büsbütün unutulmuştu. İlk olarak *Rudolf von Jhering* pratik kurlarda problem çözümünün önemini ve bunun teorik derslerden geri kalmadığını göstermiş ve aldığı parlak sonuçlarla meslekdaşlarının çürük fikirlerini söküp atmıştır. Bugün Kara Avrupası'nda da pratik kurlar, teorik dersler gibi, hukuk öğretim sisteminin bir parçasıdır[2]. Şu halde, İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri'nin reformunda pratik kurların mecburî dersler arasına alınmış olması, gayet normal karşılanmalıdır. Fikrimizce, pratik kur, hukukta da öğrenimin tamamlayıcı parçası olarak kabul edilmeli ve teorik derslerle aynı düzeyde tutulmalıdır. Pratik kur öğrenciye, hukuk öğreniminin kuru bir bilim olmadığını, yalnız teoriye ve soyut tanımlamalara inhisar etmediğini, tıp gibi uygulamalı bir bilim olduğunu gösterecektir.

---

(2) Bu hususta bkz. *Rouast*: Hukukta Mücerretlik ve Müşahhaslık (Türkçe'ye çeviren: *Dönmezer*, Sulhi ve *Belik*, Mahmut, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1941 (VII), s. 944 vd.

Şuna da işaret edebiliriz ki, pratik kurun diğer bir faydası da, profesöre, kendini nazarî ilim deryasına gömülmekten kurtarması gerektiğini ve esas görevinin *güçlü meslek adamı* (yani memleket ihtiyaçlarına cevap verecek yetenekli memur, hâkim, savcı, avukat ve hukuk müşaviri) yetiştirmek olduğunu hatırlatmaktır. *Amaç, öğrencinin zihnini teori ve ölü kavramlarla doldurmak değil, ilim malzemesinin öğrencinin ihtiyacına, yani karşılaşacağı yaşam koşullarına uygun olması ve onun anlayabileceği, kavrayabileceği biçimde kendisinin önüne serilmesidir.*

Pratik kurların teorik derslerle aynı değerde olmadığını ileri sürenler, pratik kurların gerçek ve günlük hayattaki önemini kavramamış olanlardır. Gerçekten de, amaç ve metot bakımından pratik ders, teorik dersten farklıdır. Pratik kur, teorik dersler kadar sistematik olmamakla beraber, pratik kurlarda, derslerde derinleştirilmesine olanak bulunmayan birçok bahsin derinliklerine inmek olanağı vardır.

Pratik kur, seminer ile de karşılaştırılmamalıdır. Seminer, öğrenimin sonuna yaklaşmış, bilgi bakımından olgun ve yetişmiş öğrenciye bilimsel araştırmalarında yol gösterir; daha çok doktora ya da hukukun bir bölümünde ihtisas yapmak özlemini çeken öğrenciye hizmet eden özel bir müessesedir. Buna karşılık pratik kur, öğrencilerin *hepsine* hitap eder ve teorik derslerde elde edilen bilginin somut vakıalara nasıl uygulanacağını gösterir.

Deneyimler, teknik bakımdan yetişmemiş olan hukukçunun en sade sorunları çözmekten âciz olduğunu göstermiştir. En geniş bilgiler bile uygulanamadıktan, daha doğrusu, tatbiki için zorunlu olan metottan yoksun olduktan sonra değersizdir.

Her sorunun çözümünde -olaydaki fiilî unsurları saptama gereği bir yana bırakılırsa- iki esas önemlidir: *Problemi bulmak ve problemi tahlil ederek, buna bilimsel bir biçimde cevap vermek.* Her ikisi de öğrenilmelidir. Sorunu meydana koymak, meleke işi olduğu gibi, doğru cevabı bulmak da, ayrı bir sanattır. Fakat yalnız zekâ ve alışkanlık, yeterli değildir. Nasıl ki bir doktor hastalığı teşhis ve ona göre tedavisini tayin etmeden önce hekimlikte hüküm süren planlı ve sistematik kurallara göre hareket etmek mecburiyetinde ise, hukukçu da, karşılaştığı sorunların çözümünde belli ve oldukça yerleşmiş kurallar uygulamak zorundadır.

Hukukçunun değeri, bilgi derecesi ile değil, bilgisini uygulama yeteneğiyle ölçülür.

Birinci Bölüm

HUKUKÎ SORUN NASIL ÇÖZÜMLENİR?

§ 1

OLAY

Herhangi bir hukukî uyuşmazlık veya sorunun çözümlenmesinde iki husus önemlidir:

Biri, uyuşmazlık veya sorunun esasını teşkil eden hukuk problemlerini *keşfedebilmek;* diğeri, sorulan soruya inandırıcı ve mantıkî *cevap vermektir.*

Uyuşmazlığın özünü, kısaca ana problemi bulmak için olayı *hukukçu* gözüyle mütalâa ederek incelemek gerekir; çünkü aynı olayı çeşitli cephelerden tetkik etmek mümkündür. İnceleme tarzına göre olay mahiyetini değiştirebilir. Örnek olarak, gazetelerin sık sık yazdığı bir olayı ele alalım: Bir binada çalışan iki yapı işçisi, küçük bir çömlek içinde, eski zamanlara ait altın para buluyorlar. Bu mutlu olayı kutlamak amacıyla bir meyhaneye gidiliyor, orada çok içki içilerek paraların bölüşülmesi görüşülüyor. Bu sırada aralarında kavga çıkıyor. İçkinin verdiği cesaret ile her ikisi bıçaklarına sarılıyorlar ve sonunda biri ölüyor, diğeri de ağırca yaralanarak ameliyat edilmek üzere hastahaneye kaldırılıyor.

Bu olay, bir işçi veya mülk sahibinin, sarraf veya antikacının, tarihçi veya sosyoloğun, doktor, polis veya hukukçunun görüş tarzına göre, mahiyetini değiştirecek ve bunlardan her biri, diğerinin görmediği veya ilginç bulmadığı problemlere rastlayacaktır. Çünkü tecrübe ile sabit olmuştur ki, herkes, olayı ilkin kendine mal eder, yani kişiliğini bu olay ile birleştirir. Düşüncelerinde hareket noktası kendi şahsı olduğundan, olayı tahlil ederken de mesleği aracılığı ile edindiği bilgilere göre hüküm verir. Bu kabil bir olay ile şahsî veya meslekî ilgisi olmayan bir kişi ise, olay karşısında ya olumsuz bir tavır takınır ya da hadisenin özünü teşkil eden problemi sağduyusu ile çözümlemeye uğraşır. Hukukçu olmayan bir kimse için anılan olayda hiçbir hukukî sorun yoktur. Olay üzerinde düşünmeye gerek görür ise, belki de bu şahıs küpü kendi bulmadığı için

talihine küsecektir; çünkü bulunan paranın bulana (işçilere) ait olduğunu sanabilir. Bundan başka, belki sağ kalan işçinin ceza görmesini isteyecektir. Kısaca, olay hakkında yürüteceği fikir bundan ibarettir. Halbuki hukukçu bu olayda birçok sorunla karşılaşacak ve bambaşka sonuçlara varacaktır.

Demek oluyor ki, bir olayın *hukukçu* gözüyle incelenmesi ve tahlili ne tabiî, ne de sanıldığı kadar kolay bir şeydir. Çünkü "hukuk" kelimesi binlerce hukuk kuralının simgesidir. Hukuk kuralı tahlil edilirse, bu kuralın unsur ve şartları ve bu unsur ve şartlara bağlı sonuçları kapsadığı görülür.

Her hukuk normunu, ister kanun veya tüzükten doğmuş ister örf ve âdet ürünü olsun, iki bölüme ayırmak kabildir: Birinci bölüm, kuralın şartlarını, unsurlarını ihtiva eder. İkinci kısımda sonuç yazılıdır; ancak o tarzda ki, hukuk kuralında aranılan unsur ve şartlar olayda var ise, hukuk kaidesinde öngörülen hukukî sonuç meydana gelir. Buna karşılık, olayda, kanunun aradığı koşullar yani kuralın unsurları yok ise, bu koşul ve unsurlara bağlanan sonuç gerçekleşemez. Örnek olarak Medenî Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasını ele alalım:

"Her şahıs, medenî haklardan istifade eder".

Bu hukuk kuralı şart ve sonuç bölümlerine ayrılırsa şu biçimi alır:

"Bir şey, şahıs sayılır ise; medenî haklardan faydalanır; şahıs sayılmaz ise medenî haklardan faydalanmaz".

Görülüyor ki, bir kimsenin medenî haklardan faydalanma hakkı, belli bir koşulun gerçekleşmesine bağlıdır. Bu koşul, o kimsenin "şahıs" olarak nitelenebilmesidir. Hükmün sonuç kısmı ise, şahıs sıfatını haiz şeyin, medenî haklardan faydalanmasıdır. "Şahıs olma" şartı gerçekleştiği takdirde, o kimse, medenî haklardan faydalanabilecektir. Henüz ana rahminde bulunan cenin, şahıs değildir; bundan dolayıdır ki, medenî haklardan faydalanamaz; ancak çocuk sağ doğmak şartiyle, ana rahmine düştüğü andan itibaren medenî haklardan faydalanır (MK. m. 27, 524, 298, 584). Şahıs niteliğini kazanamadığı için ölü olarak doğan çocuk ise medenî haklardan faydalanamayacaktır. Buna karşılık, sağ olarak doğan çocuk, doğumundan hemen sonra ölse bile, arada şahıs sıfatını elde etmiş olduğundan, medenî haklardan istifade eder. Hattâ doğumdan bir saniye sonra ölse de şahıs sıfatını yine kaybetmiş olmaz; ancak öldükten sonra şahsiyeti sona erer. Bu ayırımın önemi, Medenî Kanun'un 422 ve 425. maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun benzer hükümleri göz önünde tutulursa, hemen gözlerimizin önünde canlanıverecektir.

Demek oluyor ki, *hukuk kuralının öngördüğü sonuç, ancak maddî vakıada kuralın şart bölümünde aranılan unsurlar var ise, gerçekleşebilecektir.* Böyle olunca, bir olayda, olayın dayandığı hukukî

sorunun bulunması, o olay hakkındaki bilgiye bağlıdır. Olay yanlış veya eksik bir tarzda anlatılmış ise, mesleğinde ne kadar bilgili olursa olsun, hiçbir hukukçu o konuda doğru bir mütalâa söyleyemez. Bunun içindir ki, ünlü bir vecizede açıklandığı üzere "*Fetva, anlatılışa göre verilir*". Hukukçu olmayanlar, hâdiseyi anlatırken, hukuk bakımından önemli olmayan, olayın özü ile ilgisi bulunmayan birçok ayrıntıyı söylemekten yorulmazlar, fakat her nedense, en önemli noktaları anlatmayı ihmal ederler. Aynı hastalığa, ne yazık ki, bazan hukukçuların da tutulduğu görülmektedir.

Genel olarak, hukukçu da, doktor gibi, meçhuller içinde yüzer. Her ikisi de teşhislerini koymadan olayın veya hastalığın mahiyetini, uygun sorular sorarak, binbir güçlükle öğrenmek zorundadırlar. Yalnız şunu da eklemek gerekir ki, yerinde soru sormak büyük bir sanat ve hünerdir. Her sanat gibi, bunun da öğrenilmesi gerekir. Söyletmek bazan söylemekten çok daha güçtür.

Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, bir uyuşmazlığın çözümlenmesi, ilkin olayın doğru olarak anlaşılmasına bağlıdır; diğer bir söyleyişle, olayın tam olarak anlaşılması, sorunun meydana çıkarılmasında bir ön şarttır. O halde, sorunların çözümlenmesinde *birinci ana kural şudur*:

Olayı saptayıp kendinize mal ediniz!

§ 2

SORU

Olay aydınlanmış ve bilinmekte, bu hususta edinilmesi gereken bilgi alınmış ise yapılacak ikinci iş, incelemelerin hangi noktalarda icra edileceğini tayin, diğer bir söyleyişle *sorulan soruyu hukukî bir tarzda tesbittir:* "Bizden ne isteniliyor, hangi hususa cevap vermemiz talep ediliyor?" Sorulan sorunun özü anlaşılmış olmalıdır ki, meseleye cevap verilebilsin.

Örneğin, birinci paragrafta anlatılan olayı ele alalım. Burada birbirine karışmış o kadar çok hadise vardır ki, nereden işe başlayacağımızı ve hangi hususlar hakkında fikir söyleyeceğimizi kestirmek güçtür, hattâ bunlar arasında şaşırmamak işten bile değildir.

Yalnız örnek olarak bu hukukî sorunlardan bazılarına değinelim:

1- İki işçinin hareket tarzı cezayı gerektiren bir fiil mahiyetinde midir, değil midir? Suç varsa, nasıl nitelenebilir, yani Türk Ceza Kanunu'nun veya diğer bir kanunun ceza hükümlerinden hangileri uygulanacaktır? Hangi mahkeme görevlidir? Bu gibi olaylar karşısında polis ve savcılığın görev ve yetkileri nelerdir?

2- Ölen işçinin mirasçılarının, diğer işçiye karşı zarar ve ziyan istemek hakları var mıdır, yok mudur?

3- Bulunan eski paralar kime aittir? İşçilere mi, onların iş sahibine mi, yoksa binanın malikine mi? Malik olan kimse, kime karşı ve hangi tür dava açacaktır? İşçiler altınların maliki olamıyor iseler, hakikî malikten ödül olarak bir para isteyebilirler mi?

4- Meyhane sahibinin, hastahanenin, doktorun, hazinenin de, şu veya bu bakımdan talep hakları var mıdır, yok mudur? Bunun gibi daha nice nice soru...

Görülüyor ki, ilk bakışta pek sade gibi görünen hikâyede birbirinden ayrı o kadar çok sorun vardır ki, bunları bulmak bile ikinci bir problem yaratır.

Uygulamada hukukî bir sorun ortaya atıldığı zaman genel olarak, cevaplandırılmak istenen soru açıkca sorulur veya olayın anlatılışından üstü kapalı anlaşılabilir. Dava açan veya İdare'ye başvuran bir kimse, dava arzuhaline veya İdare'ye hitap eden dilekçesine uygun bir karar çıkmasını beklediği halde, hakkı ihlâl edilen ve bundan dolayı bir avukattan yardım isteyen kimse, çıkarlarını nasıl koruyabileceği hususunda elverişli rey, direktif ve öğütleri öğrenmek arzusundadır.

Hukuk hâkimi, incelemelerini, tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmaların yarattığı sorunlara ve vereceği karar ile bu karara dayanak olan gerekçelere ilişkin hususlara hasreder. Buna karşılık bir mütalâa beyan eden avukat, kendine anlatılan olayı her cepheden incelemek, danışma isteğinde bulunan kişinin savunmasına yarayacak her olasılığı, her hukukî vasıtayı araştırmak zorundadır. Bununla beraber, rey ve fikir beyan eden hukukçunun sorun üzerinde yapacağı inceleme de, meselenin mahiyeti ile belli sınırları ve danışmadan beklenilen amacın çerçevesini aşamaz. Çünkü istişare isteğinde bulunanın maksadı, nazarî bir tetkik değil, davasının nasıl savunulacağını, yani mahkemede ne gibi vasıta ve imkânlara sahip olduğunu olumlu olarak öğrenmektir.

Demek oluyor ki, sorunların çözümlenmesinde *ikinci ana kural* şöyle ifade olunabilir:

Sorunun özünü tahlil ederek, soruların özünü saptayınız!

İncelemeye sorudan hareket ederek başlayınız!

Ne sıfatla cevap vereceğinizi kestirmeden işe girişmeyiniz!

§ 3

HUKUK DÜZENİ

Asıl görevimizin, olayı *hukuk* bakımından incelemek olduğunu söylemekle, üstü kapalı olarak, bir hukuk düzeninin varlığını farz ve bu hukuk nizamının bilindiğini kabul etmiş oluyoruz. Bununla beraber varsayımımızda hukuk "meçhul" bir etkendir; çünkü "hukuk" mefhumu hakkında o kadar çok teori vardır ki, bunlardan hangisinin doğru olduğunu ayırt etmek bile güçlük çıkarabilir.

Hukukun doğumu, mahiyeti, gelişim ve ilerlemesi hakkında hukuk ve devlet felsefecileri tarafından ortaya atılan kuram ve varsayımlar bir tarafa bırakılarak gerçek ilişkilerin gözlemlenmesiyle saptanılan olaylar incelenirse, şöyle bir sonuca ulaşılır:

En eski zamanlarda bile, kişilerin topluluk halinde yaşadıkları her yerde, toplum üyelerinin birbirleriyle olan ilişkilerini, özellikle toplum içindeki hayat koşullarını düzenleyen ve esas hedefi fertlere, insan olarak insanca yaşama olanağını sağlamak olan bir düzene rast gelinir. Biz bu düzene, "hukuk düzeni", kısaca "hukuk" diyoruz.

Bu düzenlerin içeriği, hukuk tarihi ve karşılaştırmalı hukuk bakımından araştırıldığı takdirde, tek düzen yerine birden çok düzenlerin, dolayısıyla çok sayıda "hukuk" anlayışının var olduğu görülür. Belli bir toplum içindeki hayat koşulları ve bu yaşam şartlarının doğurduğu çıkarlar ve son olarak, bu menfaatlerin en âdil hukuk düzeninin kurulması hususunda yarattığı fikir ve ülküler de, zaman ve yere göre, değişir.

Ebedî, her yerde mutlak surette geçerli olan, muhteva bakımından değişmez bir hukuk yoktur. Ebedî olan, değişmeyen ve mutlak surette hüküm süren yalnız bir tabiat kanunu vardır ki, o da, fertlerin düzensiz olarak yaşayamayacaklarıdır. İstisnasız olarak her toplulukta, bu toplum ne kadar geri kalmış olursa olsun, mutlaka bir hukuk düzenine rastlanır. Hatta haydut çetesinin bile, kendisine özgü bir düzeni vardır.

Demek oluyor ki, bir olayı "hukuk" bakımından incelemek gerekirse, *bu olayı zaman ve yer itibariyle belli bir hukuk düzenine bağlamak ve bu hukuk düzeninde yürürlükte olan kurallara göre incelemek* gerekir. Bu olayı, salt kuramsal olarak, hayal gücüne dayanarak, istediğimiz zamana ve arzu ettiğimiz hukuk düzenine geri götürüp o tarihte yürürlükte olan hukuk kurallarına göre inceleyebiliriz. Örneğin Roma Hukuku derslerinde durum böyledir. Olay aynı olaydır. Ne var ki, uygulanan hukuk, bugünkü hukuk olmayıp, bundan ikibin yıl önce belli bir ülkede câri olan hukuktur.

Görülüyor ki, bir olayı hâkim veya avukat sıfatıyla incelerken, bu olayın zaman ve yer bakımından nerede vukua geldiğini bilmek gerekir. Bunun saptanabilmesi, genel olarak kolaydır. Fakat öyle olaylar vardır ki, zaman ve yer bakımından hangi hukukun uygulanacağı hemen kestirilemez, yani güçlük, henüz uygulayacak kanun maddesi bulunmadan bile başlayabilir.

Bir kanunun *zaman* bakımından kapsayacağı alanı saptayan normlar, bize, belli bir tarihte meydana gelen olaya hangi hukuk kurallarının uygulanacağını gösterir. Örneğin "Kanunu Medenî'nin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun" başlığını taşıyan kanunun 1-42. maddeleri ile "Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun" adlı 6763 numaralı kanunun birinci faslında yer alıp 1-40. maddelerini içine alan intikal hükümleri, bu amaçla konulmuştur. Bu maddeler bize, zaman bakımından, filanca olay hakkında hangi kanunun yürürlükte sayılacağını saptar.

Devletler hususî hukuku ise yer bakımından birbirinden ayrı hukuk düzenlerine tâbi görünen bir olaya hangi hukukun uygulanacağı sorunu ile uğraşır. Burada zaman bilinmektedir. Yalnız olay, unsur ve sonuç itibariyle birbirinden ayrı çeşitli ülkeleri ilgilendirdiğinden, farklı hukuk düzenlerinin tatbiki söz konusu olabilir. Devletler hususî hukuku kuralları henüz birleştirilip kanun haline konulmuş olmadığından, uyuşmazlığın çözümlenmesi, diğer olaylara oranla, daha büyük güçlük gösterecektir. Hatta bir sonuca varılsa bile, pek çok hallerde bu sonucun yabancı devlet mahkemeleri tarafından kabul edileceği kesin olarak söylenemez.

Bunun nedeni, uygulanacak hukuku bulmak meselesinin, sanıldığı kadar kolay olmayışıdır; çünkü herhangi bir olay (ilgili kişilerin vatandaşlığı, ikametgâhı, işledikleri fiilin nerede vuku bulduğu, neticesinin nerede meydana geldiği, muamelenin yerine getirilmesinin veya noksan ifa edilmesinin nerede gerçekleşmiş olduğu, muameleye konu olan şeyin nerede bulunduğu gibi hususlardan dolayı) birden fazla hukuk düzenine ilişkin bulunursa, bu düzenlerden hangisinin tercih edilmesi gerektiği meselesi, ilgili hukuk düzenlerinde aynı tarzda çözümlenmemiştir. Böyle

olunca hâdise, ancak esas olarak kabul edilen düzen bakımından mütalâa edilebilir.

Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olup, İstanbul'da bulunan bir Amerikan tacirinin, Paris'te bulunan bir İspanyol tacirine sattığı malları taşıyan İtalyan vapuru Pire limanında bir İngiliz gemisi ile çarpışarak yükünü boşaltmak zorunda kalır ise, malların vaktinde Fransa'ya ulaşmamasından ileri gelen zarara kimin katlanacağı sorununun çözümlenmesi için, olaya, Türk, Amerikan, Fransız, İngiliz, İspanyol, İtalyan ya da Yunan mevzuatından hangisinin uygulanması gerekeceğine karar vermeden önce, davanın esasına ait ilgili hükümlere bakmak anlamsızdır. Demek oluyor ki mahkeme, talepler hakkında karar vermeden önce hangi hukuk düzeninin dikkate alınacağını saptamalıdır.

Ancak bu tarzda hareket, mantığa uyar. Hatta mahkeme bu hususu incelemiş olduğunu ve vardığı sonucu karara yazmalıdır ki taraflar, mahkemenin bu noktayı da ihmal etmediğine kanaat getirmiş olsunlar; çünkü ancak her hususta inandırıcı ve gerekçeli bir karar tarafları tatmin edebilir.

Diğer yandan gerekçeli karar, temyiz bakımından da, önemlidir. İlâmdaki gerekçe iki tarafı da kararın doğruluğuna inandırabiliyorsa, davayı kaybeden taraf, temyizden vazgeçer. Çünkü haksız olduğunu açık olarak anlayan taraf, boşuna emek sarfetmemek ve masraf yapmamak için temyiz yoluna gitmez. Bunun için, tereddüt halinde, ilkin hangi hukuk düzeninin uygulanacağı meselesi ile uğraşılmalıdır. Başka türlü bir tutum, metot bakımından yanlış olacağı gibi, hatalı sonuçlara da götürebilir. Buna engel olmak için meseleye anlattığımız gibi başlamak gerekir. Örneğin, sınavda öğrenci uygulanacak hukuku araştırmadan sorunun çözümlenmesi yoluna gitmiş ise, netice doğru bile olsa, tam not alamaz; çünkü gerekçenin ilk zincirinin birinci halkası ihmal edilmiştir. Bu eğitim yönünden önemli bir hatadır.

O halde, şu açıklamalarımızdan *üçüncü ana kuralı* çıkarabiliriz:

Karar vermeden, olaya uygulanacak hukuku zaman ve yer bakımından araştırınız!

§ 4

NİTELEME

Daha önceki açıklamalarımızda, hukuk kuralının içinde saklı bulunan sonucun, ancak bu kaidede belli bir tarzda tanımlanan unsur ve koşulların, maddî vakıaya uydukları takdirde gerçekleşebilip uygulanabileceğine dikkati çekmiştik; diğer bir söyleyiş ile, hukuk kuralında aranılan unsur ve şartlar maddî vakıada var olmadıkça, kaidedeki sonuç, yani hüküm, maddî vakıaya tatbik edilemez.

Olay, bütün ayrıntıları ile bilinmekte ve sorulan soru da açık ise, ilk yapacağımız iş, olaya uygulanması kabil olan hukuk düzenini bulmaktır. Hukuk düzenini bulduktan sonra, *dördüncü* ödev, sözü edilen düzende, şart ve unsurları itibariyle olaya uyan bir hukuk kuralının var olup olmadığını araştırmaktır; daha doğrusu olaydaki unsurların, hukuk kurallarından birine uyup uymadığını saptamaktır. Hukuk kaidesindeki şart ve unsurlar olaya uyuyor ise, en önemli güçlük yenilmiş sayılır, çünkü hukuk kaidesini yani uygulanacak kanun maddesini bulduktan sonra sonuç, hiç olmazsa bizi neticeye götürecek yol, artık biliniyor demektir.

Gelelim ikinci soruna; olaya uygulanacak kanun maddesi nasıl bulunacaktır? Olayımıza uyan bir hukuk maddesini buluncaya kadar bütün kanunları mı gözden geçirelim? Bunun olanaksız bulunduğu açıktır; çünkü Türkiye Cumhuriyeti'nde şu anda yürürlükte bulunan sekizbini aşan* kanunu teker teker incelemek bir insanın gücünü aşacağı gibi, zaman bakımında da uzun yıllar isteyen bir iş olur.

Diğer mesleklerde olduğu gibi, hukuk mesleğinde de, birtakım özel usuller; deyim yerinde ise "marifet ve hünerler" vardır. Biz de, diğer mesleklerde olduğu gibi, bu usullerden birine başvurabiliriz.

Bilindiği gibi, hukuk kuralları düzensiz bir yığın değildir; tam tersine, hukukçular tarafından bir araya getirilip toplanarak düzenli bir

---

(*) Zamanımızda onikibinden fazla... (S.V. notu).

sistem içine konulmuştur. "Hukuk sistemi" adını taşıyan bu yapı içinde, her hukuk kuralının, mahiyetine göre, belli bir yeri vardır.

Sınıflandırma, mantık gereği olarak, genelden özele doğru; konu bakımından da, belli ana kavramlara olan bağlılıklara göre yapılmıştır; yani hukuk normları bu sistem içinde iki bakımdan sınıflandırılmıştır: Biri genelden özele doğru, diğeri ana mefhumlara olan bağlılıklara göre. Böylece meydana gelen silsilede hükümler niteliklerine ve özelliklerine göre alt alta bulunur.

Genel olarak, bir devletin hukuk sistemi, o devlette işlemekte olan hukuk mekanizmasının bir aynası olduğu gibi, hukuk mekanizması da, az çok hukuk sisteminin etkisi altında bulunmaktadır. Romalılar zamanında olduğu gibi, bugün de, hukuk ilmi, kamu hukuku ve özel hukuk olmak üzere, iki büyük gruba ayrılmaktadır. Ancak bu bölüştürmeyi yaparken, gerçekte böyle bir ayrılığın var olmadığını, bunun yapay bulunduğunu, uygulanmasının da son derece güç olacağını unutmamalıyız. Hatta, daha ileri giderek diyebiliriz ki, bu bölüm tarzı, teorik sınıflandırmada da pek işe yaramamaktadır. Fakat ne yapalım ki, ilim bu bölüm tarzına bağlı kalmakta direnmektedir.

Genel olarak bu iki grup içinde de, birtakım ayırımlar yapılır. Fakat bu sınıflandırma usulü de, gerçek ilişkilere uygun olmayıp, daha çok inceleme ve araştırma imkânlarını kolaylaştırmak için başvurulmuş, sun'i (yapay) bir ayırımdır. Bundan başka bu grupların kapsamları ve sınırları da belli ve açık değildir. Örneğin bir hukuk kuralının ticaret, idare veya ceza hukukuna girdiğini söylemekle, bu hukuk kuralının içeriği hakkında bir şey söylemiş olmayız. Ancak, bunun hukuk mekanizmasının aynası olan teorik bir sistem içinde belli bir yeri bulunduğunu saptamış oluruz, o kadar. Bir örnek ile düşüncemizi izah edelim: Defter tutmayan bir tacir iflâs ederse bundan ne gibi sonuçlar doğar?

Olaya uygulanacak hukuk kurallarının, bilim adamları tarafından ticaret, icra ve iflâs, ceza, idare veya diğer bir hukuk şubesine sokulmuş olması, iflâs eden tacirin umurunda bile değildir. Onu ilgilendiren tek yön, bu kuralın muhtevası ve ne tarzda uygulanacağıdır. Hukukçudan soracağı da budur. Bu durum karşısında, hukukçunun bu kuralları bulmak için, bütün kanunları baştan aşağı taraması ve incelemesi olanaksızdır. Bunun yerine, olayla ilgili hukuk kuralını nerede bulacağını araştırır. Demek oluyor ki, hukukçu ilkin defter tutma, iflâs ve iflâsın müeyyideleri hakkındaki hükümlerin nerede bulunabileceği sorunu ile uğraşır.

Her hukuk düzeni, kendine özgü sistemi karşıladığından, anılan kuralları, her ülkede, başka başka yerlerde aramak gerekebilir. Örneğin ticaret defterleri hakkındaki hükümler Türkiye, Fransa ve Almanya'da ticaret, İsviçre'de borçlar, İskandinavya memleketlerinde muhasebe usulü

kanunlarında, Birleşik Amerika Devletleri'nde ve İngiltere'de ise banka, demiryolları ve buna benzer kurumlara özgü kanunlarda bulunur.

İflâs hakkındaki hükümler ise bazı memleketlerde ticaret, Portekiz'de usul, Almanya ve İngiltere'de özel bir iflâs kanununda, İsviçre ve Türkiye'de de yine ayrı bir İcra ve İflâs Kanunu'nda bulunmaktadır. Ticaret defterleri hakkında cezaî müeyyideler, memleketlerin çoğunda "ticarî defterler"e ilişkin kurallar arasında, diğer bazı memleketlerde iflâs hükümleri içinde, son olarak bazı yerlerde ceza kanunlarında bulunmaktadır.

Bu durum karşısında ticaret defterleri hakkındaki hükümlerin ticaret, usul, ya da ceza kanunlarında aranmasının gerekeceği yolundaki iddia, ancak uygulanacak hukuk mevzuatına ve bu hukuk mevzuatına tekabül eden hukuk sistemine göre doğrudur. Her hukuk düzenine teorik bir hukuk sisteminin tekabül etmesi, yapılacak araştırmayı geniş ölçüde kolaylaştıracaktır. Uygulanacak hukuk düzeni ve bunu karşılayan teorik hukuk sistemi bilinmekte ise, olayımıza uyan hukuk kuralını bulmak için bütün kanunları incelemeye gerek yoktur. Ancak olayımızla ilgili mevzuatı araştırmakla yetiniriz, çünkü her mevzuat, bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur. Her hukuk sisteminin kendine özgü bir arama usulü vardır ki, işte bu usul bize ışık tutacaktır.

Yukarıda işaret ettiğimiz örneğe dönelim ve ilgili hukuk düzeninin Türk hukuku olduğunu bir an için kabul edelim. Bu takdirde olayımızı, birbirinden farklı üç ayrı kanun ilgilendirmiş olacaktır: Türk Ticaret Kanunu - İcra ve İflâs Kanunu - Türk Ceza Kanunu. Fakat bu üç kanunun tümünü incelemek de, zamanımızı boş yere harcamak demek olur. Burada da hukukçuların, kendilerine özgü usulleri, marifet ve hünerleri vardır. Bunlardan faydalanıldığı takdirde kanunun tümünü incelemeye gerek kalmaz. Çünkü kanunlar da sistematik bir biçimde düzenlenmiştir. Bir kere, genel hükümler, özel hükümlerden ayrılmıştır. Diğer yandan nitelikleri itibariyle birbirine yakın olaylara uygulanacak normlar da bir araya toplanmış ve bir başlık altında birleştirilmiştir.

Örneğin şahsın hukuku, aile hukuku, miras hukuku, borçlar hukuku, haksız fiiller gibi... Bunların nerede bulunduğunu, uzun uzadıya araştırmaya lüzum yoktur. Yine satım, trampa, hizmet akti gibi birtakım sözleşme tipleri vardır ki, bunlar da hepimizce bilinmektedir.

Gerçi bu tipler mutlak değildir; diğer bir söyleyişle, bu tipleri saptayan unsurlar her yerde bir olmayıp, içine girdikleri hukuk düzenine göre değişir. Şu ya da bu hukuk düzeninin "vekâlet" olarak adlandırdığı bir müesseseyi, diğer bir hukuk düzeni başka türlü nitelendirmiş olabilir. Kenar başlıklarını saptamakta da hâkim olan, hukuk düzenidir. Ana kavram ve başlıkların nisbî olmasına rağmen, hemen hemen her hukuk düzeninde belli hukuk müesseselerinin, belli tipler ve başlıklar altında

toplanmış ve kanunların belli fasıllara ayrılmış olması, hukukçunun araştırma görevini geniş ölçüde kolaylaştırmaktadır. Henüz kanunu ve kanunlara hâkim olan bu usulü bilmeyen acemiler, fasılların başlıklarını okuyarak, aradıkları hükmü bulmaya çalışırlar. Her kanun metninde bir dizin (fihrist) vardır. Dizini doğru dürüst incelemesini bilen, kovuşturacağı yolu birkaç saniye içinde saptayabilir.

Demek oluyor ki iflâs etmiş olup, usulü gereğince defter tutmamış bulunduğu anlaşılan bir tacirin bu ihmali yüzünden iflâsında karşılaşacağı muameleyi öğrenmek isteyen bir hukukçunun ilk yapacağı şey, Türk Ticaret Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun dizinine (fihristine) bakmaktır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'na ait dizinde "ticarî defterler"e ilişkin bir bölüm gözümüze çarpacak, İcra ve İflâs Kanunu'nda ise, bütün "cezaî hükümler" yani 331-354. maddeler -ve hukuka ait bilgilerimiz kıt ise- "taksiratlı ve hileli iflâs" bölümü dikkatimizi çekecektir. Türk Ceza Kanunu'nda "iflâs ve dolandırıcılık" hakkında özel bir bölüm vardır. Kanuna ne kadar yabancı olursa olsun, işe yeni başlıyan bir hukukçunun en fazla yapacağı araştırma, ancak bu maddelerle sınırlı kalabilir. Hatta, bu maddelerin çoğunun inceden inceye gözden geçirilmesine bile gerek yoktur; çünkü maddelerin çoğunun içeriğine kısa bir başlıkla işaret edilmiştir.

Görülüyor ki, olayımızla ilgili maddeleri kolayca bulmak, uygulanacak hukuk düzeninde yürürlükte olan sistem ve kavramların bilinmesine bağlıdır. Teorik derslerin asıl hedefi, öğrenciye bu bilgiyi vermek olduğundan, burada bu konuda daha fazla açıklamaya gerek görmüyoruz.

Bize düşen ilk ödev, olayımıza tam olarak uyan bir hukuk kuralını bulmaktan çok, olaydaki maddî unsurların hukuk kavramlarından hangisine uyduğunu araştırmak, diğer bir söyleyişle olayı, bildiğimiz hukuk sistemi bakımından inceleyerek bu düzendeki kavram ve tiplere göre tahlil etmektir. Örneğin, Ahmet'in Mehmet'e küfür ettiğini okursak, bunun "hakaret" cürmünde aranan kanunî unsurları içerip içermediğini, "şahsiyet" kavramı altında bir araya getirilen değerlere bir saldırı anlamına gelip gelmediğini araştırmalıyız. Ya da, Ahmet'in Mehmet'e bir kitap verdiğini, Mehmet'in bu kitabı geri verdiğini duyduğumuz zaman, hayal gücümüz hemen harekete geçerek, olayı çözümlemelidir: Burada ne gibi hukukî müesseseler söz konusu olabilir? Ahmet, bir bağışlamada mı bulunmak istemiş, yoksa kitabı ödünç olarak mı vermiştir? Mehmet'in kitap üzerindeki hakkı zilyedlik midir, mülkiyet midir? Bütün bunlar gözümüzün önünde canlanmalıdır. Fakat bu kadarla da yetinmemeliyiz. Daha ileri giderek buradaki talep hakkının mahiyetini saptamaya çalışmalıyız: Şahsî midir, aynî midir?

Kısaca, olay bize bu sadelikte anlatılmış olsa bile, her açıdan incelenip tahlil edilmeli, diğer bir söyleyişle, *hukuk diline çevrilmelidir.*

Nasıl ki bir dilden diğer bir dile çeviride bulunan kimse, herhangi bir sözü başka dile tercüme etmeden önce, karşılık olarak aklına gelen bütün kelimeleri anlam bakımından gözden geçirip en uygun geleni seçerse, biz de, olayı etraflı olarak inceledikten sonra olaya uyabilen bütün ihtimalleri gözden geçirmeliyiz.

Bu bakımdan acele hareket, daima zararlı sonuçlar verir. Mesleğe yeni başlayan, sonucu buldum sanarak, cevaba kendini hazır sayar. Fakat olayı gelişigüzel inceleyip, hemen baştan savma karara varan hukukçu, yüzde doksan oranında yanılır. Bunun başlıca nedeni, olayı etraflı olarak incelemeden, *duygularına* göre davranmış olmasıdır. Talep haklıdır veya haksızdır demek kolaydır. Fakat böyle bir hükmün doğru olduğunu ispat etmek, yani isabetli gerekçesini bulmak güçtür. İşte bu güçlüğü yenmek gerekir.

Duygularımızın bizi ne kadar aldattığını herkes bilir. Sınavda his ile hareket ederek önce sonuçtan başlayan öğrenci, gerekçeyi bildirdiği zaman ya vardığı sonucun yanlış olduğunu anlayacak ya da hatalı bir cevap verecektir. Bu davranış tarzı; sonuç doğru da olsa, öğrencinin notunun kırılmasına yol açar; çünkü bugün sınavda yaptığını, yarın asıl çetin imtihan olan hayatta da yapabilir. Sınavdaki hata, bir dereceye kadar düzeltilebilir. Hayattaki ise çok kez hiç tamir edilemez. Önceden hükmünü verip, sonradan ilk hükmünden dönen bir hukukçuya halkın güvenerek iş vereceğini pek sanmıyoruz. Bu nedenlerden ötürü, *dördüncü ana kuralımız*:

Talep hakkını ve bu hakkın dayandığı esasları tahlil etmeden nitelemeye girişmeyiniz!

§ 5

DAVANIN TÜRÜ

"Qualis est actio?"

Roma'da talep hakkının nitelenmesi, hâkim için hiçbir güçlük göstermezdi.

Bilindiği gibi *praetor* (pretör) "*edictum*" (edikt)lerde, taraflara, hangi koşullar altında ve hangi hallerde dava hakkı vereceğini ilân ederdi. Dava ancak bu koşullar altında açılabilirdi. Hak kazanmak isteyen davacı, bu hakkını sağlama bağlamak için, talebine uygun bir "*actio*" (dava) bulmak zorunluğunda idi. Uygun bir "*actio*" bulunmadıkça, talep ne kadar haklı olursa olsun, hiçbir sonuç alınamazdı.

Hâkim davacının, davasının türünü sormakla yani "*qualis est actio?*" sorusunu yöneltmekle, davada çıkabilecek bütün güçlükleri davacıya yüklemiş olurdu. Davacı, verdiği cevapta hataya düşse veya talebini yanlış bir tarzda nitelese dava haksızmış gibi reddedilirdi. Hatta doğru bir tarzda niteleme sayesinde davanın kazanılması muhakkak olsa bile, davanın başlangıcında hatalı bir niteleme, reddi için yeterli bir neden sayılırdı.

Roma Hukuku'nda olağanüstü çekicilik bulmuş olan bu "*actio*" usulü, modern hukuka tamamen yabancıdır. Bu yüzden hâkime düşen görev de çok değişmiştir. Bugün hâkim, davayı yalnız davacı gözüyle ve davacının dilekçesinde nitelemiş olduğu tarzda incelemekle yetinemeyeceği gibi, Roma Hukuku'nda âdet olduğu üzere, davanın dayanağı olan iddiaların nitelenmesi işini davacıya da yükleyemez. Tam tersine, taraflarca ileri sürülen iddiaları ve bu iddiaların dayandığı vakıaları hukuken niteleme, hâkimin bellibaşlı görevlerinden biridir.

Modern usule iki prensip hâkimdir:

1) *Jura novit curia*

(Kanun, mahkemece bilinir)

2) *Da mihi factum, dabo tibi jus*

(Olayı izah et ki, hükmü vereyim)

Bu kurallardan, daha doğrusu, ilkelerden çıkan sonuç şudur: Hukuk davalarına ait modern usul hukuku, hâkim ile taraflar arasında yapılmış bir iş bölümüne dayanır. Tarafların ödevi, vakıayı olduğu gibi anlatmak, yani talep ve delillerine dayanak olan fiilî hususları toplamak ve mahkemeye açık bir tarzda sunmaktır.

Hâkim, tarafların ileri sürmedikleri hususları dikkate almak yetkisine sahip bulunmadığı gibi, susmakla geçiştirilen noktaları, araştırmakla da yükümlü değildir. Ancak soru sorarak davanın açıkça ortaya çıkmasına yarayabilecek noktaları aydınlatabilir ve iki tarafın iddiaları sınırı içinde olmak şartıyla, kendilerini dinleyip gerekli delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir (HUMK. m. 75).

Hâkimin asıl görevi, kendisine arzedilen hâdiseye dayanarak, iddia ve savunmayı bir hukuk kuralına bağlamak, diğer bir söyleyişle, olaya hukuku uygulayarak bulduğu kuralın sonucuna göre hüküm vermektir.

Tarafların, dilekçe veya lâhiyalarında davayı nitelemiş olmaları, bir yandan hâkimin görevini kolaylaştırabileceği gibi, tam tersine, onu yanlış yollara ve hataya da sürükleyebilir. Bu itibarla mahkeme, tarafların hukukî neden olarak ileri sürdükleri iddialarla, bu yönden hiç bağlı değildir. Olayın uyduğu kanun maddesinin yanlış gösterilmiş olması, davanın reddi için bir sebep olamaz.

Bu düşünce, özellikle HUMK.'nun 76. maddesi hükmünde kendini açıkça göstermektedir. Bu maddeye göre: "Hâkim, resen Türk Kanunları mucibince karar verir".

Bu madde hükmünün doğru olarak nasıl anlaşılması gerektiği, Yargıtay'ın en yüksek mercii olan "Tevhidi İçtihat Büyük Heyeti"nin 4.6.1958 tarih, E. 15 ve K. 6 sayılı içtihadı birleştirme kararının (RG 1.10.1958 gün ve sa. 10021, s. 20265) V numaralı bahsinde şöyle izah edilmektedir:

> "V- Hak sahibinin, malı elinde bulundurandan kiraları istediği zaman Medenî Kanun'un 908. maddesine veya Borçlar Kanunu'nun 414. maddesine dayanmış olması mümkün olduğu gibi, herhangi bir kanunî sebep göstermemiş olması da mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 74 ve 75. maddeleriyle 76. maddesi hükümleri karşılaştırılınca, hâkimin, bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddî vakıalar ve neticei taleplerle bağlı olup, dayandıkları kanun hükümleriyle ve onların hukukî tavsifleriyle bağlı olmadığı ve kanunları *resen* tatbik ederek, iddia ve müdafaadaki neticei talepleri karara bağlamakla mükellef bulunduğu neticesine varılır. Burada söz konusu olan; bir davada, hangi hükme dayandığını kesin olarak ve açıkça göstermemiş olduğu hallerde, davacının müruruzaman bakımından kendi lehine netice verecek olan kanun hükmüne

dayanmak isteyeceği haklı olarak farzedilebileceğinden, davanın Borçlar Kanunu'nun 414. maddesine dayanan bir dava olarak kabulü yerinde olacaktır. O halde, kirası (bu kelimede bir basılış hatası olduğunu ve doğrusunun "kira talebi" olması gerektiğini zannediyoruz), tereddüt halinde, Borçlar Kanunu'nun 414. maddesi hükmüne dayanan bir dava olarak mahkemece tavsif edilecektir ..."

Prof. Baki *Kuru*'ya[1] göre, davacının telâhuk eden (birbirine geçen, yarışan) kanun hükümlerinden hangisine dayandığını açık ve kesin olarak dava dilekçesinde göstermiş olması halinde bile, hâkim, davacının bildirdiği hukukî sebeple bağlı olmamalı, yarışan kanun hükümlerinden davacı için daha elverişli olanını resen nazara alıp uygulamalıdır. Bu müellife göre, sözünü ettiğimiz içtihadı birleştirme kararının gerekçesinden de bu sonuca varmak mümkündür. Biz aynı fikirde değiliz, çünkü hakların telâhuku (birbirine geçmesi, yarışması) sebebiyle, davacı için bu haklardan ikisine de dayanmak olanağı bulunmasına rağmen, kendisi, dava dilekçesinde açık ve seçik bir tarzda sadece bu haklardan birini ileri sürmüş olursa, hâkimin kaide gereği tarafların iddia ve müdafaası ile bağlılığı prensibi bakımından, kraldan ziyade kral taraftarı olarak, yarışan haklardan hangisinin daha fazla davacının yararına olacağını incelemeye kalkışması ve hele bunu yapmakla yükümlü tutulması doğru görülemez. "Son İçtihatlar" dergisinin 1962 yılına ait 515-517. sayfalarında yayınlanmış Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.11.1967 gün, E. 4/375 ve K. 567 sayılı kararının aynı doğrultuda olduğu söylenebilir.

Bilindiği gibi, davacı (ve mukabil davacı) HUMK.'nun 179. maddesinin 4 numaralı bendi gereğince "hukukî sebeplerin özeti"ni bildirmek zorundadır. Tatbikatta, genel olarak buna uyulmakta, dava ve olayın hangi kanunun hangi maddesine değindiği açıkça zikredilmeksizin, "Türk Medenî Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu ve hâdise ile ilgili sair hükümler" gibi gayet genel bir ibare ile 179. maddenin 4 numaralı bendi hükmü güya yerine getirilmiş olmaktadır. Bu kanunî hükümden maksat, davacının, dayandığı hukukî ilişkiyi kolayca tesbit edebilmesi bakımından, hâkime yardım etmesini sağlamaktır. Oysa dava dilekçesinde demin bahsettiğimiz tarzda sadece ana kanunlardan bazılarının zikredilmesi yahut daha da geniş olarak "ilgili Türk mevzuatı" denmekle yetinilmesi halinde, Usul'ün 179. maddesinin aradığı manada hukukî sebeplerin özeti zikredilmiş sayılamaz; böylesine genel bir ibarenin konulmasıyla kanunun aradığı özetin hiç yazılmaması arasında, doğrusu istenirse, hiçbir fark yoktur. Titiz davranmak gerekirse, hukukî sebeplerin özetini gerçek

---

(1) *Kuru*, Prof. Dr. Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1974, 3. baskı, s. 284 dn. 44. [*Kuru*, Prof. Dr. Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1990, 5. baskı, C. 1, s. 950, 951 (S.V. notu)].

manada ihtiva etmeyen bir dava dilekçesi kanunen eksik yazılmış demektir ve bu takdirde, HUMK.'nun 187. maddesinin 7 numaralı bendine değinecek tarzda dava dilekçesinin düzenlenmesinde kanunî noksan bulunduğu hükmüne varılmak mümkündür. Ne var ki, davalının bu yolda iptidaî bir itirazda bulunması üzerine, mahkemeler davacıya, duruşma esnasında, dayandığı hukukî sebepleri sonradan açıklatmak suretiyle böylece bunun telâfisine imkân tanımakta ve dava dilekçesinin iptaline karar vermekten çekinmektedirler. Ankara Barosu Dergisi'nin 1962 yılına ait 4. sayısının 481-482. sayfalarında yayınlanmış olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.9.1961 tarih, E. 2/66 ve K. 35 sayılı kararına göre, dava dilekçesinde hukukî sebeplerin gösterilmemiş olması halinde dava dilekçesinin iptal edilemeyeceğine karar verilmiştir. Prof. *Baki Kuru*, sözü geçen eserinin 274. sayfasının 16 numaralı dipnotunda bu kararı isabetli bulmaktadır*.

Uygulamaya göre davacının dava dilekçesinde hukukî sebep anlamında bir kanun hükmünü yanlış göstermiş veya hiç göstermemiş bulunması hâkimin, kanunu kendiliğinden tatbikle yükümlü bulunması itibariyle, onun, davada uygulanması gereken hükme göre karar vermesine engel olamaz; çünkü hâkim, davacının hukukî nitelemesi ile bağlı olmayıp, davaya ve olaya uyan mevzuat hükmünü araştırmakla, bulunca da uygulamakla yükümlüdür.

Bu açıklamalarımızdan çıkan sonuç, davanın gerçek sebebinin, davacının dava dilekçesinde zikrettiği hukukî hükümler değil, aksine vakıalar, yani olaylar olduğudur.

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihadı da bu merkezdedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.4.1973 tarih, E. 1971/4-121 ve K. 337 sayılı yayınlanmış kararında (İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi, Ekim 1973, Yıl 13, Sa. 154, s. 2307-2313), mahkeme ile Yargıtay Özel Dairesi arasındaki birinci uyuşmazlığın, doğrudan doğruya sözleşmelerin hukukî takdiri ile ilgili bulunduğuna, bu takdirin, tarafların iradelerinin yorumuna sıkı sıkıya bağlı olduğuna, hukukî takdirin sözleşmeyi kapsamına göre kanunun tesbit ettiği türlerden birisi içine sokmaktan ibaret olup, sözleşmeden kanunen husule gelen fer'i sonuçları belirtmek amacını güttüğüne, çünkü tarafların çok kez, hukukî bilgi ve hukukî teknik tabirlerden yoksun bulunduğuna ve işte bu nedenle HUMK.'nun 76. maddesi hükmünün sevk olunup 4.6.1958 gün ve 15/16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın bu temel üzerinde oturtulduğuna, işaret edilerek, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın bu temel üzerine oturtulduğuna işaret edilerek, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın ilgili kısmı aynen alındıktan sonra, şöyle denilmektedir:

(*) *Kuru*, Prof. Dr. Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1990, 5. baskı, C. 2, s. 1088, 1089 (S. V. notu).

"Dava dilekçesi incelendiği zaman, davacının maddî olayı olduğu gibi anlattığı ve davasını davalı tarafından verilen (hibe vaadine) ilişkin belgeye istinat ettirdiği görülecektir. Yani davacının bu dava ile güttüğü gerçek irade ve amacı, anılan hibe vaadine dayanarak, davalıdan hak istemektir. Kaldı ki davacı, yalnız İmar Kanunu'nun anılan maddesi hükmüne dayanmakla yetinmemiş, bu arada 6330 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu, HUMK. ve diğer ilgili kanunlara dayandığını da açıkça belirtmiştir. Bu bakımdan, mahallî mahkemenin davanın hukukî tavsifi ile ilgili görüşlerine katılmak mümkün değildir".

Birçok hallerde tarafların, lâyihalarında, davanın esası ile hiçbir ilgisi olmayan iddialar etrafında tartıştıkları, fakat her nedense davayı çözümleyecek noktalara değinmedikleri görülür. Bu yüzden bazan, hâkimin de, doğru yolu şaşırarak, yanlış yöntemlere saptığı ve hatalı kararlar verdiği bir gerçektir.

Buna engel olmak için tek çare, hâkimin, tarafların niteleme tarzına ve izah biçimine bakmaksızın, olayı kendi mantığı ile bağımsız olarak tahlil etmesi ve bir esasa bağlamasıdır. Her hukukçu, ister hâkim ister avukat olsun, ileri sürülen iddialar ile vakıa arasında hukuken bağlantı kurarak, davanın dayandığı hukukî ilişkiyi kendi kendine bulmaya çalışmalıdır. Böyle yapmazsa, tarafların görüş tarzlarının etkisi altında kalarak, haklıya haksızlık etmiş, haksızı da haklı çıkarmış olur.

Hukukçuya düşen bu görevin anlam ve önemini bir örnekle de canlandıralım:

Mehmet, Ahmet'e bir otomobil satıyor. Otomobil, Celâl'in garajındadır. Ahmet, otomobilin teslimini Celâl'den istiyor. Celâl'e, satış muamelesi hakkında daha önce bilgi verilmiş bulunmaktadır.

Bu olayda hukukçunun soracağı ilk soru, hangi hukukî ilişkiye dayanarak isteğin haklı gösterilebileceğidir.

İlk akla gelecek olan; Ahmet ile Mehmet arasındaki satım sözleşmesidir. Mehmet ile Celâl arasında da belki kira, ariyet, vedia gibi bir hukukî ilişki düşünülebilir. Fakat Ahmet'in yararına olarak otomobilin teslimini sağlıyacak doğrudan doğruya bir talep hakkını, sözü geçen ilişkilerden çıkarmak olanağı yoktur; çünkü Celâl, satım akdinde taraf değildir ki, kendisine bu bakımdan teslim borcu yüklenebilsin. Diğer yandan Ahmet de, Celâl ile Mehmet arasında vücudu muhtemel bir sözleşmede taraf değildir. Celâl ile Mehmet arasındaki münasebette otomobilin Ahmet'e teslimini sağlayacak *tek* hukukî neden, Medenî Kanun'un 687 ve 892. maddelerine göre Ahmet'in edinmiş olduğu mülkiyet hakkıdır. Demek oluyor ki, teslim isteğinin dayandığı hukukî ilişki, malik ile zilyed arasındaki bağ ve Medenî Kanun'un 618. maddesinden doğan istihkak hakkıdır. Davada hukukî neden olarak Ahmet'in mülkiyet hakkından söz edilmiş olması yeterlidir. Tersi iddia edilmiş olmadıkça, mülkiyet ve zilyedliğin nasıl elde edildiği önemsizdir. Şu halde, *beşinci ana kuralımız* şu olacaktır:

İddia ve savunmanın dayanabileceği hukukî ilişkiyi saptayınız!

§ 6

İDDİA VE SAVUNMANIN DAYANAĞI OLAN HUKUK İLİŞKİSİ

Olaya uyan hukukî ilişkiyi bulmak her zaman kolay değildir. Olay sade bir muameleden ibaret olabileceği gibi, birden çok ve birbirinden ayrı muamelelerden oluşan çapraşık bir karışım da olabilir. Bunun için bütün olasılıklar göz önünde tutularak en uygunu, daha doğrusu, vakıaya uyanı aranmalıdır. Bu arama, olaya doğrudan doğruya veya dolaylı olarak uyan bir hukuk ilişkisi bulununcaya veya bulunulamayacağına kesin kanı getirilinceye kadar sürmelidir.

Örnekler:

a) Ahmet, arkadaşı Dâniş'ten, önemli bir mektubu, yolu üstünde bulunan postaya götürmesini rica ediyor. Dâniş mektubu cebine koyuyorsa da, sokakta rastladığı bir arkadaşı onu bir lokantaya sürüklediğinden postaya uğrayamıyor ve mektup ancak dört gün sonra postaya veriliyor. Bir fesih beyanını ihtiva eden mektup bu yüzden muhatabına dört gün sonra ulaşıyor. Bu süre içinde de, aktin feshi için kararlaştırılan mühlet geçmiş oluyor. Fesih hükümsüz sayıldığından, Ahmet büyük bir zarara uğruyor. Ahmet, zararının tazminini Dâniş'ten istiyebilir mi?

Ahmet ile Dâniş arasındaki ilişkiyi vekâlet diye niteleyerek, tazminat isteğini haklı göstermek olanağı akla gelebilirse de, hadise yakından incelenince, bunun kabil olmadığı görülür; çünkü Dâniş, arkadaşına yalnız bir iyilik yapmak istemiştir, onun bu arzusunda yükümlülük altına girme niyeti yoktur ve olamaz da. Şu halde, Dâniş ile Ahmet arasındaki ilişki, hukukî olmaktan çok, görgü kurallarına bağlı bir dostluk ilişkisidir. Acaba burada haksız bir fiil vardır denilebilir mi? Kanımızca, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi ileri sürülerek de tazminat istenemez. Gerçi, burada zararın yanında bir ihmal de vardır. Ancak Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine göre, zararın *haksız* olarak yapılmış ise tazmini gerekir. Demek oluyor ki, ikinci unsur fiilin *hukuk* kurallarına aykırı olmasıdır. Zararı doğuran fiil hukuk kurallarının *dışında* kalıyor ise

haksız bir fiil olmadığı için bu maddeyi uygulayamayız. Anılan maddenin 2. fıkrasındaki hükme gelince; örneğimizdeki davranış tarzı ahlâk kurallarına aykırı olmadığı gibi, en önemli şart yani zarara *bilerek sebebiyet verme* koşulu da eksiktir. Böylece, bu halde de, sonuç değişmeyecektir.

b) Ahmet, yanlışlıkla kendini borçlu sanarak, tarafından kabul edilen bir poliçeyi Mehmet'e gönderiyor ve yanıldığının farkına varır varmaz, senedin geri verilmesini istiyor. Ahmet, bu isteğini hangi hukukî nedene dayanarak ileri sürebilir?

Burada, hatayı hukukî dayanak olarak kabul etmek doğru olmayacağı gibi, Ahmet ile Mehmet arasında muameleyi haklı gösterecek eski bir ilişkinin varlığını farz etmek de bizi yanlış sonuçlara götürebilir. Tam tersine, dolambaçlı yollardan çekinilerek en kestirmeden Ahmet'in talep hakkına dayanak olabilecek kanun hükmünün nerede bulunduğu araştırılmalıdır. Bu talebin mülkiyet hakkından, zilyedlikten, akit, haksız fiil veya kambiyo ilişkisinden doğamıyacağı açıktır. O halde, talebin haksız bir iktisaptan doğduğu sonucuna varacağız. Demek oluyor ki, ancak Borçlar Kanunu'nun 62. maddesine dayanılarak poliçenin geri verilmesi istenebilir.

Nasıl ki Roma'da davacı, iddiasını haklı gösterecek bir "*actio*" bulmak zorunluğunda idiyse, modern hukukçu da hak kazanmak için isteğini belli bir hukuk ilişkisine bağlatmak zorundadır. Yalnız şunu ekleyelim ki, hukuk ilişkisini arama işi, keyfî ve gelişigüzel olamaz. Metodik davranılmadığı takdirde, vakıaya uyan hukuk ilişkisinin gözden kaçacağı muhakkaktır. Bunun için arama işi sistematik bir tarzda yürütülmelidir.

A- *Hukuk ve ticaret davaları ile icra kovuşturmaları ve davalarında* en uygun usul şudur:

I- *Aile* ve *miras* ilişkilerini hukuken değerlendirmek, diğerlerinden kolay olduğundan, ilk olarak iddianın, bu gibi ilişkilerden birine girip girmediği incelenmelidir.

II- Söz konusu olayı aile ve miras hukuku içine sokmak olanağı yok ise, bunun *mutlak haklar*dan olup olmadığı araştırılmalıdır. Mutlak haklar, bilindiği gibi, üçe ayrılır: Aynî haklar - şahsiyet hakları - fikrî (sınaî) haklar.

1) Olayın ilkin *aynî haklar* açısından tahlili daha uygun olur. Aynî haklar katagorisine giren hukuk ilişkileri az olduktan başka, sayısı belli ve kanunda sınırlı olarak sayılmış bulunduğundan, vakıaya uyan hukuk normunu bulmak daha kolaydır. Bunun için ilkin iddianın mülkiyet veya zilyedlik diye nitelenmesine olanak bulunup bulunmadığı ya da irtifak,

gayrimenkul mükellefiyeti gibi fer'i aynî haklar kategorisine girip girmediği araştırılır.

2) *Şahsiyet haklarına* gelince; kanunumuza göre ad, lâkap, şeref gibi şahsî menfaatlerde haksız saldırıya uğrayan kimse, hâkimden, saldırının yasaklanmasını istemek hakkını haizdir. Hiç kimse, özgürlüğünü başkasına devredemeyeceği gibi, kanuna ya da genel edebe aykırı bir tarzda sınırlayamaz (Medenî Kanun m. 23-26). Türk hukukunda şahsiyet hakkı yasaca mutlak bir hak olarak tanınmış olduğundan, olayda ileri sürülen iddia ve isteğin, bu mahiyette bir hak olup olmadığı da incelenmelidir.

3) İhtira beratı, telif hakkı, ticaret unvanı ve markaya ilişkin hükümlerden anlaşılacağı üzere, *ihtiralar, fikrî eserler ve ticarî tanıtma vasıtaları üzerinde* hak sahibine, yasa tarafından belli ayrıcalıklar tanınmıştır. Kitap yazarlarının bazıları, bu hakları, şahsiyet hakları kategorisine sokarlar. Fakat bunların ayırıcı nitelikleri tahlil edilirse, mahiyet bakımından şahsiyet haklarına benzemedikleri, şahsiyet haklarını ayırt eden bazı unsurları ihtiva etmekle beraber, malî haklara daha yakın oldukları görülür. Ne var ki, fikrî haklar da mutlak haklardandır.

III- İddia ile mutlak haklardan biri arasında bir bağlantı kurmak olanağı yok ise, *şahsî haklardan* sayılıp sayılmadığı araştırılmalıdır. Şahsî haklara giren hukuk ilişkilerinin sayısı fazla olduğundan, olay ile bunlardan biri arasında bir bağlantı kurmak için aşağıda anlatılacak yolun işlenmesi salık verilebilir:

1) Olayı, *hukukî bir muamele* olarak nitelemek olanağı var mıdır; yani vakıada tarafların hukukî bir sonuç sağlamaya yönelik irade beyanları bulunmakta mıdır? İlkin bu nokta gözden geçirilmelidir. Varsa, bu beyan:

a) Ya tek yanlıdır (örneğin icap, kabul, feshin ihbarı);

b) Ya da, iki yanlıdır. Akit mahiyetinde olan böyle bir muamele, kanunlarımızda düzenlenen çeşitli akit tiplerinden birine tekabül edebileceği gibi, etmiyebilir de. Sözleşme tipleri üç gruba ayrılabilir: *Değiş tokuş (mübadele) akitleri* ki, bunlarda iki taraf da, karşılıklı olarak edimlerini birbirleriyle değiş tokuş ederler (örneğin, alım-satım, trampa, hizmet, istisna akitlerinde olduğu gibi). İkinci grup, *iş görme* akitlerinden ibarettir ki, bunlarda taraflardan biri, diğer taraf için bir iş görmekte veya ona herhangi bir çıkar sağlamaktadır (örneğin vekâlet, taşıma, komisyonculukta olduğu gibi). Bu tür sözleşmelerde bir karşılığın verilip verilmeyeceği sorunu, halin gereğine ve tarafların sıfatlarına göre çözümlenir. Son olarak, üçüncü grubu, *birleşme akitleri* meydana getirir ki, bunlarda birden çok kişi, emek ve mallarını ortak bir amaca varmak için birleştirmektedir (dernek ve şirketlerde olduğu gibi).

c) Ya da, çok yanlıdır (örneğin bir kurul veya meclisin kararları).

Bilindiği gibi, borçlar hukukunda akit serbestisi prensibi yürür. Böyle olunca, muamelenin kanunda tek tek ve belli olarak sayılan akit tiplerinden hangisinin içine girmekte olduğunun incelenmesiyle yetinilmeyerek, tarafların gerçek maksatları ve kastettikleri akit tipi ortaya çıkarılmalıdır; çünkü taraflar, muamelelerinde, kanundaki akit tiplerine ve bu tiplerin karışımından doğan karma biçimlere bağlı değildirler. Kanun, tarafları, muamelelerine uygun akit tipi yaratmakta tamamen serbest bırakmıştır.

2) Olayda bir rıza beyanı bulunmadığı kanısına ulaşılmışsa, *hukukî sonuç doğuran bir fiil* bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Burada "vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf", "*culpa in contrahendo*" gibi müesseseler de akla gelebilir. Bundan başka, *illiyet prensibinden doğan birtakım sorumluluk şıkları* vardır ki, olayda bunlardan birinin bulunması olasılığı da unutulmamalıdır. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nun 14., 35., 38., 40. maddeleri ile Borçlar Kanunu'nun 6. ve 37. maddeleri bu gibi sorumluluklardan söz eder.

3) Fiiler (eylemler), hukukî ve haksız olmak üzere, ikiye ayrılır. Olay, fiil mahiyetinde nitelenmiş ise, bu fiil ya hukukîdir ya da haksızdır; hukukî değilse haksızdır. Şu halde olayın, kanunun haksız saydığı ve müeyyide olarak tazminatı öngördüğü bir hareket mahiyetinde olup olmadığı incelenmelidir (Borçlar Kanunu'nun 41.-60. maddeleri ile *haksız fiillere ilişkin* olarak diğer kanunlarda yer alan hükümler).

4) Son olarak, vakıada hukukî sebep olmaksızın bir mal veriş hâdisesinin var olup olmadığı araştırılmalıdır. "*Haksız mal iktisabı*" Borçlar Kanunu'nun 61.-66. maddelerinde düzenlenmiştir.

IV) Vakıanın yukarıda sözü edilen gruplardan birine sokulması olanağı yok ise *usule, iflâs ya da icraya* ilişkin bir muamele mahiyetinde olup olmadığı gözden geçirilmelidir (örneğin iddia, ya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 413. maddesine göre muhakeme masrafı ya da İcra ve İflâs Kanunu'na göre bir iptal davasına konu olabilir).

V) Bu son araştırma da, olumsuz bir sonuç vermiş ise, vakıanın idarî bir muamele veya tasarruf olup olmadığı incelenmelidir (örneğin, sicil memurunun bir kararı veya vesayet makamının bir tedbiri).

B) *Ceza işlerine gelince:* Maksada elverişli arama metodu bu hukuk alanına özgü, sayıca bellilik ilkesinden ileri gelmektedir. Ancak unsurları kanunda açıkça sayılan fiiller suç sayıldığından, bir yandan Ceza Kanunu, diğer yandan özel kanunlardaki cezaî hükümler dikkate alınmalıdır.

I- Ceza Kanunu'nda cürümler ile kabahatler arasında yapılan ayırımdan çok, suçların ilişkin bulundukları çıkarlara göre yapılan ayırım, bizim önem verdiğimiz maksada elverişli bulunmaktadır.

II- Ceza Kanunu'nda sorunumuza uyan bir hüküm bulunamazsa fiil ile ihlâl edilen çıkarın özel bir kanunla korunmuş olup olmadığını, ileride sözünü edeceğimiz araçlarla saptamamız gerekir.

C- *Kamu*, özellikle *idare hukukuna* ilişkin işler hakkında en uygun arama usulü şudur:

I- Bir kimsenin *hakları* ihlâl edildiği için, hakların tesbiti, tanınması ya da uğranılan zararın tazmin ettirilmesi amacıyla bir idarî dava açılacak olursa ihlâlin:

1) İdarî bir *fiilden* mi,

2) İdarî bir *karardan* mı,

3) Yoksa *idare'nin susması, ya da kararsızlığından* mı ileri gelmiş olması olasılığına göre hareket edilmelidir.

II- Bir kimsenin hakları değil de, *çıkarları* (menfaatleri) ihlâl edildiği için dava açılacak ise ihlâlin:

1) İdarî bir *karardan* mı,

2) Yoksa, idarî bir *muameleden* mi ileri gelmiş olmasına göre, yapılacak bir sınıflandırma yararlıdır.

III- Son olarak bir idarî dava *kamu hizmetlerinden* birini yapmak amacıyla aktedilen *mukaveleler* yüzünden de *âkidler* arasında çıkabilir.

Bu kategoride de uygun bir bağlantı noktası bulunamıyor ise muamele veya fiilin, hukukî olmaktan çok, edep kurallarına ya da görgü kurallarına bağlı bir hareket ya da yerine getirilmesi olanağı bulunamayan ve müeyyidesi olmayan bir istek olduğu sonucuna varılarak mahkemede hak kazanılamayacağı kuvvetli bir ihtimal olarak savunulabilir.

Örneğin: İngiltere'deki ihracatçı B firması Türkiye'deki ithalâtçı A'ya mal satıyor. Alıcı A, alım bedelini, ödenmek üzere T.C. Merkez Bankası'na yatırıyor. Merkez Bankası, ödemeyi geciktirince, ihracatçı İngiliz firması bankaya başvurarak alacağının hemen transfer edilmesini istiyor ise de, Merkez Bankası, döviz güçlüklerinden dolayı transferlerin sıraya konulmuş olduğunu ve malî imkânlara göre sıra gelmedikçe, transferin yapılamayacağını ihracatçıya bildiriyor.

Soru: B, mahkemede Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na karşı dava açarak, alacağının tahsilini isteyebilir mi?

Buradaki durumu hukukî bir tarzda nitelemenin ve alacağın Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'ndan tahsiline olanak verecek hukukî bir ilişkinin bulunabileceğini pek sanmıyoruz.

O halde, *altıncı ana kuralımız*:

İddiaya dayanak olan hukukî ilişki vakıadan hemen anlaşılamıyorsa, bunu sistematik bir biçimde arayarak saptamaya çalışınız!

§ 7

ŞEMA

Evvelki paragrafta kovuşturulması salık verilen usul, hazırlayıcı bir muamele olup, bizi kesin sonuca götürmeyebilir; çünkü yaptığımız iş, belli bir biçime bağlanmadan, olasılık içine giren çeşitli olanakları gözden geçirmekten ibarettir.

Durumumuzu, bir dağcının durumuna benzetebiliriz. O da çıkışa başlamadan, dağın eteğinde, hangi yolun, hangi geçidin kendisini zirveye götüreceğini hesaplar, dağın oluşumunu inceler, haritasını ele alır ve en sonunda, kendine göre, en elverişli yolu seçer. Fakat yarı yolda, seçmiş olduğu yöntemin hedefe ulaştırmayacağını anlarsa, ister istemez geri döner ve kendine başka bir yol seçer; çünkü aşağıdan göremediği ya da haritadan anlayamadığı bir engel, yolunu kapamıştır. Biz de aynı durumda sayılabiliriz. Biz de dağcı gibi, hedefimize, yani sorunun çözümüne götürecek yolu bulduk düşüncesiyle hareket eder, fakat hallerin çoğunda daha sonuca varmadan yanıldığımızı ya da önemli bir noktanın ihmal edilmiş olduğunu anlar, geri döneriz. Bu gibi hataların önüne geçilmesi olanaksız ise de, pahalıya mal olması önlenebilir. Bunun biricik çaresi, vakıaya uyan hukuk ilişkisi bulunduktan sonra da araştırmanın bırakılmaması, sonuna kadar *bütün olasılıkların* gözden geçirilip, böylece araştırmanın sürdürülmesidir. Bu usule sadık kalındığı takdirde, iddiayı haklı gösterecek birçok ilişkinin bulunabileceği dikkatimizi çekecektir. Gerçi bulunan hukukî ilişkilerden -belki de- yalnız biri mahkeme tarafından kabul edilip benimsenecektir. Ne var ki, aynı vakıayı haklı gösterecek birden çok hukuk olanağının varlığı, bizde, iddianın haklı olduğuna dair tam bir kanı yaratacağı ve güven duygumuzu artıracağı gibi, bu alanda görüş açımızı da güçlendirecektir. Bu usulün diğer bir yararı, başlangıçta bizi belli bir hukuk ilişkisine bağlaması ve yanılmak tehlikesini ortadan kaldırması ve ilk bakışta görünmeyen birçok noktaları meydana çıkarmasıdır.

İzahına çalıştığımız usul bir *çalışma metodudur*. Amaç hukukçuya sonucu gösterecek bir ipucu vermektir. Yalnız şunu tekrar edelim ki, iddiayı nitelemede söz konusu *olabilecek olanakları araştırma işi hazırlayıcı bir muamele* olup, bulunan olanaklardan hangisinin hâdiseye uyduğu, sonradan belli olacaktır.

Akla gelen ihtimal ve imkânları bir şemada saptamak ve bunlara somut bir biçim vermek her zaman için faydalıdır. Özellikle, iki ve daha fazla kişi arasındaki ilişkilerde ya da çok muameleli olaylarda şemaya başvurmak bir zorunluluktur. Herkes, kendine göre, şema çizmekte serbesttir. Biz burada ders ve pratik kurlarda kullanılagelen bazı biçimleri göstermekle yetineceğiz:

1- İki kişi arasındaki hukukî ilişki, bir *çizgi* ile ifade olunur.

Şekil: 1

Yukarıdaki biçimde, A ile B arasındaki çizgi, A ve B harflerini birer şahıs adı olarak kabul edersek, bu iki kişi arasında herhangi bir hukukî ilişkinin varlığını göstermektedir.

2- Yapılan araştırma üzerine, bu iki kişi arasındaki ilişkide birinin alacaklı, diğerinin borçlu olduğu anlaşılırsa, çizginin borçluya yönelik kısmına *ok* eklenir.

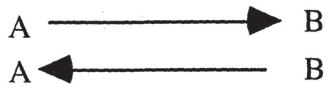
Şekil : 2

3- Her iki şahıs aynı hukukî ilişkiden doğan haklara dayanarak hem alacaklı, hem de borçlu durumunda iseler, ok işareti ikileşir.

Şekil: 3

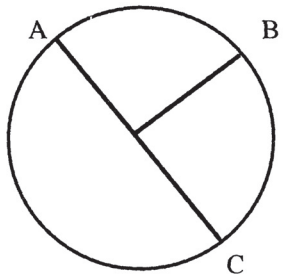
4- Tarafların ileri sürdüğü istekler, türlü hukuk ilişkilerinden doğuyor ise, münasebetlerin sayısına ve alacak ve borçluluk durumlarına göre, birden fazla oklu çizgiler resmedilir:

Şekil : 4



Şirketlerde, şirket ile ortaklar ya da yalnız ortaklar arasındaki hukukî ilişkileri daire biçiminde göstermek daha uygundur. Dairenin merkezindeki nokta, şirkettir. Dairenin çemberi yani dış çizgisi, ortaklar arasındaki ilişkiyi; bu çizgiyi merkezle birleştiren çizgiler ise, şirket ile ortaklar arasındaki ilişkileri gösterir.

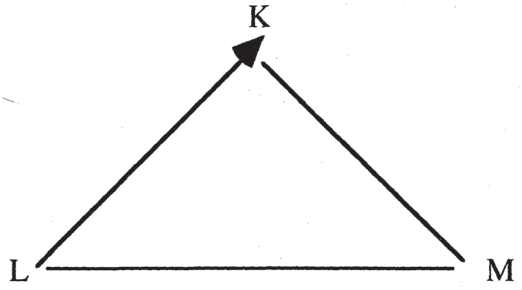
Şekil : 5



6- Kefalet, havale, poliçe, çek, alacağın devri gibi üçlü ilişkiler, belli bir biçim ile canlandırılmak isteniyor ise, üçgenin seçimi şarttır. Örneğin, bir poliçenin oluşumundaki ilişkiler şöyle gösterilebilir:

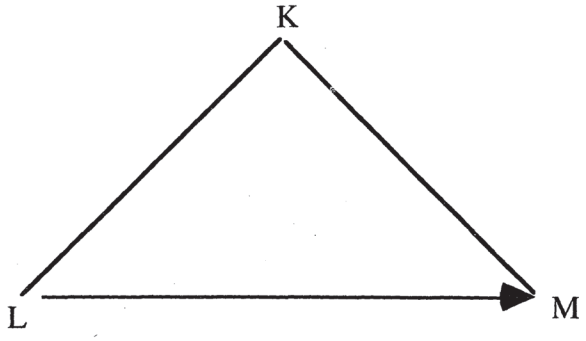
Keşideci K, poliçenin lehdarı olan L emrine ve muhatap M'nin üzerine bir poliçe tanzim ederek, bunu L'ye teslim ediyor. Hal bu merkezde ise, şemada yalnız bir ok gözükmeli ve bu ok L'den K'ya yönelik olmalıdır. Muhatap M, poliçeyi henüz kabul etmiş olmadığından, M ile K arasındaki ilişkiyi sade bir çizgi ile göstereceğiz.

Şekil : 6



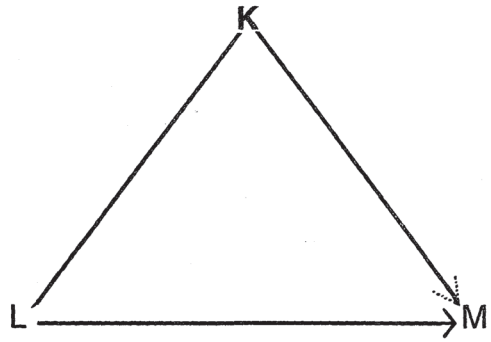
Poliçe kabul edilmiş ise, kabul üzerine, asıl borçlu durumuna M girdiğinden, şema şu görüntüyü alacaktır:

Şekil : 7



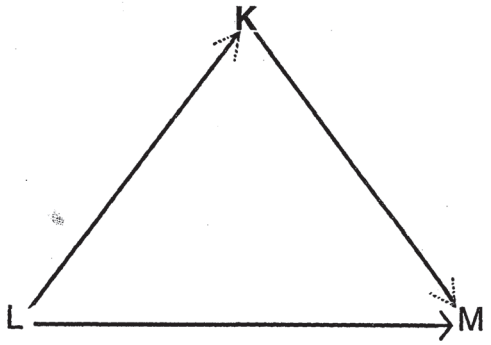
Poliçenin kabulü üzerine, muhatap M, keşideci K'ya karşı da yükümlülük altına girdiğinden, bu borçluluk ilişkisi de, bir ok ile gösterilmelidir. Ancak K'nın M'ye karşı haiz olduğu talep hakkı, belli koşulların gerçekleşmesine bağlı olduğundan, bunu noktalı ok şeklinde göstererek, diğer münasebetlerden ayırt etmeliyiz.

Şekil : 8



Poliçenin kabulünden sonra L'nin K'ya karşı haiz olduğu talep hakkı da, belli bir koşulun gerçekleşmesine, yani poliçenin ödenmemiş olmasına bağlıdır. Böyle olunca, bu ilişkiyi de, noktalı okla göstermek gerekir. Son şema şöyle olacaktır:

Şekil : 9



Yedinci ana kuralımız:

Şema yapmadan, hükmünüzü vermeyiniz!

§ 8

HUKUKÎ İLİŞKİNİN KANUNÎ UNSURLARI

Bir önceki paragrafta hukukî uyuşmazlığın tahlilinde yapılması gereken hazırlayıcı incelemelerden bahsetmiştik. Bunlarda asıl hedef, uyuşmazlığın çözümüne yarayacak güvenilir bir *hareket noktası* bulmaktı; diğer bir söyleyişle, şimdiye kadar verilen açıklamaların başlıca amacı, hukukî ihtilâfın çözümünde çalışmalarımıza esas olabilecek bir temele kavuşmaktı. Bu temeli bulmak için, olayımızla ilgili bulunmayan hukukî ilişkileri bir yana bırakarak, sorunun çözümlenmesine yarıyabilecek çeşitli olasılıkları saptayıp, bunları birer şemada topladık. Bütün bunları yapmakla, henüz sonuca varmış sayılamazdık; çünkü bu ana kadar çalışmalarımız bir tahminden ibaret bulunuyordu. Bu tahminin, yani seçtiğimiz yolun doğru olup olmadığı, sonradan anlaşılacaktı. Örneğin araştırmamızda, talebin aynî haklardan doğmadığı, borçlar hukukundan, yani akitten ileri geldiği sonucuna ulaşmış isek, bu düşünce silsilesi ile bir tahminde bulunmuş oluyorduk. Asıl görevimiz ise, bundan sonra başlayacaktı. Tahmin ettiğimiz aktin kanunî unsur ve koşullarının, incelemeye konu olan hukuk ilişkisinde de bulunup bulunmadığı saptanmalıdır ki, hedefe varmış olduğumuzu söyleyebilelim.

Bu hedefe ulaşabilmek için, ilkin kanun, bilim kitapları ve mahkeme içtihatlarına dayanarak, tahmin ettiğimiz hukuk ilişkisinin varlığı için aranan kanunî koşul ve unsurların neden ibaret olduğunu teorik olarak saptamalıyız. Örneğin, vakıada haksız bir fiilin bulunduğu tahmin ediliyor ise, haksız fiilerde kanunun aradığı tüm şart ve unsurları göz önüne getirmeliyiz.

Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinin 1. fıkrasındaki tanımlamaya göre, bir hareketin, haksız fiil olarak nitelenebilmesi için beş çeşitli şartın gerçekleşmesine ihtiyaç vardır:

1- Fiil,

2- Haksızlık,

3- Kusur,

4- Zarar,

5- İlliyet bağı.

Fakat ancak bir şerh veya ders kitabından, "*fiil*" teriminin yalnız aktif hareketlere münhasır olmayıp, pasif tutumları da içine aldığını; akitten doğan bir alacağa aykırı hareketin "*haksız*" fiil olup olmadığını; bir şahsı "*kusurlu*" sayabilmek için hangi ölçülere ihtiyaç olduğunu; "*zarar*" tabirine manevî zararın girip girmeyeceğini; "*illiyet*" bağında hangi teorinin esas alınacağını anlayabiliriz.

Kanunu biraz daha karıştırırsak "ahlâka aykırı hareketler" için de tazminat istenebileceğini görürüz. Burada da "*ahlâka aykırı hareketleri*" bize ancak bir şerh veya ders kitabı tanımlayıp izah edecektir.

Borçlar Kanunu'nun içine daldıkça "*istihdam eden*", "*hayvan sahibi*", "*istihdam edilen*" ve bunlara benzer hukukî terimlere rast geleceğiz. Bu terimlerin gerçek anlamlarını kanundan çıkarmaya çalışmak boş yere uğraşmak olur. Bir iki örnek daha verelim: Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde şöyle bir cümle kullanılmıştır: "Bir hayvan tarafından yapılan zararı, o hayvan kimin idaresinde ise o ... tazmine mecburdur". "*Hayvan*" terimine mikroplar da girer mi, "*idare*"den maksat nedir? Arabayı, hayvanın sahibi idare etmiyor ise, sorumlu olmayacak mıdır? 58. maddede "bina" ve "imâl olunan şey"lerden söz edilmektedir. Neler "bina" dır? Bir köprü yıkılsa ve buradan geçenler zarar görse, tazminat istenebilir mi? Bu, bir iki örnekten edineceğimiz bilgi şu olacaktır: Kanunda kullanılan terimlerin anlam ve muhtevaları tanımlanmak ister. İşte, bu tarifi bize verecek olan nesne, hukuk kitaplarıdır. Demek oluyor ki, yalnız kafa ve mantığımız bizi hedefe götürmeyecektir. *Ne kadar bilgin olursak olalım, kitapsız iş görülemez.* Söz konusu olabilecek çeşitli ihtimalleri belki kafamızda bulabiliriz; fakat bulduğumuz akit tipinin vakıaya uyup uymadığını kontrol için yalnız mantığa dayanmak doğru olmaz.

Araştırmanın bu kısmı, mutlaka kitaplara dayanmalıdır, yani *teşhisimizin doğruluğunu, ancak ilmî ve kazaî içtihatların yardımıyla kontrol edebiliriz.*

Bu düşünceye karşı *Jhering*'in sözleri[1] hatırlatılarak, Türkiye'de, kitap ve dergi durumu bakımından derin araştırmalara pek olanak bulunmadığını ileri sürmek isteyenler çıkabilir. Ancak böyle bir iddianın, hele 1978 Türkiye'si bakımından gerçeğe uymadığını, çekinmeksizin, ifade edebiliriz. Gerçi, memleketimizde özellikle son on yılda gittikçe artarak çoğalmakta bulunduğunu kıvançla gördüğümüz hukuk alanındaki yayınlar ile Avrupa'da ve özellikle Almanya'da son yıllarda

(1) Giriş, s. 2-3.

dikkati çeken cidden zengin ve aynı zamanda muhteva bakımından pek değerli eserler arasında, yine de azımsanamayacak hayli farklar yok değildir. Bu itibarla, Avrupa'dakilerle boy ölçüşebilecek bir kitaplığa henüz sahip bulunmadığımızı itiraf etmek zorunda kalmakla beraber, otuz yıl öncesine oranla, yurdumuzda bol adette değerli eserlerin varlığı, insaf sahibi her hukukçunun teslim edeceği bir vakıadır.

Çalışmak isteyen herkes aradığını daima bulur; elverir ki, çalışma ve araştırmaya hevesli ve istekli bulunsun ve neyin nasıl aranacağını, vaktini boşa geçirmeksizin öğrenmiş olsun. Fakat her nedense, sayısı küçümsenemeyecek yetişmiş hukukçularımız bile, bu bakımdan istenilen verimi sağlayamamaktadırlar. İnsana tuhaf gelse bile, bir kanun veya içtihadın nerede ve nasıl aranacağını hiç bilmeyenler, sanıldığından çok fazladır.

Neden diye sorarsanız bunun tek sebebi, hâkim veya avukatın, kendi zekâsına haddinden fazla güvenmesidir. Gerçi zekâ, önemli bir değerdir. Bunu kimse inkâr edemez. Fakat hukukta öyle olaylar vardır ki, bunları zekâ sayesinde çözümlemek imkânsızdır. Olumlu bilgiye malik değilseniz yarı yolda kalmaya mahkûmsunuz. Bu olumlu bilgi ise, ancak kitaplardan çalışmakla elde edilir.

Bugünkü bilim durumumuza göre, her hukukçu, metodik olarak çalışmayı, bir vatan borcu bilmelidir. Müvekkilinin işini baştan savma gören bir avukat, yalnız onu zarara sokmuş olmaz; ondan çok daha kötüsü, bütün milletin hakka olan inancını da sarsabilir.

Çağdaş hukukçu unvanını hakkiyle taşımak isteyen her hukukçu *Resmi Gazete* ile tanınmış hukuk dergilerinden, bir veya birkaçına maddî gücüne göre, mutlaka abone olmalıdır. Tedarik edilecek dergiler ne kadar fazla olabilirse elbette ki, o kadar iyi olur. Bu dergiler içinde tercihan "Yargıtay Kararları Dergisi", "Yargıtay Dergisi", "Danıştay Dergisi", "Adalet Dergisi", "İstanbul Barosu Dergisi", "Ankara Barosu Dergisi", "İzmir Barosu Dergisi", Ankara'da yayınlanan "İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi"ne, vb. abone olunması ve böylece özellikle Yargıtay ve Danıştay kararları ile günün önemli hukukî konuları hakkında yazılan makaleleri okumakla, en taze bilgileri edinmek olanağına kavuşulması, yerinde bir tutum olur.

O halde, *sekizinci ana kuralımız* şu olacaktır:

Milletin karakuşî hükümlerden bıktığını, en önemsiz kararın bile bilgi istediğini unutmayınız!

Tahmin ettiğiniz hukuk ilişkisinin kanunî koşullarını bir kez de, bilime dayanarak, kontrol ediniz!

§ 9

YASANIN OLAYA UYGULANMASI

Tahmin ettiğimiz hukuk ilişkisinin unsur ve koşullarını bilimsel bir metotla saptadıktan sonra, bunların elimizdeki olayda da bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Demek oluyor ki, buradaki ödevimiz; soyut olan hukuk kavramlarını ve hukuk kurallarını, somut olan hayat olaylarına, canlı vakıalara uygulamak, diğer bir söyleyişle, olayı hukuk açısından inceleyerek, hukuk ölçüsü ile değerlendirmektir.

Burada, metot bakımından iyi yetişmemiş olan bir hukukçunun durumu, oldukça zordur. 1 ve 2 numaralı paragraflarda verilen açıklamalara dikkat edilmeyerek, olay gereği gibi benimsenmemiş ise, hukuk sorununun çözümlenmesi de o oranda güçleşmiş olur. Olaya dayanılarak ileri sürülen talep hakkının mahiyeti, aslî ve fer'î nitelikleri ile birlikte bilinmekte ise, olay ve talebin, teorik olarak bulduğumuz şartları kendinde toplayıp toplamadığını saptamak, oldukça kolaydır. Örnek olarak, talep hakkı ile vakıanın, haksız fiil diye nitelenmesinin mümkün olduğunu kabul edelim. Bu halde, yapılacak ilk iş, şu olmalıdır: Teorik olarak haksız fiilin yani haksız fiile dayanak olabilecek hukukî ilişkinin unsur ve koşullarını saptadıktan sonra, tıpkı bir matematik probleminin ispatında olduğu gibi, teorik bakımdan nitelik ve ayırıcı belirtilerini kesin olarak saptadığımız şart ve unsurların, somut vakıada da var olup olmadığını, mantıkî bir teselsül ile ispata çalışmalıyız. Böylece:

1- Vakıa, olumlu veya olumsuz bir fiilin ürünü müdür?

2- Haksızlık var mıdır? (Haksızlığı ortadan kaldırabilecek sebepler gözden kaçırılmamalıdır).

3- Fiil, faile isnat edilebilir mi? (Bunu saptamak için olayda kusur aranmalı ve kusur bulunduktan sonra, failin mümeyyiz olup olmadığı araştırılmalıdır).

4- Zarar var mıdır? (Zarar var ise, bu zararın herhangi bir tarzda giderilmiş olup olmadığı da incelenmelidir).

5- Son olarak, fiil ile sonuç arasındaki illiyet bağı aranmalı ve bu bağı kesebilecek tüm ilişkiler incelenmelidir.

Bu araştırmadan, vakıanın tahmin ettiğimiz tarzda nitelenmesi için teorik bakımdan zorunlu görülen koşul ve unsurlardan bir veya birkaçının eksik olduğu sonucuna varılırsa, incelemede bulunanın sıfatına göre, şöyle hareket edilmek gerektir:

I— Dava hakkında *hâkim sıfatıyla* karar vermek durumunda bulunuyor isek, tarafların olayı kasten ya da ihmal sebebiyle olayın önemli unsurlarını açıklamamış ya da buna gerek görmemiş olmaları halinde HUMK.'nun 75. maddesi uygulanmalıdır. Bu hükme göre, yasanın saptadığı istisnalardan başka hallerde, hâkim iki taraftan birinin söylemediklerini ya da iddia sebeplerini kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. Ancak müphem ve çelişkili gördüğü iddia ve sebepler hakkında tarafların açıklamalarda bulunmalarını isteyebilir. Hâkim, davanın her aşamasında iki tarafın iddiaları sınırları içinde kalmak üzere, kendilerini dinleyebilir ve gerekli delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir.

Demek oluyor ki, hâkim, iddia veya müdafaa konularında tarafları uyarmak, iddia veya müdafaalarını belli bir biçimde yapmaları halinde davayı kazanacaklarını veya kaybedeceklerini onlara anlatmak ya da hissettirmek gibi müdahalelerde bulunamaz. Fakat iki tarafın iddia ve savunmaları sınırları içinde olmak şartiyle, hâkim müphem gördüğü hâdise ve hususların açıklığa kavuşturulmasını kendiliğinden isteyebilir.

Örnek: C, A'ya ait bir malı çalıyor ve B'ye satıyor. A, hırsızlığı öğrenir öğrenmez B'den malın geri verilmesini istiyor. Mal B'nin yanında bozuluyor. Bunun üzerine A, B'ye karşı dava açarak zararın tazminini talep ediyor. Olay bundan ibarettir. Davada taraflar yalnız haksızlığı iddia ve ispat ile uğraşıyorlar, kusur hakkında ise hiçbir şey söylenmiyor.

Böyle bir durumda hâkim; davacı, davalının kusurundan söz etmedi diye davayı reddedemez. Reddetmesi, gereksiz ve âdil olmayan bir şekilcilik olur. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 75. maddesini bu tarzda yorumlayan bir hâkim, hükmün gerçek muhteva ve önemini kavramamış demektir. Hâkim elbette, tarafsız kalacak ve davacı ya da davalıya yardım etmek hakkına asla sahip bulunmayacaktır. Özellikle, kendi bilgisi ürünü olan hususları davada kullanamayacağı gibi taraflardan birine veya onun avukatına yol da gösteremez. Bununla beraber hâkim, Türk yargılama usulünde de hakkın üstünlük kazanmasına yardım edecek ve türlü türlü kaçamak yollara iyi niyetli olmayarak sapan bir borçluya karşı, haklı olan alacaklıyı koruyacaktır.

1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 31. maddesinin* 1. fıkrasında yer alan: "Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak *iddia ve savunma* hakkına sahiptir" hükmü yer almış bulunduğundan,

(*) 1982 tarihli Anayasa'nın 36. maddesi (S.V. notu).

yurdumuzda tarafların kendilerini yargı mercileri ve mahkemeler huzurunda bir avukatla temsil etmeleri zorunluğu yoktur. Halbuki Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, asliye mahkemeleri ile daha yüksek mahkemelerde bakılmakta olan davalarda, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 78. maddesindeki açık hüküm gereğince, bilim alanında "*Anwaltszwang*" denilen ve tarafların kendilerini duruşmada bir avukat marifetiyle temsil ettirmelerini mecburî kılan sistem yürürlüktedir. Bu hüküm, davacı veya davalının, avukatıyla birlikte mahkemede hazır olması ve onun yanında söz alması hakkını ortadan kaldırmaz[1].

"Pratik Hukukta Metot" adlı eserin 2. baskısının yapıldığı 1948 yılında, Anadolu'nun birçok yerlerinde avukat bulunmadığı için, hukukî yardıma ihtiyacı olanların kendilerini bir avukat marifetiyle temsil ettirmelerinde pek olanak bulunmadığına işaret edilerek, hâkimin, hakkın ortaya çıkması için, HUMK'nun 75. maddesi hükmünü, Türkiye'deki gerçek durumlara uygun bir tarzda yorumlayarak, tarafların iddia çerçevesini aşmamak şartıyla, davanın açıklığa kavuşturulması için gereken bütün tedbirlere başvurabilmesi görüşü, önemle belirtilmiş bulunuyordu. Ancak aradan geçen zaman içinde, özellikle 1948 yılında avukatlık imtihanını kaldıran ve staj müddetini bir yıla indiren 5178 Sayılı Kanun'un sonucu olarak ve diğer bazı sebeplerle Anadolu'nun birçok yerinde avukat bulunmaması durumu değişmiş, avukatların sayısı sadece büyük şehirlerde çoğalmakla kalmamış, hiç avukat bulunmayan yerlere bile avukatlar yerleşip orada yazıhane açarak faaliyete geçmiş olduklarından, eski görüntü büsbütün denilecek kadar değişmiştir. O kadar ki, doğrusunu söylemek gerekirse, bugün genel olarak bir avukat enflasyonundan ve bunun birlikte getirdiği sakıncalardan söz bile edebilir[2].

Bir davada kendini bir avukat marifetiyle temsil ettirmek olanağının bir mesele olmaktan çıkmış bulunmasına rağmen HUMK'nun anılan 75. maddesini, açıklanan tarzda yorumlamaya devam etmek, hâkimin tarafsızlığını sarsmış olmak manasına gelmez. Türlü türlü sebeplerden dolayı memleketimizin sosyolojik bünyesi bile, birçok hallerde, yine de, yasayı bildiği farzedilen hâkimin müdahalesini zorunlu kıldığı gibi, aslında 75. maddenin sevk amacı da, bu görüşe hak verdirecek mahiyettedir. Böyle olunca da, hâkim, iddia ve savunmada hangi yönlerin önemli olduğunu davada işaret etmekle, taraflardan birine karşı haksızlık yapmış ya da eşitlik ilkesi ile bağdaşmayan bir davranışta bulunmuş sayılamaz.

---

(1) *Baumbach*, Dr. Adolf- *Lauterbach*, Dr. Wolfgang: Zivilprozessordnung, 25. bası, Berlin 1958, § 78; s. 140. *Çernis*, Volf: Tatbikattan Çizgiler, İstanbul 1962, s. 574-577'de verilen izahata bakınız.

(2) Bu konuda Av. Volf *Çernis*'in 1962 yılında İstanbul'da yayınlanan Tatbikattan Çizgiler başlıklı kitabının 550-558. sayfalarında ilginç açıklamalar vardır.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin, 15.11.1974 tarih ve 974/9950 ve K. 974/8418 sayılı yeni bir kararında[3] kesin mehil ile ilgili olarak, memleketin realitesine dayandırılmak istenilen ve hukukçu olmayan sade vatandaş ile kanunu iyi bilmesi gereken avukat arasında fark gözeten, dikkat çekici bir yorum ile karşılaşıyoruz.

Çok ilginç bulduğumuz bu kararı, Taşköprü Ceza Hâkimi *O. Kadri Keskin* tarafından Adalet Dergisi'nin 1976 Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos aylarına ait 3-4 numaralı sayısında (s. 326-327) neşredilen "Hukuk Usulünde Hâkimin Vereceği Kesin Mehil ve Müeyyidesi" başlıklı makaleden aynen aşağıya alıyoruz:

"... Yasal süreler kesin olup, riayetsizlik takdirinde yapılması gerekli işlem yapılmazsa, hakkın düşeceği kuşkusuzdur. Hâkim kesin olmak kaydiyle süre tanıdığını belirtmemiş ise, süreyi geçirmiş olanın isteği üzerine ikinci kez bir süre daha verebilir. İkinci defa verilen süre sondur. Yasal süre gibi kesindir. Kesin olan veya ikinci defa verilen süre içinde ilgili taraf gerekli işlemi yapmazsa, işleme bağlı tutulan hakkı düşer.

Hukukla uğraşan meslek adamlarından bazılarının 163. maddeyi anlamakta zorluk çektikleri, süreye riayetsizlik halinde davanın usulî nedenle reddedilip, esasının incelenmemesinden ötürü kesin hüküm sayılmayacağı düşüncesini taşıdıkları çok görülmüştür.

Halbuki, olay veya benzeri durumlarda hâkim tarafından verilen kesin süre içinde keşif masrafını yatırmayan taraf, iddiasını isbat edemiyen kimse durumuna düştüğü için davası reddedilir. Artık aynı davayı *kesin hükmün varlığı nedeniyle bir daha açmak olanağı yoktur*. Davada ise, davacı davasını bizzat takip eden sade bir vatandaştır. Hâkimin tanıdığı süreye riayetsizlik ettiği takdirde, karşılaşacağı sonucu kestirmek olanağına sahip değildir. *Hâkim veya avukatların anlamını kavramakta zorluk çektikleri* bir kanun maddesini vatandaşın tam olarak bildiği veya anladığı düşünülemez.

Ülke koşulları ve hayatın gerçekleri, bu gibi hallerde *bir ayrıcalık* yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Davaların *bizzat taraflarca takip edildiği* hallerde *hâkim 163. maddenin anlamını, süre verdiği kimseye anlatmak ve açıklamak zorunluğundadır*. Olayda hâkim, davacıya keşif masrafını tanıdığı süre içinde yatırmadığı takdirde, iddiasını isbat etmemiş bir kimse durumuna düşeceğini ve davasının bu nedenle reddedileceğini açıkça bildirmek ve *onu uyarmak mecburiyetindedir*.

Hâkimin bu şekilde uyarmada bulunduğunu, duruşma tutanağına yazması ve hatta alâkalının imzasını almak suretiyle bu yönü belgelendirmesi gereklidir. Kanun hâkime bu biçimde hareket etmek mükellefiyetini yüklememiş olmasına rağmen, *memleket gerçekleri,*

---

(3) Yargıtay Kararları Dergisi 1976, Sa. 5 (Mayıs), s. 609-611.

hâkimin bu tarzda işlem yapmasını öngörmektedir. 1. Hukuk Dairesi'nin benzeri işlerdeki uygulaması, yukarıda açıklanan yöndedir. Böylece *bir kanun boşluğu, memleketin şartlarına ve ihtiyaçlarına göre doldurulmuş*; vatandaş, bilgisizliğinin cezasını hak ettiğinden fazla bir bedelle ödemek durumuna düşmekten kurtarılmış bulunmaktadır.

Yukarıda öngörülen şekilde işlem yapılmadan davanın REDDİNE karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün ... bozulmasına ... karar verildi".

Makale yazarı, Prof. Dr. *Baki Kuru*'nun "Hukuk Muhakemeleri Usulü" adlı eserinin 3. baskısının 905. sayfasındaki 9 numaralı dipnotuna işaret suretiyle, Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi'nin 27.12.1962 tarih ve 14552/15395 sayılı ilâmında da: ".... Ancak, müddetin kat'î olduğuna mütedair kararın *açık ve kesin neticeli olması lâzımdır*... ve yapılmaması halinde *hukukî neticeyi* kesin olarak göstermelidir" denildiğini sözlerine eklemektedir.

Hâkimin, tayin ettiği bir müddetin kesin olduğuna karar vermiş olması halinde, bu kararın hiçbir tereddüde yer vermeyecek derecede açık olması lüzumunda, bilimsel görüşler ile kökleşmiş mahkeme içtihatları birleşmektedir[4]. Görüş ayrılığına yol açan mesele, hâkimin kesin olmak üzere verdiği yahut ikinci mehil olduğu için HUMK'nun 163. maddesinin 5. cümlesi gereğince kanunen kendiliğinden kesin olan müddet sebebiyle, bu kesin mehle riayetsizliğin müeyyidesini; başka bir söyleyişle, kesin mehle bağlı ara kararını yerine getirmeyen tarafın karşılaşacağı hukukî sonuçları ona anlatıp, onu uyarmak zorunda bulunup bulunmadığı ve hâkimin bunu yapmamış olması halinde, kesin mehle ait hukukî müeyyidenin uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, 31.5.1976 gün, E. 1976/5962 ve K. 1976/5718 sayılı yeni bir kararında[5], kesin mehle tekrar değinmek fırsatını bulmuş ve *kanunda yazılı bulunmadığını kabulle beraber,* kesin süreye, ilgili taraf kadar, hâkimin de aynı derecede saygılı olması gerektiğine işaret etmek zorunluğunu duymuş ve karar metninde şu ibarelere yer vermiştir:

"HUMK'nun 163. maddesi uyarınca hâkim tarafından verilen kesin süreye riayetsizlikten ötürü davanın reddedilebilmesi için süreye ilişkin bulunan ara kararında, ilgili tarafa yapması gereken işlerin ve yükletilen şeylerin neler olduğunun hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak ve herkesçe kolaylıkla anlaşılabilecek şekilde açıkça belirtilmesi ve hatta anlatılması gereklidir.

---

(4) Örneğin *Kuru*, Prof. Dr. Baki: Age., s. 905 ve 9 numaralı dipnotunda zikredilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.4.1959 tarih ve T/4-15 sayılı kararı. [*Kuru*, Prof. Dr. Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, İstanbul 1991, 5. Baskı, s. 3763, 3764 ve dn. 20 (S.V. notu)].

(5) Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 1976, Sa. 12, s. 1652-1654.

Davanın sonucuna ve akibetine çok yakından etkili olan bu çeşit ara kararlarının yeteri kadar açık olmadığı hallerde, ilgili tarafın yapacağı işlemlerin neler olduğunu tam olarak bilmemesinden ötürü birşey yapmamakla suçlanması, sorumlu tutulması ve kesin süreye riayetsizlik nedeniyle davanın reddedilmesi olanağı yoktur".

Makale yazarı *O. Kadri Keskin,* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.11.1969 tarih ve 5/310-825 sayılı, 11.12.1964 tarih, E. 1/65 ve K. 100 sayılı, 15.5.1974 tarih, E. 1972/2-605 ve K. 528 sayılı ilâmlarından da söz ederek, hâkimin, ilk kez kesin kaydiyle veya kanunen kesin sayılan ikinci mehli verirken, buna riayetsizliğin müeyyidesini anlatmak zorunda olmadığı, çünkü hukuk davalarında hâkimin, -kaide olarak- tarafların iddia ve müdafaası ile bağlı bulunduğu, HUMK.'nun 414. maddesinin son cümlesi hükmünün de bu görüşü desteklediği ve hâkimin bir davada, taraflardan herhangi birine nasihat vermiş veya yol göstermiş bulunması halinde, bunun, HUMK.'nun 29. maddesinin 1 numaralı bendine göre hâkimin reddi sebebi teşkil etmesi itibariyle de, hâkimin, kesin mehle riayetsizliğin hukukî sonuçlarını ilgili tarafa anlatmasının sakıncalı olacağı ve sade vatandaş ile avukat arasında fark gözetmenin, kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyeceğine işaret ederek, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin sözü geçen 15.11.1974 tarihli kararının isabetsiz bulunduğu sonucuna varmaktadır.

Usul hukukunu ilgilendiren bu açıklamalardan sonra incelemeye başladığımız meseleye dönelim.

Örneğimizde A, B'den, kendine ait bir mala yapılmış zararın tazminini istemekte ise, bu isteği ile kanunî maddeyi açıklamamış olsa bile, tazmin hakkını doğuracak tüm yasal koşulların olayda var olduğunu, üstü kapalı olarak ileri sürmüş sayılır; çünkü kendini haklı görmeseydi, dava açmazdı. Davalı, malı iyi niyetle edinmiş olduğunu ve dolayısıyla mal üzerinde mülkiyet hakkını kazanarak, kendine ait bir malı bozduğunu iddia ederse, savunmasında, kanunun belli bir maddesine dayanmamış olsa bile kusursuz olduğunu zımnen beyan etmiş demektir. Bu halde de hâkim; davalı kusursuz olduğunu açıkça söylemedi diye savunmayı reddederse, kanuna aykırı davranmış sayılır. Çünkü davalı, kendini kusursuz gösterecek tüm hususları zikretmiş, yalnız "kusur" kelimesini kullanmamıştır. Bu gibi hallerde, taraflar, ister bilgisizlik ister aldırmazlık yüzünden belli yönlere değinmemiş olsalar bile, hâkim, her iki tarafı uyarıp dikkatlerini çekebilmelidir. Örneğin, olayımızda Medenî Kanun'un 902. maddesindeki unsurların var olup olmadığını; gerek davacı, gerekse davalıdan sormalıdır. Ancak bu yön açıklığa kavuştuktan sonradır ki, hâkim kararını verebilir.

Diğer bir örnek: Davacı, davalıdan, borçlunun kefili sıfatıyla 5.000.- TL.'nın ödenmesini isteyerek, ondan şu biçimde kaleme alınmış bulunan bir yazıyı mahkemeye veriyor: "Bay A'nın bay B'ye karşı haiz olduğu bütün alacakların ödenmesini kefil olarak temin ederim". Davalı, Borçlar

Kanunu'nun 487. maddesi hükmüne dayanarak davanın; davacı ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası hükmünü ileri sürerek, davalının def'inin reddini istiyor. Mahkeme acaba ne yapacaktır?

Verdiğimiz izahlara göre kefile karşı dava açan alacaklı, hakkını doğuracak bütün yasal koşulların olayda var olduğunu, üstü kapalı olarak iddia etmiş sayılır. Şu halde, davacı, kefaletin kanunî biçime uygun bir tarzda taahhüt edilmiş olduğunu da, zımnen iddia etmiş demektir. Bu biçim ise, Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: "Kefaletin sıhhati, tahrirî şekle riayet etmeye ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakkıftır". Acaba hâkim, kefalet edilen miktarın, akit sırasında saptanmamış olması hususunu, kefilce def'i suretiyle ileri sürülmedikçe, kendiliğinden dikkate alamayacak mıdır? Bu soruya Yargıtay'ın 12.4.1944 gün, E. 14 ve K. 13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda verilen cevap görüşümüzü doğrulamaktadır:

"Mahkemelerden ancak mevcut ve bir kanun hükmü ile himaye edilen haklar için karar istenebileceği cihetle davanın esaslı şartlarından olan hak vücut bulmamış ve kanun tarafından himaye edilmemiş ise, diğer tarafın talebini beklemeksizin hâkimin bu davayı dinlememesi ve reddetmesi icabeder. Aksi takdirde hâkimin dava edileni borçlu olmadığı ve davacının talebe hakkı bulunmadığı bir şeyle mahkûm etmesi gibi batıl bir netice husule gelir.

Bu itibarla kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olamayacağı hususunun hâkim tarafından resen nazara alınması lâzım gelir".

II— Olaya avukat sıfatiyle bakıyorsak, açık olmayan yönler, dava dilekçesi yazılıp mahkemeye verilmeden önce, müvekkilden etraflı olarak sorulup aydınlığa kavuşturulmalıdır. Bunu yapmazsak, herhangi bir kusur veya ihmalimiz olduğu takdirde, müvekkilin uğrayacağı zararı tazmin zorunda kalabiliriz; çünkü Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 185. ve 202. maddelerine göre davacı, davalının rızası olmaksızın davasını genişletemeyeceği gibi, mahiyetini de değiştiremez; davalı da, cevap lâyihasını hasmına tebliğ ettirdikten sonra, onun muvafakati olmaksızın, savunma sebeplerini genişletemez veya değiştiremez. Ancak, ıslah hali ile 186. maddedeki hüküm bundan müstesnadır.

Bu konuda tam bir hassasiyet, özen ve titizlikle hareket etmekte, avukat bakımından her yönden büyük yarar vardır. Uygulamada genel olarak edinilen tecrübeler göstermiştir ki, müvekkil, hallerin birçoğunda, ya bilgisizliğinden, ya da kendine göre önemli saymadığından dolayı, maddî vakıalarla ilgili bazı önemli hususları avukatına ya hiç bildirmemekte ya da yanlış veya eksik olarak anlatmaktadır. Hatta bazı müvekkiller, kendilerinin çıkarını o yolda gördükleri için, kendi

avukatlarından bile bazı vakıa veya delilleri gizlemekte ya da vekillerini yanıltmakta fayda ummaktadırlar. Bilindiği gibi, 1136 numaralı yeni "Avukatlık Kanunu"nun 38. maddesinin (a) bendine göre avukat, kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa, teklifi reddetmek zorundadır.

En emin hareket tarzı, Avrupalı avukatlar gibi, aramızda mesleklerinde titizlik gösterenlerden bazılarının usul haline getirmiş oldukları üzere, müvekkilin, avukata olayı anlattıktan sonra, anlatılanların bir not halinde sekretere yazdırılarak, müvekkilin beyan ettiği maddî vakıaların doğru ve eksiksiz bulunduğu hakkında bir şerh eklenmesi suretiyle, bunun altının müvekkile imzalattırılmasıdır.

Açılacak davada dayanılacak deliller hakkında müvekkilden yazılı ve imzalı bir beyan alınması, hatta hasmın davaya karşı ileri sürmesi muhtemel görülen itiraz ve def'iler ile hasım tarafça ikame edilebilecek mukabil deliller hakkında müvekkilin beyanlarını ihtiva eden bir muhtıranın kaleme alınıp ona imza ettirilmesi; avukat ile müvekkil arasında sonradan çıkabilecek hoş olmayan bazı tatsız durumları ve çok kere haksız sitemleri önleyebilecektir.

III— Belli bir olay hakkında *mütalâa beyan etmemiz* gerekiyor, fakat olayın esaslı noktaları hakkında tam bir bilgi edinmek kabil olamıyor ise, vereceğimiz mütalâada şu yönlerin belirtilmesine önem verilmelidir:

"Olaydan, anlatış tarzına göre, tahmin ettiğimiz hukukî ilişki için şu veya bu şartın gerçekten var olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu itibarla, her iki ihtimale göre, sorunun incelenmesi gerekmiştir. Şartlar var ise, sonuç şudur... Şartlar yok ise, budur".

Özetlemek gerekirse, türlü türlü ihtimallerin akla gelebildiği hallerde, bütün olasılıklar dikkate alınmalıdır.

Dokuzuncu ana kural:

Olayı aydınlatmadan hükmünüzü vermeyiniz!

§ 10

OLAYA UYABİLEN ÇEŞİTLİ HUKUK İLİŞKİLERİNİN ÇÖZÜMLENMESİ

Vakıada müphem görünen noktaları aydınlattıktan sonra, olayın ve talep hakkının, koşullarını teorik olarak saptadığımız hukuk ilişkisine uyup uymadığına artık karar verebiliriz.

Bu karar, sonuç bakımından farklı olabilir:

I— Tahmin ettiğimiz hukuk ilişkilerinden bir veya birkaçının olaya uymadığı açıkça anlaşılıyorsa, bunlara mütalâada yer vermek doğru olmaz.

Örnek: A, bir terziye, ütülenmek üzere, paltosunu veriyor. Terzi dikkatsizlik yüzünden paltonun kolunu yakıyor. Bu yüzden palto, artık giyilmesi beklenemeyecek bir hale geliyor. A, terziden tazminat istemektedir.

Böyle bir olayın ilk incelemesinde haksız fiil bulunduğu tahmin edilmiş ise bu sonucun doğru olmadığı, kanundan hemen anlaşılacaktır. Göreceğiz ki, haksız fiilin koşulları buradaki şartlara hiçbir bakımdan uymamaktadır. Hatta, vereceğimiz mütalâada, haksız fiil üzerinde durmuş olduğumuzu yazmak bile doğru olmaz. Olaydaki tazminat isteği, ancak istisna aktinden doğabilir.

II— Tahmin ettiğimiz çeşitli hukuk ilişkilerinden hiçbirinin olaya uymadığı sonucuna ulaşılabilir. Bu gibi hallerde yapılacak tek şey, var saydığımız türlü hukuk ilişkileri için, mevcudiyeti zorunlu olan koşul ve unsurların vakıada bulunmadığını saptayıp, bunu mütalâada açıkça bildirmektir. Dava henüz açılmamış ise, açılmasından kaçınılması; eğer açılmış bulunuyor ise, zararın neresinden dönülürse kâr sayılacağından, bu işin içinden en zararsız bir tarzda sıyrılabilmesi için vakit geçirilmemesi salık verilmelidir.

1974 yılında İstanbul asliye hâkimliklerinden birinde açılmış bir davayı ele alalım. Olayda davacılar, amcalarının bir süre önce ölmüş olup, resmî bir vasiyetname gereğince sahip bulunmuş olduğu bir

gayrimenkulün mülkiyetinin yarım hissesini kardeşlerinden birine vasiyet ettiğini, halbuki kendilerinin kanunî mirasçı bulunmaları itibariyle, bu gayrimenkulden düşen payın kendilerine verilmesi ve bu payın adlarına tescilini istemişlerdir. Dava dilekçesinde, davanın mahiyeti, mirasta tenkis davası olarak nitelenmiş, tenkis yoluyla davacılar adına tescili istenen dava konusu gayrimenkul paylarının değeri olarak, nisbî harca esas olmak üzere, dava ve murisin ölüm tarihlerindeki gerçek kıymetinin -herhalde, davanın reddedilmesi ihtimalini ihtiyaten göz önünde tutmuş olmak için- sadece beşte bir kadarı gösterilmişti.

Davalı vekilinin, davaya karşı vermiş olduğu cevap lâyihasında ise şu açıklamalar yer almış bulunuyordu:

> "Maddî vakıaya göre, davacılar muris ve vasiyetçinin kardeşlerinden birinin *çocuklarıdır*. Halbuki, kanunî miraşçı olmak başka; mahfuz hisseli mirasçı olmak yine başkadır. Gerçekten de, Türk Medenî Kanunu'nun 452. ve 453. maddeleri hükümlerinin açık metninde belirtilmiş olduğu üzere, mahfuz hisseli mirasçılar, müteveffanın füruu, ana ve babası, erkek ve kızkardeşleri ile eşten ibarettir. Bu sayım tahdidî mahiyette olduğundan, bunların dışındaki kanunî mirasçılar, mahfuz hisseye sahip değildirler. "*Tenkis davası*" kenar başlığını taşıyan 502. maddenin 1. fıkrası, *ancak mahfuz* hisselerinin baliğ olduğu miktarı alamayan mirasçıların, tasarruf nisabını tecavüz eden teberruun tenkisini dava edebileceklerini açıklamakla; *mahfuz hisseli mirasçı olmayan* kanunî diğer mirasçıların bu dava hakkına sahip *bulunmadıklarını* ifade etmiş bulunmaktadır. Üstelik, kanun, 453. maddesinde, mahfuz hisseli mirasçıların mahfuz hisselerinin miktarını dahi sınırlamış bulunmaktadır. Kanun metinlerinin sarahati karşısında, artık ilmî ve kazaî içtihatlara müracaata lüzum kalmamakla beraber, Medenî Kanun'un 1. maddesinin son fıkrası hükmüne uygun hareket etmiş olmak için, gerek nazariye gerek tatbikattan şu kaynakları zikredebiliriz:
>
> Prof. Dr. *Zahit İmre* tarafından İstanbul'da 1972 yılında yayınlanan "TÜRK MİRAS HUKUKU" adlı eserin 310. sayfasında: "Buna karşılık, kardeş *çocuklarının* (yeğenlerin) mahfuz hisseleri *yoktur*" diye vâki açıklamanın altındaki 6 numaralı notta Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 18.1.1951 tarih ve 8620/439 sayılı kararına atıfta bulunulmuştur.
>
> Yine Dr. *Necip Kocayusufpaşaoğlu*'nun İstanbul'da 1966 yılında yayınladığı "MİRAS HUKUKUNA GİRİŞ" adlı eserinin 242. sayfasında, İsviçreli tanınmış müelliflerden *Tuor*'un reyine de dayanılmak ve mehazın tarihçesi de anlatılmak suretiyle: "Özel olarak kardeş *çocuklarının* mahfuz hissesi *yoktur*" denilmiş bulunmaktadır.
>
> *Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kökleşmiş içtihatları da, bu merkezdedir.* Nitekim *Hilmi Yazıcı* ve *Hasan Atasoy* tarafından 1970 yılında Ankara'da neşredilen "ŞAHIS, AİLE ve MİRAS HUKUKU İLE İLGİLİ YARGITAY TATBİKATI 1952-1970" adlı eserde derç edilen Daire kararlarından

9.9.1952 gün, E. 3953 ve K. 3407 numaralı (s. 844, kitaptaki karar sıra No. 1491), 15.12.1967 tarih, E. 4714 ve K. 5398 sayılı (s. 846 ve 847, kitaptaki karar sıra No. 1495), yine 17.5.1957 gün, E. 2920 ve K. 2718 sayılı kararı (s. 850 ve 851, kitaptaki karar sıra No. 1502), kardeş çocuklarının, her hal ve kârda, mahfuz hisseli mirasçı *olmadıkları* cihetle, tenkis davası açmaya maddî haklarının mevcut olmadığını açık ve seçik olarak ortaya koyan kararlardan sadece bazı örneklerdir.

Şu hale göre başkaca bir cihetin tahkikine lüzum olmaksızın, davanın ilkin, davacıların *aktif husumet ehliyetine sahip bulunmamaları* yönünden reddi gerekir".

Görülüyor ki, davacılar adına davayı açan avukat, Medenî Kanun'un ilgili hükümlerini bile esaslı olarak incelemeden dava açmakta acele etmiştir. Nitekim bu hükümleri dikkatlice göz önünde tutmuş ve hele ilmî ve kazaî içtihatları da biraz karıştırmış olsaydı, müvekkillerinin böyle bir davayı kazanmak bakımından en küçük bir şansa sahip olmadıklarını anlayacak ve onların lüzumsuz yere, üstelik davalı taraf lehine hükmedilecek vekâlet ücretine mahkûm olmalarına meydan vermemek için, daha baştan dava açmaktan sakınmış olacaktı.

Diyelim ki, davacıların vekili, hukukî hükümde yanıldığı için, kanunen müvekkilleri lehine sonuçlanabileceği kanaatiyle bu davayı açmış bulunsun. Fakat ona tebliğ edilen cevap lâhiyasından sonra, davanın reddedileceği hususunda kendisinde en küçük bir kuşku kalamazdı, kalmaması gerekirdi. Bu durum karşısında, tedbirli bir avukat olarak, zararı en az ölçüde tutmak üzere, hazır dava dilekçesinde, davaya esas harç düşük olarak gösterilmiş iken, davalı vekilinin, müddeabihin gerçek değerinin tesbiti ve harcın tamamlanması yolundaki isteğinin mahkemece kabulüne karar verilmesinden önce atik davranarak, hemen davadan feragat ettiğini bir dilekçe ile mahkemeye bildirmeyi ihmal etmemesi gerekirdi.

HUMK'nun 94. maddesinin 1. fıkrası gereğince, feragat eden taraf, mahkûm olmuş gibi, muhakeme masrafını ödemek zorundadır ve bu masraf içinde, bilindiği gibi, vekâlet ücreti de vardır. Feragat ile davanın sona ereceği hususunda kökleşmiş Yargıtay içtihatları ile ilmî içtihatlar arasında görüş farkı yoktur. Feragat üzerine, mahkeme, sadece feragat sebebiyle davanın sona ermiş bulunduğunu tesbit etmekle beraber, feragat eden davacıyı yargılama masraflarına mahkûm eder. Yargıtay'ın anlayışına göre feragat, şayet şeklî şartları tamam ise, kesin hükmün tesirlerini doğurur; böylece mahkemece feragatın vukuunun tesbitine dair verilecek karar, şeklî anlamda kesinlik kazanmış olur. Yargıtay'ca aranan şartlar, feragatin bizzat davacı veya özel yetkisi bulunan vekili tarafından vukua gelmiş ve bu beyanın karşı tarafa usulü dairesinde ulaştırılmış bulunmasıdır. Yüksek Mahkememize göre, feragat beyanının davalıya ulaştırıldığı gün, artık ortada dava kalmamış olur. Bu düşünce,

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.11.1968 tarih, E. 6/56 ve K. 739 sayılı kararında ifade edilmiştir. Muhakkak olan, feragatin karşı tarafın kabulüne bağlı olmadığıdır[1].

Resmi Gazete'nin 2.5.1967 tarih ve 15575 numaralı nüshasında yayınlanıp yürürlükte bulunan "Avukatlık Asgarî Ücret Tarifeleri"nin "feragat, kabul ve sulh hallerinde ücret" kenar başlığını taşıyan 7. maddesinde anlaşmazlığın, feragat, kabul ve sulh sebepleri ile delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce giderilmesi halinde, tarifeler hükümleriyle belirli ücretlerin yarısına; karar gereğinin yerine getirilmesinden sonra giderilmesi takdirinde ise, tamamına hükmolunacağı yazılıdır.

Ele aldığımız somut davada davacılar vekili, "zararın neresinden dönülse kârdır" sözü uyarınca hareket edip, davalı vekilinin cevap lâyihasını alır almaz, davadan feragat ettiğine dair dilekçesini derhal vererek hasım vekiline tebliğ ettirmiş olsaydı, mahkeme, ancak dava dilekçesinde beyan edilen noksan değer üzerinden ve feragat sebebiyle bunun da sadece yarısı olarak nisbî vekâlet ücretine hükmetmiş olacak ve böylece, hukukî meseleyi iyice incelemeden acele dava açmış olan avukat, müvekkillerinin uğrayacağı zararı, hiç olmazsa en az hadde tutmuş olacaktı.

Başka bir örnek: A ve B, bir arsanın, müşterek mülkiyet halinde malikidirler. Yabancı bir memlekette yaşayan B, arkadaşı A'nın tavsiyesi üzerine Türkiye'de mukim avukat C'yi genel vekil tayin etmiştir. C, daha düşük emlâk vergisi vermek ve böylece müvekkiline yaranmak için, B'nin vekili sıfatiyle, onun adına Emlâk Vergisi Kanunu hükümleri gereğince tanzim ettiği emlâk vergisi beyannamesinde de, mülkün yarısının gerçek değeri olan 1.000.000.-TL beyan edecek yerde, kıymet olarak sadece 500.000.-TL bildiriyor. Bu bildirimden bir yıl sonra arsa kamulaştırılıyor. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 1488 sayılı Kanun ile değişik 38. maddesinin 2. fıkrası gereğince, kamulaştırmalarda ödenecek karşılık, taşınmaz malın tamamının kamulaştırılması halinde, o malın malikinin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun olarak bildireceği *vergi değerini*; kısmen kamulaştırmalarda da, *vergi değerinin* kamulaştırılan kısmına düşen miktarını aşamaz*,**. Olayımızda kamulaştırılan gayrimenkulün hakikî değeri 2.000.000. lira olmasına ve böylece

---

(1) Sözünü ettiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda zikredilen hukukî açıklamalar için bkz. *Kuru*, Prof. Dr. Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1974, 3. baskı, s. 558 ve 559, özellikle 12 ve 13 no.lı dipnotlar. [*Kuru*, Prof. Dr. Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 1991, 5. Baskı, s. 2556 vd. (S. V. notu)].

(*) Bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1976 tarihli kararı ile iptal edilmiştir (RG, 20.1.1977). Örnek, bu karadan önceki hukukî durumla ilgilidir.

(**) 1982 Anayasası m. 46 (S.V. notu).

B'nin yarı mülkiyet payına 1.000.000. lira isabet etmesi gerekmesine rağmen, vekili avukat C'nin emlâk vergisi bildiriminde kıymet yarı yarıya düşük olarak gösterilmiş olduğu için, B, kamulaştırma bedeli olarak ancak 500.000 lira alıyor ve böylece tam 500.000 liralık bir zarara uğramış bulunuyor[2]. Paydaşı A'nın bu avukatı tavsiye etmesinden dolayı, onun da aynı zarara uğramış bulunmasına rağmen, arsanın diğer hissedarı A'ya fena halde içerleyen B, hislerine kapıldığı için avukatı bir tarafa bırakarak, kötü bir tavsiyeden sorumlu olduğu mülâhazası ile A'ya karşı 500.000. liralık bir tazminat davası açıyor, çünkü B'nin düşüncesine göre A'nın tavsiye ettiği avukat C yerine bir başkasını vekil tayin etmiş olsaydı, doğru bir bildirimde bulunulacak ve bu iş başına gelmeyecekti.

Soru: B'nin (C'ye karşı değil de) A'ya karşı yönelttiği tazminat talebi, hangi hukuk ilişkilerine dayandırılabilir?

1- Hatıra ilk olarak, mülkiyet hakkı gelecektir. Fakat burada sanmıyoruz ki mülkiyet hakkı ile bir iş görülebilsin; çünkü B, ortak malik sıfatı ile, müşterek mülkiyet hakkının doğurduğu bağlılıkları bozmuş değildir.

2- Haksız fiil de akla gelebilir. Fakat burada haksız fiil de kabul edilemez; çünkü C ile B arasındaki ilişkiye Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uygulanamaz. Bilindiği gibi, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi istihdam edeni, istihdam edilenin haksız fiillerinden sorumlu kılmaktadır. Olayımızda C müstakil hareket yetkisini haiz genel bir vekildir. C'yi B'ye bağlayan rabıta, müstahdemi patrona bağlıyan bağın aynı olmadığı için 55. maddeyi olayda uygulamaya olanak yoktur.

3- Üçüncü ihtimal, haksız mal iktisabıdır. Fakat burada bu olasılık da söz konusu edilemez; çünkü B, yıktırma sayesinde sebepsiz olarak bir mal iktisap etmiş değildir.

4- Sonuncu bir ihtimal olarak akla "vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf" gelebilir. Fakat bu sebep de, B'ye karşı bir yarar sağlamaz; çünkü yetkisiz olarak hareket eden kimse B değil, bilâkis C'dir.

Şu halde A'nın, B'ye karşı açacağı bir davanın reddedileceğine muhakkak nazariyle bakmak gerekmektedir. Reddedilecek bir davanın açılmasını tavsiye etmekse Avukatlık Kanunu'na aykırıdır. Nitekim 1136 numaralı Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde kabul edilen hükme göre avukat, kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa, teklifi reddetmek zorunluğundadır.

---

(2) Tatbikatta birçok mülk sahibinin ağır zararlara uğramasını doğurmuş olan bu kabil eksik bildirimler ile ilgili olaylar ve Yargıtay'ın buna ait içtihatları hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. *Arcak*, Ali: Anayasa Değişikliği Karşısında Kamulaştırma, Ankara 1974, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile.

III— Tahmin ettiğimiz hukuk ilişkilerinden birinin, olaya uyduğu sonucuna varılabilir. Bu halde, aranılan teorik koşul ve unsurların olayda gerçekten mevcut olduğu, tekrar tekrar ve üşenmeden kontrol edilerek, ispat edilmelidir. Fakat bununla görevimiz bitmiş olmaz. Tahmin ettiğimiz hukuk ilişkilerinden biri olaya uysa bile, bununla yetinmemeliyiz. Tam tersine, akla gelebilen diğer olasılıkların da, vakıaya uyup uymadığı etraflıca araştırılmalıdır; çünkü bizim var olduğunu tahmin ettiğimiz hukuk münasebetinin isabetini mahkeme kabul etmeyebileceği gibi, karşı taraf da, şart ve unsurlardan bir veya birkaçını çürüterek, davayı dayanaksız bırakabilir. Böyle bir hal söz konusu olmasa bile, birçok nedenlerden ötürü, talep hakkını çeşitli hukukî sebeplere ve hukuk ilişkilerine bağlamak, genel olarak daima daha yararlı olacaktır; çünkü talep hakkının kapsamı, türlü hukuk ilişkilerinde birbirinden farklı olabileceği gibi, unsur ve koşulların isbatı da çeşitli hukuk münasebetlerinde, olaya göre güçlük veya kolaylık gösterebilir. Böyle olunca, meselâ ispat bakımından hangisinde daha kolaylık varsa, elbette ki, o tercih edilmelidir. Faiz, zamanaşımı süresi ve fer'î talepler bakımından da, davayı çeşitli hukuk ilişkilerine dayandırarak açmak, faydalı ve kazançlı olur. Def'iler hakkında da, aynı mülâhazanın varit olduğu söylenebilir.

Örnek: A, B'ye Suadiye'de bir ev kiralıyor. Kira sözleşmesinde süre, bir yıldır. B, kış için İstanbul'a taşınıyor. A, B'nin evde olmamasını fırsat bilerek, kiraladığı binayı kendisi işgal ediyor. B, kira süresinin sona ermesinden önce, işgal edilen binanın boşaltılmasını ve ayrıca tazminat istiyor.

Bu olayda dört türlü hukuk ilişkisi akla gelebilir: Kira akti-haksız fiil-haksız mal iktisabı-zilyetlik. Kira aktinin arzu edilen sonucu, yani binanın boşaltılmasını sağlayacağı düşünülerek, yalnız buna dayanılıp dava açılmış ise, müvekkil, Medenî Kanun'un 896. maddesinin zilyede tanıdığı ve kira aktindekilere oranla daha geniş tutulmuş bulunan haklardan yoksun bırakılmış olacaktır. Tek bir hukuk ilişkisine yani hukukî sebebe dayanarak dava açmak, bazan daha kötü durumlara da yol açabilir. Örneğin, herhangi bir sebepten dolayı kira sözleşmesinin hükmü düşmüş veya (6570 numaralı "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun"un 11. maddesinin yürürlükten kalktığını farzetmemiz halinde) süresi geçmiş ise, B'nin bu kez, başka bir hukukî sebep ileri sürerek ikinci bir dava açmaya yetkisi olup olmayacağı çok tartışma kaldırabileceği gibi B, kaide olarak diğer hukukî bir münasebete dayandırarak, görülmekte olan davanın mahiyetini değiştiremez ve genişletemez de. Tazminat isteğine gelince, bunu, ancak 896. maddeye istinaden ileri sürebilir.

İlim sahasında ve uygulamada, bu açıklamalarımızın değindiği konunun "*hakların telâhuku*" kavramı altında toplanmakta olduğunu söyleyebiliriz.

Hakların telâhuku (birbirine geçmesi, yarışması) konusu, Yargıtay'ın en yüksek mercii olan İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu'nun, Resmî Gazete'nin 1 Ekim 1958 tarih ve 10021 sayılı nüshasının 20264 ve 20265. sayfalarında yer alan 4.6.1958 tarih, E. 15 ve K. 6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın 4 numaralı bendinde, ilmî görüşlere uygun olarak çok güzel izah edilmiş bulunduğundan, bu bendi aynen aşağıya geçiriyoruz:

> "IV- Bir hâdisede kanunun iki hükmünün dahi tatbiki mümkün bulunan hallere hukuk dilinde "hakların telâhuku" denilmektedir. Böyle bir halin kabulü için tatbiki mümkün görünen hükümlerden birisinin diğerine göre hususî hüküm mahiyetinde bulunmaması şarttır. Çünkü umumî hükümle hususî hüküm karşılaştığı zaman hadiseye ancak hususî hükmün tatbik olunabilmesi, hukukun umumî kaidelerindendir. Her ne kadar Medenî Kanun'daki 906-908. maddeler hükümleri, zilyedin elindeki malın hak sahibine geri verilmesi halinin hukukî neticelerini tanzim etmek üzere kanuna konulmuş ise de, ne kanun metninden ne de gerektirici sebepler lâyihasından, hakiki mal sahibine malın geri verilmesi halinin neticelerine kanunun başka hükümlerinin tatbik olunamayacağı manası çıkmamaktadır. Esasen bir durum için kanunda ayrıca hüküm konulmuş olması, o durum hakkındaki hükmün kabul ettiği neticeleri doğuracak olan başka hükümlerin dahi o duruma tatbik olunmasına engel sayılmamaktadır. Nitekim; satılan malın ayıplı olması halinde Borçlar Kanunu'nun 202. maddesi uyarınca akdin feshi istenebileceği gibi Borçlar Kanunu'nun 24. maddesinin 4. bendi hükmüne vasıta yanılma esasına dayanılarak da akdin feshi cihetine gidilebilir (Federal Mahkeme'nin 56 II - 427'deki kararının gerektirici sebepleri 3). Buna ve I ve II. bentlerde açıklanan sebeplere göre, zilyedin kötü niyetli olması halinde toplamış olduğu kiraları mal sahibi, Medenî Kanun'un 908. maddesi hükmünce zilyedden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu'nun 414. maddesinin birinci cümlesi hükmünce de isteyebilecektir; yani hakiki zilyedin isteğinde, hakların telâhuku durumu gerçekleşmiş bulunacaktır".

Konumuz dışında kalmakla beraber, hakların telâhuku meselesinde tereddüdü gerektirecek bir cihetin de aydınlatılması uygun olacaktır: Medenî Kanun'un 906. maddesi hükmünce iyi niyetli zilyed, semereleri hak sahibine vermekle mükellef değildir. Borçlar Kanunu'nun 414. maddesinin tatbik şartları iyi niyetli zilyedin almış olduğu kiralar hakkında da gerçekleşecektir. Fakat burada hakların telâhuku söz konusu olamaz. Zira Medenî Kanun'un 906. maddesi, semerelerin istenemeyeceği esasını kabul ettiği halde Borçlar Kanunu'nun 414. maddesi bunun zıddını benimsemiştir ve hakların telâhukunun söz konusu olabilmesi için de aynı isteğin kanundaki iki ayrı hükme göre de haklı görülmesi şarttır. Bu itibarla, iyi niyetli zilyed, Medenî Kanun'un 906. maddesi uyarınca semerelerden mesul tutulamaz ve ona karşı Borçlar Kanunu'nun 414. maddesine dayanılarak hak iddia edilemez.

İşte size çok yeni canlı bir misal daha: Bir aracın çarpması sonucunda zarara uğrayan kişi, aracı sürdüğü sırada kendisinin yaralanmasına neden olduğunu ileri sürerek davalı aleyhine maddî ve mânevî tazminat ödenmesini istemiştir. Bu davada Yargıtay 15. Hukuk Dairesi[3] şöyle demektedir:

"Dava konusu olayda davalı, işleten (araç sahibi) niteliğiyle 6085 sayılı Yasa'nın 50. maddesine göre sorumlu bulunduğu gibi haksız eylemi nedeniyle de sorumludur (BK. m. 41). Zarara uğrayan davacı, anılan yasalardaki sorumluluğu öngören hükümlerin her ikisine ya da bunlardan yalnızca birisine dayanabilir. Öyle ki, iki istem bir tek alacaklıya ait ve aynı borçlu karşısında varolabilir ki, böyle bir durumda yarışan haklardan (hakların telâhukundan) söz edilir. 6085 sayılı Yasa'nın* 50. maddesindeki sorumluluk, tehlike (kusursuz) sorumluluğu olup, BK. m. 41 ise kusura dayanan sorumluluğu düzenlemiştir. İşte davacı gerek kusursuz ve gerekse kusur sorumluluğuna ya da bunlardan birine dayanarak dava açabilir. Değişik bir söyleyişle, yarışan haklar birbirinden bağımsız olup birlikte ya da ayrı ayrı kullanılabilir. Bu haklardan hangisinin kullanıldığı, ileri sürülen olaylardan anlaşılır. Dava dilekçesinde haksız eylemden doğan sorumluluğa da dayanıldığı çok belirgindir. Bu duruma göre olayda zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği, BK. md. 60/II uyarınca belirlenmelidir".

Verdiğimiz örnek ve yaptığımız açıklamalar, bir vakıayı türlü ve birden fazla hukuk ilişkilerine dayandırmanın ne kadar yararlı olduğunu açıkça göstermektedir. O kadar ki, tahmin edilen hukuk münasebetlerinden biri, olaya, tartışma bile kabul etmeyecek bir tarzda tıpatıp uysa ve bütün dileklerimizi sağlasa bile, diğer hukuk ilişkileri de çözümlenmeli ve mümkünse ne olur ne olmaz diyerek ve her ihtimale karşı mütalâada ya da ilgili yazı veya lâyihada bu hususlar da zikredilmelidir. Bundan başka, türlü olanaklar, birbirleriyle karşılaştırılarak hangisi veya hangilerinin tercihe değer olduğu da bildirilmeli ve tercih sebepleri inandırıcı bir tarzda izah olunmalıdır.

Onuncu ana kural:

Talep hakkını aynı zamanda mümkün mertebe çeşitli hukuk ilişkilerine dayandırmaya çalışınız!

---

(3) 15.5.1975 tarih, E. 1975-26.15 ve K. 26/6 sayılı kararının gerekçesi. Yargı Dergisi, Ekim 1976, Sa. 6, s. 29-30.

(*) Bu yasa yürürlükten kalkmıştır. 2918 No.lu Trafik Kanunu'nun 85 vd. maddelerine bkz. (S. V. notu).

§ 11

SINIFLANDIRMA

Her hukukçu, hukukî meseleye bir teşhis koymak zorundadır. Bunun için ilkin maddî vakıalara nüfuz etmesi ve ondan sonra olayı esaslı bir hukukî tahlile tâbi tutarak, isabetli bir hukukî sonuca varması gerekir. Hukuk biliminden bahsetmeye alışmış olduğumuz halde bu bilimde, iki kere ikinin her zaman dört etmediği, inkâr edilmesinde fayda olmayan bir hakikattır. Böyle olunca, isabetli bir hükme varmak için, olayına göre, günler, haftalar, hatta aylar isteyen derin tetkikler gerekebilir; çünkü halkın sevdiği bir tabirle, işin "püf" noktasını bulmak, cidden bir marifettir. Büyük bilgin *Arşimet:* "Bana bir dayanak noktası sağlayınız, dünyayı yerinden oynatayım" demiştir. İşte, her hukukî mesele ve hele davalarda bu dayanak noktası bulununcaya kadar titiz ve meraklı bir hukukçunun geçireceği huzursuz saatlerin haddi hesabı olamaz. Unutulmasın ki, hukukçu, mevzuat denilen labirent içinde yolunu şaşırmamaya dikkat etmek mecburiyetindedir; bilhassa iktisadî sahada çıkarılan kanunların büyük ve giderek artan sayısı yanında, sonu gelmeyen ek kanun, nizamname, talimatname, kararname ve hatta tebliğlerin teşkil ettiği muazzam yığın göz önüne getirilirse, bunların içinden çıkmanın bile hayli mesele olduğu kendiliğinden anlaşılır.

Herhangi bir hukukî uyuşmazlık hakkında fikir beyan etmek zorunda olanlar, kendilerini birbirini tutmayan çeşitli hâdiseler karşısında görürler. Olayı anlatan kimse, çoğu zaman bunlar arasındaki tarih ve mantık silsilesinin farkında bile değildir. Nitekim daha önce anlatılması gereken vakıaları daha sonra anlatır; mantıkla bağdaşmayacak birçok hususlara değinir; bazı maddî vakıaları eksik veya yanlış bildirir, kesin ve belirgin açıklamalarda bulunmaz, birçok halleri de birbirine karıştırır. Olay, birkaç cümle ile hikâye edilmiş olsa bile, meselenin mahiyeti hukukçuyu bazan, çözümlenmesi güç birçok problem karşısında bırakabilir. Öyle ise işe hangisinden başlamalı, türlü olanakları nasıl sınıflandırmalıdır?

I— Metodik her sınıflandırmada olduğu gibi hukuk sorunlarının metodik bir tarzda anlatılması işinde de, türlü usuller dikkate alınabilir.

1) Uyuşmazlığa konu olan olay, genel olarak çeşitli muamele ve fiillerden, hukuk diliyle, muhtelif vakıalardan oluştuğundan, olayı, vakıaların *tarih sırasına göre* inceleyip her vakıayı bu sıraya göre hukuk bakımından tahlil ederek sınıflandırmak, akla gelebilir.

Olayın tarih silsilesine göre incelenmesi elverişli olmadığı gibi, sorunun çözümlenmesi ile ilgili olmayan hususlara değinilmesini zorunlu kılması ve boş yere zaman alması itibariyle de pek yararlı değildir.

Olayın tarihçesi, meselenin hallinde önemli rol oynayabilir. Fakat kural olarak hukukçunun görevi, davanın ne gibi etkenler yüzünden açıldığını saptamak değil, olaya kanunu uygulayarak davayı kazanmaktır. Burada muamelelerin oluşu tarihlerinden çok, hukukî mahiyetleri önemlidir.

2) Aynı nedenle, *davacının davasını* veya mütalâa isteyenin ihtilâfı anlattığı *sıraya göre* hukuken tahlil doğru olmayacağı gibi, uygulamada da birçok çelişkilere yol açabilir; çünkü hukukçu olmayan bir kimse, olayı hukukçu gözüyle inceleyip sınıflandıramaz. Onu ilgilendiren sadece bir iki nokta vardır; bunları tekrar eder, durur. Ne yazık ki, bazı avukatlar da, müvekkilerinin bu anlatış tarzına kapılarak, aynı hataya düşmekten kendilerini kurtaramamaktadırlar. Bundan başka bu usul, hâkime, meselenin çözümünde etkili olmayan birçok vakıaları incelemek külfetini yüklemesi bakımından da tarafların yararına olmak şöyle dursun, tam tersine, onların zararınadır; çünkü hâkim sıraya sadık kalayım düşüncesiyle, takdir serbestisini kaybedebilir.

3) Bazan, sınıflandırma güçlüklerini önlemek için *bilimsel yönteme* uyularak, uyuşmazlığın dayandığı hukuk müessesesinin, derslerde olduğu gibi, genel bir tarzda anlatıldığı ve bu girişten sonra, talep hakkına dayanak olan münferit vakıalara, yani meselenin özel kısmına geçildiği görülmektedir. Fakat bu usul de elverişli olmaktan uzaktır; çünkü bu açıklama tarzında da lüzumsuz yere çaba sarfedilerek, sorunun çözümüyle hiç ilgisi olmayan hususlara değinilir. Hatta bu yüzden önemli yönlerin gözden kaçırıldığı da sık sık görülebilir.

Örnek: Yazılı bir sınavda şöyle bir soru sorulmuştu:

"A, B'nin bankadaki cari hesabını haczettiriyor. Haciz muamelesinden bir iki gün sonra, B'nin bankadaki bu hesabına bir miktar para yatırılıyor. A, bu paranın kendisine ödenilmesini istiyor. B, haciz muamelesinin bu parayı kapsamadığı iddiasındadır. Bankanın amacı, herhangi bir zarara uğramadan, bu güç durumdan kurtulmaktır. Bankadaki hukuk müşavirine başvurarak fikrini soruyor".

Öğrencilerin çoğu, cari hesabın hukukî mahiyetini, haciz kararının dönem içindeki etkilerini uzun uzadıya inceleyerek, A'nın, sonradan yatırılan tutarı, ikinci bir karar olmaksızın haczettiremeyeceği sonucuna

varmışlardır. Fakat bununla ödev çözümlenmiş olmuyordu; çünkü kanunda açık bir hüküm bulunmadığından, ters bir görüş de pekâlâ savunulabilirdi. Mütalâa isteğinde bulunan banka olduğuna göre, meselenin bankanın çıkarları yönünden incelenmesi gerekirdi. Bankanın arzusu ise ne olabilirdi? Bu işten, en küçük bir zarar görmeksizin, sıyrılmak. Demek oluyor ki, paranın kime ödeneceği meselesi, banka bakımından, ikinci planda kalmaktadır. Öğrencilerin çoğunluğu cari hesap müessesesinin açıklamasına giriştiğinden, sorunun özü, kendilerinin dikkatini çekmedi bile. Ancak pek az sayıda bazı öğrenci, Borçlar Kanunu'nun 95. maddesini hatırlayabildiler. Gerçekten bu madde hükmü ile bankaya gayet emin ve masrafsız bir imkân sağlanmış bulunuyordu:

> "... borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının şahsında tereddüt olunursa, borçlu, alacaklının temerrüdü halinde olduğu gibi, tevdi etmek ... hakkını haizdir".

Buradaki ihtilâfta bankanın bir kusuru olmadığı için, söz konusu maddeyi uygulayabiliriz.

4) Şu yöne de dikkati çekelim: Mütalâa beyan eden şahsın, kendine *ilginç görünen problemler* ya da olayın önemli kısımları ile uğraştığı, bunlarla işe başladığı görülmektedir ki, bu metot da elverişsiz ve yanlıştır; çünkü meselenin diğer noktaları da önemli ve çekici olabilir. Problemi gelişigüzel seçen ve bunu tahlile başlayan kimse, mütalâanın tam ve doğru olacağından, hiçbir zaman emin olamaz; çünkü bütün zekâsı ve dikkatini bu noktanın çözümlenmesine harcamıştır. Bundan dolayı diğer sorunları incelemeye ya vakti ya sabrı kalmamış ya da yorgun düştüğü için zekâ ve dikkati kendisinden yardımlarını esirgemiştir.

5) Bu durum karşısında, teklif edeceğimizden başka, başvurulabilecek olan metot pek kalmıyor. Bizce, ilkin *sorudan işe başlamalı,* talep ile isteğe dayanak olacak hususların nasıl niteleneceği araştırılmalı, yani talep hakkının dayandığı hukukî ilişki, hukukî sebep bulunmalıdır. Diğer bir söyleyişle, mütalâa beyan edecek olan şahıs, ilkin, davanın inandırıcı olup olmadığını incelemelidir.

II— Davanın inandırıcı olması ne demektir? Davacı, manen ve ahlakî bakımdan yerden göğe kadar haklı olabilir. Fakat yalnız bu yönlerden haklılık, davayı kazandıramaz. Müvekkilin olayı anlattıktan sonra, ilk soracağı soru şudur: Bu dava, çıkar mı? "Dava çıkar mı?" sorusunu yöneltirken, müvekkil yalnız haklı olup olmadığını düşünmez; bu sorunun içinde müvekkilin çok kere açıkça ifade etmeyi hatırına getirmediği ikinci bir soru daha saklıdır ki o da, alınmasını istediği hakkının, yürürlükteki mevzuata göre elde edilebilip edilemeyeceğidir. Bu itibarla müvekkilin asıl sorması gereken soru, daha açık bir deyimle: "Dava *kanunen* çıkar mı?" tarzında yöneltilmelidir. İşte, davanın inandırıcı

olması demek, bir an için, davalının itiraz ve def'ileri bir tarafa bırakılıp da, sadece davacının ileri sürdüğü iddialar doğru olarak kabul edildiği takdirde, *o somut (müşahhas) davacının, bu somut (müşahhas) davalıya karşı belli bir talepte bulunabilmesi demektir.* Bu araştırmada olumsuz bir sonuca varılacak olursa, diğer hususları, örneğin def'ileri, itirazları ve olayın çeşitli unsurlarını incelemek artık gereksizdir. Dava inandırıcı değilse reddedilmelidir. Bu nokta, özellikle davanın, davacı veya davalının gıyabında yürüyen muhakemelerde önemlidir. Gerçekten de Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 408. maddesi hükmüne[1] göre, muhakemeye kabul olunmayan taraf, hasmının dermeyan ettiği vakıaları ikrar etmiş sayılabilir. İkrar edilmiş sayılan vakıalar, talep hakkını zaten haklı gösterecek mahiyette değilse, gıyap kararı verilmiş ve tebliğ edilmesine rağmen, davalının gelmemesi nedeniyle bundan sonraki celseler gıyapta devam edegelse bile, muhakemenin gıyapta yürümesinin, sonuca bir etkisi olmayacaktır; çünkü böyle hallerde esas hakkındaki karar, hiçbir zaman davalının aleyhinde çıkmayacaktır. Yukarıda 10. paragrafta II numaralı bentte verilen örnekte A, davasını nasıl nitelemiş olursa olsun, B avukat tutmamış, hatta mahkemeye hiç gelmemiş olsa bile, 500.000.- lira ödemeye mahkûm edilemeyecektir.

III— Davanın, halkın tabiriyle, kanunen çıkabileceği hususunda olumlu bir sonuca ulaşıldığı takdirde, yapılacak ikinci iş, iddia ve savunmayı gerekçe bakımından incelemektir. Her iki tarafın, iddia ve müdafaa olarak ileri sürdükleri olayların, hâkimin kanaatine ne denli etkili olabileceği tahlil edilmelidir.

Olayın herhangi bir bölümü tartışmalı olmakla beraber, karar üzerine etkili olamayacak ise, mütalâada buna çok kısa olarak, hatta sadece bir iki kelime tahsisi suretiyle değinilip, fazla izahata girişilmemelidir. Karara etkili olmayan bir vakıayı ispata kalkışmak ise, daha da hatalı olur. Hâkim, delil olarak tanık dinletmek isteyen tarafın göstereceği şahitlerin, bildirecekleri ileri sürülen vakıaların, kararının esasına etkisi olup olmayacağını önceden tayin etmeden, mücerret şahit dinletme isteği üzerine, şahitlerin çağrılmasına ve dinlenmesine karar verirse, görevine aykırı davranmış; çünkü yalnız kendi değerli zamanını değil, tarafların da vakit ve parasını israf etmiş olur. Bilindiği gibi, makbul olan adalet, hükmün hem doğru olması hem de bu hükmün, en kısa bir zamanda ve en az masrafla verilmiş olması şartının gerçekleştirilmesine bağlıdır ve bundan ötürü muhakeme usulüne bu prensipler hâkimdir.

Nitekim her uyuşmazlık, ilgili taraflar arasında bir huzursuzluğun sürüp gitmesine yol açtıktan başka, davaların adedini çoğalttığı için, geniş anlamda kamuyu da rahatsız edici bir nitelik taşır. Bu sebeple mahkemeye intikal eden bir ihtilâfın bir an önce hükme bağlanmasını

---

(1) 408. madde 3156 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

amaç edinen kanun koyucu, örneğin HUMK.'nun 238. maddesinin 1. fıkrasında, delilin, ancak davanın (yani davanın esasının) halline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunacağını açıkladıktan sonra, bu prensibin ışığı altında 241. maddenin 2. fıkrasında şu hükmü sevketmiştir:

> "*Şahit* ve ehlivukufla müddeasını isbat edecek taraf, *evvelemirde* hangi hususa dair bunların isticvap olunacaklarını tayin eder".

Bu açık hükümlerin tatbikatta gerekli dikkat ve özenle uygulanmakta olduklarını, ne yazık ki, söyleyemeyeceğiz. Dava sayısının çokluğunun ve ağır iş yükünün eziyetini çeken birçok hâkim, bazan bu sebeplerden dolayı bazan şahitlerin dinletilmesi hakkındaki isteğin mutlak olarak yerine getirilmemiş olduğuna işaret suretiyle, kararlarının Yargıtay tarafından bozulması ihtimalinden çekindikleri için, şahit dinletmek isteyen tarafa, şahidin hangi hususa dair soruşturmaya tâbi tutulacağını önceden açıklattırmadan, şahit listesinde gösterilen her şahidi dinlemek usulünü bir çeşit alışkanlık haline getirmişlerdir. Bu alışkanlıkta, Yargıtay'ın bu bakımdan bazı isabetsiz ve hükmün, noksan tahkik yönünden bozulması yolundaki kararlarının payı olduğu bir gerçektir. Halbuki aslında, dinletilmek istenilen şahitlerin, bildikleri ileri sürülen maddî vakıaların hangileri olduğunun daha önce açıklattırılmasının lüzum ve faydası, açık ve seçik olarak ortadadır; çünkü bu açıklamaya göre, ikame edilmek istenilen şahitlerin tanıklık edecekleri hususların, davanın esasına ve kaderine bir etkisi olamayacağı daha baştan anlaşılmış olursa, hâkim boş yere bu şahitleri çağırmak suretiyle davanın uzamasını önleyebilecek; diğer taraftan yapılacak açıklamaya göre, ancak davanın esası bakımından dinlenmesinde fayda umulan şahitleri çağırmakla yetinebilecek, diğerlerini dinlemeye neden lüzum görmediğini kararın gerekçesinde açıklayacak; böylece Yargıtay bu açıklamanın isabet derecesini dosya muhteviyatına göre takdir etmek suretiyle, ancak açık isabetsizlik halinde kararı bozmak cihetine gidecektir. "Pratik Hukukta Metot"un ikinci basımının 85. sayfasında bu bahis münasebetiyle, o zamanki uygulama göz önünde tutularak şu eleştirilerde bulunulmuştu:

"Maatteessüf mahkemeler, ifadenin şümul şahasını tayin etmeden her şahidi dinlemek usulünü bir nev'i âdet haline sokmuşlardır. Bunun başlıca sebebi, Yargıtay'ın ekseri kararları, ikame edilen şahitlerin dinlenmemesi yüzünden, bozmasıdır. Temyiz'in nakız kararında hangi sebeplere binaen şahitlerin dinlenmesi neticesine varıldığının yazılı olmaması, yargıcı da şaşırtmaktadır. Hâkim, takdir hakkını kullanarak, bazı şahitlerin çağrılmamasına karar vermiş olabilir. İfadenin muhteva ve mahiyeti malûm olmadan bir veya iki şahit çağırmadı diye, kararı nakzetmek doğru olmayacağı gibi, mahkeme de, şahitleri neden dinlemediğini etraflı bir gerekçeyle bildirmelidir. Hâdiselerin çoğunda, ispat işi o kadar ehemmiyetli değildir. Fikrimizce, Yargıtay HUMK 428 I

no. 6'yı gereği gibi tefsir etmemektedir. Gerçi Yargıtay "iki taraftan birinin davasını isbat için serdettiği delillerin, *sebebi kanuniyeye müstenit olmayarak kabul edilmemesi*" yüzünden temyiz olunan hükmü nakzedebilir. Fakat bu maddenin tatbikinde behemehal HUMK. 238/1 nazara alınmalıdır. 238. maddeye göre davanın halline *tesir* edebilecek mahiyette olmayan hususlar, münazaalı da olsalar, hâkim için ehemmiyetli değildir. Yani yargıç, bunları dinlemeye mecbur tutulamaz".

Bu kitabı işleyenin davalı vekili sıfatiyle takip ve müdafaa etmiş bulunduğu, hacizden doğma bir istihkak davası münasebetiyle, davacı vekilinin, borçluya ait hacizli matbaa makinelerinin müvekkili davacıya satılmış bulunduğunu ileri sürerek, istihkak davasının ispatı zımnında şahit dinletme isteğinde bulunması üzerine, tarafımızdan, HUMK'nun 241. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince, davacı vekilinin ilkin, dinlemek istediği şahitlerin hangi maddî vakıalara tanıklık edeceklerini açıklaması gerekeceğine deyinilmiş, İstanbul icra hâkimi bunun üzerine davacı vekilini bu lüzumu yerine getirmeye davet etmiş ve kendisi buna ait ara kararı uyarınca verdiği açıklama dilekçesinde aynen şu beyanda bulunmuştu:

> "Şahitlerimiz, müvekkillerimizin iştigal ettiği kâğıt ticaretinin mütemmimi olarak matbaa işletmek *gayesiyle* makineleri *satın aldığına* ve bilâhare bu fiili yerine getirinceye kadar borçluya kiraladığına, *satın almanın*, kanunen muteber esaslar dairesinde cereyan ettiğini..."

Bunun üzerine verdiğimiz lâyihada özetle şu izahlarda bulunulmuştur:

> Dava, hacizli mal sebebiyle *istihkak* davasıdır. Dava dilekçesinde, satın alındığı ileri sürülen hacizli malın, davacı tarafından fiilen tesellüm edildiği ve kendisinin *zilyedliğinin* teessüs etmiş olduğu, iddia dahi edilmiş değildir. Hacizli makineler, menkuller zümresine girer. Bir menkul malı *elinde* bulunduran kimse, onun maliki sayılır (MK. m. 898, İcra ve İflâs Kanunu, m. 97 a. cümle 1). Menkulde mülkiyetin intikali için teslim lâzımdır (MK. m. 687). Teslimden bahsedebilmek için, *fiilî* hâkimiyetin, başka bir tâbirle, *zilyedliğin* alıcıya geçmiş olması şarttır. Başkasını ızrar veya teminat ahkâmını ihlâl kasdiyle bir menkulü temlik eden kimse, onu hususî bir sebeple yedinde alıkorsa, mülkiyetin intikali, üçüncü şahıs hakkında muteber olmaz (MK. m. 690). Satın alma mefhumu, sadece i l t i z a m î bir muamele mahiyetinde olup, bu itibarla Borçlar Kanunu'nda tanzim edilmiş satım akdine ilişkin bir işleme münhasırdır. Halbuki bir menkulün teslimi ve mülkiyetinin nakli "Aynî Haklar" kitabına giren zilyedliğin devri suretiyle, bu aynî hakkın geçmesi üzerine teessüs eden mülkiyet dediğimiz aynî hakka ait t a s a r r u f î muameleye taallûk eder. Hukuk eserlerindeki açıklamalarda ve gerek Yargıtay, gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, teslimi meşrut rehin hükmünden kaçınmak için, alacaklının başvurduğu tipik çarelerden birinin, mülkiyetin sözüm ona geçmesi için

zilyedliğin nakli olmaksızın, mülkiyetin nakline vasıta olacak bir muamele yapmak olduğu, bunun kaide olarak alım ve kira yahut alım ve âriyet tarzında tezahür eylediği, fakat takip edilen iktisadî amaç, alacağı teminata bağlamak olduğu için, bunun geçerli bulunmadığı belirtilmektedir. MK.'nun 853. maddesinin açık metnine göre, rahin merhunu fiilen ve hasren kendi yedinde bulundurdukça; mürtehin için rehin hakkı sabit olmaz. Makinelerin mülkiyetinin iktisabı iddiası için kanunen şart olan *zilyedliğin devri* ile ilgili olarak şahitlerin herhangi bir beyanda bulunacakları ileri dahi sürülmemiş, tam tersine, şehadet konusunun ifade tarzına göre, şahitlerin, davacının, ileride matbaa işletmek amacıyla makineleri satın aldığını, fakat istikbale muzaf bu gaye sonradan gerçekleşinceye kadar makinelerin borçlunun zilyedliğinde bırakılarak ona kiraya verilmiş ve *satın almanın* (yoksa, zilyedliğin devir ve naklinin *değil!*) kanunen muteber esaslar dairesinde cereyan ettiğini beyan edecekleri iddia edilmekte bulunmuştur. Bu iddia tarzına göre ise, davanın esasına müessir *olamayacağı* için bu şahitlerin dinlenmesi caiz olamaz; çünkü *HUMK.*'nun 238. maddesi gereğince, ancak davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususların ispatı için delil ikame olunabilir."

Lâyihamızı inceleyen icra hâkimliği, şahit dinletme isteği hakkında aynen şu kararı vermiş ve davayı reddetmiştir:

"Davacı vekili, 23.9.1970 günlü lâyihasının 4. bendinde, mahcuz makinelerin matbaa açmak niyetiyle satın alındığını, ancak matbaa projesinin tahakkukunun imkânsızlaşması endişesi, mezkûr makineleri yeniden borçluya teslim ederek kiralamak zorunluğunu doğurduğunu ileri sürmüş, bilâhare 18.11.1970 günlü lâyihasında, müvekkilinin iştigal ettiği kâğıt ticaretinin mütemmimi olarak matbaa işletmek gayesi ile makineleri satın aldığını ve bilâhare bu fiili yerine getirinceye kadar borçluya kiralandığını ileri sürerek bu hususta şahit dinletmek istemiştir. Şehadet, davanın halline müessir olan geçmişteki münaazaalı vakıalar ve haller hakkında, evvelce edinilen ıttılaa müstenit malûmatın mahkemeye açıklanmasıdır. Davacı vekilinin dinletmek istediği şahitlerin, vuku bulmuş, olmuş bir iş, bir gerçek hakkında değil, sırf davacının subjektif niyeti hakkında beyanda bulunacakları ileri sürülmüştür. Bu durumda dinlenmelerinde fayda melhuz olmadığından, davacı şahitlerin dinlenmesine mahal olmadığına karar verilip tefhim olundu".

Davanın reddine dair hükmü temyiz eden davacı vekili, İcra Hâkimliği'nin dinletmek istediği şahitlerin ikamesine imkân vermeyişini belli başlı temyiz itiraz ve sebepleri arasında zikretmiş, fakat duruşmalı olarak yapılan temyiz incelemesi sonunda Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi oybirliğiyle verdiği 27.2.1971 gün, E. 1449 ve K. 2275 sayılı ilâmı ile kararı onamıştır. Bu onama kararının 1 numaralı bendini aynen aşağıya alıyoruz:

"1- İstihkak iddiasına konu olan mallar borçlunun zilyedliğinde iken hacz olunduğuna göre İİK'nun 97/a maddesi uyarınca davacı malı ne suretle iktisab ettiğini isbatla yetinmeyerek, borçlunun elinde bulunmasını gerektiren hukukî ve fiilî sebep ve hâdiseleri de göstermek ve isbat etmekle mükelleftir. Beyyine külfetinin davacıya tevcihi ve delillerin bu açıdan değerlendirilmesi zorunludur.

Mahkeme, bilûmum delil, karine ve emareleri birer birer ele alıp inceleyerek, edindiği kanaate göre karar vermiş, takdirde bir isabetsizlik bulunmamış olduğundan, davacının temyiz itirazları varit değildir."

IV— Dava, dayanak ve gerekçe bakımından incelendikten sonra, bir adım ileri gidilerek iddia ile birlikte savunma açısından, muhtemel itiraz ve def'iler üzerinde dikkatle durulmalıdır. Başka bir usul, hatalı sonuçlara götürebilir.

İlkin davacının talep hakkına dayanak olacak ilişkinin mahiyeti saptanmalıdır ki, buna herhangi bir itirazın caiz olup olmayacağı anlaşılabilsin. Örneğin, karşı taraf, zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Hukukî ilişkinin mahiyeti iyice bilinmeden, bu def'in geçerliliği hakkında bir karar verilemez; çünkü zamanaşımına hiç tâbi olmayan alacaklar da vardır. Talep hakkının zamanaşımına bağlı muamelelerden olduğu sonucuna varılmış ise, bu halde, iddia veya savunmanın nitelenmesi işine daha fazla önem verilmelidir. Bilindiği gibi her alacak aynı zamanaşımına tâbi tutulmamıştır. Zamanaşımının başlangıcını ve süresini anlamak için, talep hakkının hukukî mahiyeti kesin olarak teşhis edilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.1.1957 tarihinden önce verilmiş bulunmasına rağmen Türk Ticaret Kanunu'nun 690. maddesi delâleti ile 661. maddesinin 1. fıkrası uyarınca hükmü devam eden Borçlar Kanunu'nun 135. maddesinin 2. fıkrası yönünden zamanımızda da geçerli bulunan Yargıtay'ın 23.2.1944 gün, esas 10 ve karar 5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nı bu konuda misal olarak gösterebiliriz. Bu kararda bonolara dayanılarak yapılan icra takiplerinde icra dairesine gelen borçlunun imzalı ikrarı üzerine zamanaşımının kesilmesinden ötürü bu tarihten itibaren yürümeğe başlayacak zamanaşımının Ticaret Kanunu hükümlerine göre yine üç yıl mı, yoksa Borçlar Kanunu'nun 135. maddesinin 2. fıkrası uyarınca on yıl mı olacağı hakkında çıkan içtihat ayrılığını gidermek maksadıyla yapılan müzakerelerde, ticarî senetlerin özellik ve mahiyetleri nazara alınarak, yine üç yıllık zamanaşımının yürümesi gerekeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Zamanaşımı hakkındaki izahlar, takas iddiaları için de varittir. Takasa dayanak olan alacağın mahiyeti bilinmeden takasa izin olup olmayacağı hakkında bir şey söylenemez. Örneğin, bir anonim şirket, pay senedinin ödenmeyen kısmını istemiş ise, ortak, bu borcunu, şirkette olan alacağı ile takas hakkını haiz değildir.

Aynı düşünceler hapis hakkı (MK m. 864, 865) ve mukabil davalarda da göz önünde tutulmalıdır; çünkü temel dava ile karşılık dava arasında bağlantı olup olmadığı, ancak *iddianın* hukukî mahiyeti saptandıktan sonra tayin edilebilir (HUMK m. 205).

Şimdiye kadar söylenenler, hem açık hem de uygulanması kolay olan hususlardır. Her nedense, tatbikatta, özellikle bu alanda birçok teknik hatalar yapılmaktadır. Çoğu zaman, davanın *sebebi ile def'iler* birbirine karıştırıldığı gibi, bazan davalının ileri sürdüğü def'iler "itiraz"; itirazlar ise "def'i" olarak nitelenmektedir. Örneğin A, ölen B'ye karşı haiz olduğu bir alacağı, B'nin mirasçısı C'ye karşı ileri sürmüş ve C, mirası belli süre içinde reddettiğini beyan etmiş ise, C'nin bu beyanı, uygulamada bir çeşit husumet ehliyetsizliği olarak nitelenmektedir. Burada husumet ehliyetinden bahsetmek, kanımızca doğru değildir. C, def'i ya da itirazda bulunmamış, doğrudan doğruya davanın sebepsiz olduğunu ileri sürmüştür. İddiası şudur: "Ben, borçlu değilim; çünkü B'nin mirasını reddetmekle, mirasçılık sıfatım kalmamıştır".

Bu misalden anlaşılacağı üzere, davanın hukukî sebebi ile ilgili tüm hususlar, yani *davacının davalıya karşı, dava ettiği talep hakkının doğumu için zarurî olan bütün şartlar,* hangi tarafça ileri sürülmüş olursa olsun, gerekçeleri saptanarak en küçük ayrıntılarına varıncaya kadar incelenmelidir.

V— Hukukçuyu uygulamada üzen diğer bir mesele, dava dilekçesinde yer almayan bazı olayların, ilk kez olarak davalı tarafından ileri sürülmesidir.

Örneğin:

1) A, B'ye karşı poliçeden doğan bir alacağın ödenmesi için dava açmıştır. B, kabul için konulan imzanın kendisine ait olmayıp, sahte olduğunu iddia etmektedir.

2) C, D'den satış parasının ödenmesini istemektedir. D, davada satım sözleşmesini kendi adına aktetmediğini, E'nin temsilcisi sıfatiyle hareket ettiğini ileri sürmektedir.

3) F, G'den, sattığı gayrimenkulün bedelini talep etmektedir. G, mukavelenin kanunî biçimde yapılmamış olduğunu ileri sürmektedir.

4) H, İ'den ödünç olarak verdiği paranın iadesini istiyor. İ, sözleşmenin yapıldığı sırada temyiz kudretinden (aklı başında davranış yeteneğinden) yoksun bulunduğunu iddia etmektedir.

5) K, L'den ariyet olarak bıraktığı malın geri verilmesini istiyor. L, bu malın bir kaza sonunda yandığı iddasındadır.

6) M, N'den tazminat istiyor. N, tazminat hakkının zamanaşımına uğradığını ileri sürüyor.

7) O, P'den saklanmak üzere tevdi edilen malın geri verilmesini istiyor. F, depo masraflarının ödenmesinden sonra malı iade edebileceğini beyan ediyor.

8) R, S şirketinden, sigorta bedelinin ödenmesini talep ediyor. S şirketi, R'nin, ihbar yükümlüğünü kusuru ile ihlâl ettiğini iddia ediyor.

Talep hakkının doğumu ile ilgili tüm hususlar, dava sebebini teşkil eder, yani dava *sebebi* katagorisine girer. *Def'iler*, talep hakkına *müessir olmakla beraber, zaman bakımından, talep hakkının doğumundan sonra meydana gelen hususlardır.* Bu esas kabul edilirse, 5-8 numaralı örneklerde ileri sürülen iddiaları def'i olarak; 1-4 numaralı misallerde anılan iddiaları dava sebebi olarak nitelemek gerekir.

İlk bakışta bunun böyle oluşu, insana bir çelişki gibi gelebilir; çünkü 1-4 numaralı misalerde de, davalı tarafından ileri sürülen olaylardan maksat, davayı düşürmektir. Fakat bu iddiaların mahiyeti yakından incelenince, davalının her olayda, talep hakkının doğumu için, zarurî olan koşullardan bir veya birkaçının *doğum anında eksik* olduğunu iddia ettiği görülür.

İmzanın sahte olduğunu iddia eden B olmakla beraber ispat külfeti B'ye değil, A'ya aittir; çünkü A, imzanın B'ye ait olduğunu ispatla yükümlüdür.

Âkid olmadığını iddia eden D; E'nin âkid olduğunu ispat zorunda değildir. Davacı C, D'nin, sözleşmeyi kendi adına yaptığını ispat edecektir.

G, biçim eksikliğini ispat ile yükümlü değildir. F, satışın kanunî şekle uygun olarak cereyan ettiğini ispat etmelidir.

Yine, 4. misalde de, ispat yükü H'ya düşmektedir. H, İ'nin, sözleşme yapıldığı anda şuuruna malik olduğunu ispat etmelidir.

Dava dilekçelerinde, anılan hususların açıkça yazılmamış olmasının başlıca nedeni, bunları, mantık sahibi her şahsın hemen anlayacağı varsayımıdır; çünkü poliçeye dayanarak dava açan kimse, poliçedeki imzaların hakikî olduğunu, üstü kapalı olarak iddia etmiş demektir. Satım aktine dayanarak dava açan kişi, satım sözleşmesinin geçerli ve davalının da alıcı olduğunu, bu davası ile zımnen beyan etmektedir. Bu kabil hususları davacının dava dilekçesinde teker teker ayrıntılı olarak açıklamasına gerek yoktur. Bunlar olayların mantıkî sonuçlarıdır. Fakat davalı bunlardan birini inkâr ettiği takdirde davacı, zımnen varsayılarak talep hakkına dayanak teşkil eden olayları açıkça iddia edip, iddiasını ispat etmek durumunda kalır.

Bu nokta, hem metot bakımından hem de ispat yükü bakımından önemlidir. Burada savunulan fikrin tersine olarak, yukarıda sözü edilen vakıaları def'i veya itiraz diye nitelersek, ispat yükünün davalıya ait olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. İspat külfetini zamanaşımı, hapis hakkı, takas gibi def'ilerde davalıya yüklemek doğrudur; çünkü bunlar, tam manasiyle, birer def'idir. Diğer hallerde durum böyle değildir. Dava sebebi ile ilgili hususlarda ispat külfetini davalıya yüklemek, davayı ona ispat ettirmek olur.

Genel olarak denilebilir ki, davalının, talep hakkının doğumu ile ilgili olmak üzere ileri sürdüğü bütün savunmalar -davaya karşı cevap lâyihasında özel olarak açıklanmamış olsa bile- dava sebebi unsurlarındandır.

Böyle olunca, bu kabil iddialar "def'i" veya "itiraz" mahiyetinde sayılmayarak, dava sebebinin bir parçası imiş gibi, gerekçeler incelenirken gözden geçirilmelidir. Def'i ve itirazlar, mukabil davada ileri sürülecek bir talep hakkı gibi, davadaki talebin incelenmesi bitinceye kadar bir tarafa bırakılmalıdır. Bu an gelince, her def'i ve itiraz, mesnet ve gerekçesi bakımından, davadaki talepler gibi ayrı ayrı ve aynı tarzda tahlil edilmelidir. Diğer bir söyleyişle, davadaki talebe uygulanan usul, def'i ve itirazlara da tatbik edilmeli; bunlar da gerek mahiyet, gerekse gerekçe bakımından etraflı olarak incelenmelidir. Demek oluyor ki, her def'i ve itirazda, bunların hukukî dayanağı, mahiyeti, hangi hukukî ilişkiden doğduğu ve diğer yönler açıkça yazılacaktır.

VI— İzahlarımızın birer ilke tarzında ifade edilmesi gerekirse diyebiliriz ki:

1— *Herhangi bir iddiada bulunan kimse, elde etmek istediği hukukî sonucun koşul ve unsurlarını teşkil eden bütün vakıaları ileri sürmek ve gerekirse, bunları isbat etmek zorundadır* (MK m. 6).

2— Ulaşılmak istenen hukukî *sonucun koşul ve unsurları ile bu hukukî neticeyi değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yarayan koşul ve unsurlar kanundan anlaşılır.*

3— Şu halde hâkim, herhangi bir uyuşmazlık hakkında *hüküm vermeden önce, ilgili olan kanunî koşul ve unsurları -ki bunlara "sübut sebepleri" denir- soyut (mücerret) olarak saptamalı ve ondan sonra ilgili sübut sebeplerine tekabül eden somut (müşahhas) vakıaların açıkça veya üstü kapalı olarak iddia, inkâr veya ikrar edilmiş olup olmadığını incelemelidir.*

Misal: Davacı hata sonucu kendini borçlu sanarak davalıya verdiği 1.000,-liranın iadesini istiyor. Davalı ise bu 1.000,-liranın elinden çıkmış olduğunu ileri sürüyor. Buna karşı davacı, davalının bu 1.000,- lirayı

elden çıkarırken, sonradan geri vermek zorunda olacağını bilmiş olduğunu iddia ediyor. Davalı ise, bunu inkâr etmektedir.

Salık verdiğimiz tarzda davranan bir hâkimin burada yürüteceği muhakeme silsilesi şöyle olacaktır.

A— *Dava:*

a) Davacının isteği yani dava konusu (müddeabih) nedir?

Cevap: Bir miktar para.

b) Davacı hangi hukukî sebebe dayanıyor; yani davanın hukukî mesnedi nedir?

Cevap: Haksız mal edinme.

c) Bu hukukî mesnede dayanılarak açılan davanın soyut (mücerret) sübut sebepleri hangileridir?

Cevap: Borç hakkında hatada bulunarak edimde bulunmuş olmak (BK m. 62).

ç) Davacı, soyut (mücerret) sübut sebeplerine tekabül eden somut (müşahhas) vakıaları açıkça veya üstü kapalı olarak ileri sürmüş müdür?

Cevap: Evet; yani kendisinin hata sonucu edimde bulunduğunu iddia etmiştir.

d) Bu vakıalardan hangileri inkâr, hangileri ikrar edilmiştir?

Cevap: Bu vakıalar çekişmeli değildir.

Şu halde ilk geçici sonuç: Dava haklı görünmektedir.

B— *Davalının def'i:*

a) Def'in muhtevası nedir?

Cevap: Geri alma hakkının düşmesi.

b) Davalı hangi hukukî nedene dayanıyor; yani def'in hukukî mesnedi nedir?

Cevap: İktisap konusunun ortadan kalkmış olması.

c) Bu hukukî mesnede dayanılarak ileri sürülen def'in soyut (mücerret) sübut sebepleri hangileridir?

Cevap: Haksız iktisap edilen şeyin, dava zamanında, iktisap edenin elinden çıkmış bulunduğu (BK m. 63 f. 1).

ç) Davalı, soyut (mücerret) sübut sebeplerine tekabül eden somut (müşahhas) vakıaları açıkça veya üstü kapalı olarak ileri sürmüş müdür?

Cevap: Evet; yani dava konusu olan şeyin şimdi elinde bulunmadığını beyan etmiştir.

d) Bu vakıalardan hangileri inkâr, hangileri ikrar edilmiştir?

Cevap: Bu vakıalar çekişmeli değildir.

Şu halde ikinci geçici sonuç: Def'i, haklı görülmektedir.

C— *Davacının karşı cevabı:*

a) Bu cevabın muhtevası nedir?

Cevap: Geri alma hakkının düşmemiş olduğu.

b) Davacı hangi hukukî sebebe dayanıyor; yani iddianın hukukî mesnedi nedir?

Cevap: Davalının sorumluluğunu gerektiren bir davranış.

c) Bu hukukî mesnede dayanılarak ileri sürülen iddianın soyut (mücerret) sübut sebepleri hangileridir?

Cevap: Şeyin kötü niyetle, ya da geri verme yükümlülüğü bilindiği halde, elden çıkarılmış olduğu (BK m. 63, f. 2).

ç) Davacı, soyut (mücerret) sübut sebeplerine tekabül eden somut (müşahhas) vakıaları açıkça veya üstü kapalı olarak ileri sürmüş müdür?

Cevap: Evet, yani davalının kasten böyle hareket ettiğini beyan etmiştir.

d) Bu vakıalardan hangileri inkâr, hangileri ikrar edilmiştir?

Cevap: İleri sürülen vakıa, inkâr edilmiştir.

Şu halde üçüncü geçici sonuç: İnkâr edilen vakıa, doğruluğu ispat edildiği takdirde, bundan kendisi için yararlı bir hukukî neticeyi çıkaracak tarafça ispat edilmelidir (MK m. 6). Vakıa ispat edilirse dava kabul, edilmez ise red edilecektir.

Görülüyor ki hâkim, bu olayda yalnız ve yalnız tek bir vakıa hakkında delillerin ikamesine karar verecektir[2].

---

(2) Savunma vasıtaları olarak itiraz ve def'i hakkında, bir dava sebebiyle etraflı bir incelemeyi ihtiva eden ve HUMK'nun 178, 187, 195, 202 ve 244. maddelerine değinen Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin, Yargıtay Kararları Dergisi'nin 1976 Mayıs

VII— Salık verdiğimiz tarzda davranan hâkim, davanın çözümlenmesi için önemli olan hukukî dayanağı yani soyut (mücerret) kanunî unsur ve koşullar ile onlara tekabül eden somut (müşahhas) vakıaları kolayca anlayabileceği gibi, olaylardan hangilerinin inkâr, hangilerinin ikrar edilmiş olduğunu ve inkâr edilenler hakkında ispat yükünün kime düştüğünü, zahmet çekmeksizin, saptayabilecektir. Bunun önemi, büyüktür; çünkü uygulamada esaslı rol oynayan ve birçok yanlış kararlara sebebiyet veren "ikrarın bölünüp bölünemeyeceği" meselesi, yalnız yukarıdaki prensiplerin yardımıyla, doğru olarak çözümlenebilir.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'muzda, ikrarın bölünebilip bölünemeyeceği meselesini düzenleyen açık bir hüküm yoktur. "Türk Ticaret Kanunu" adını taşıyan 6762 numaralı kanunun yürürlüğe girdiği 1.1.1957 tarihinden önce uzun yıllar yürürlükte kalmış bulunan 865 numaralı "Ticaret Kanunu" isimli eski kanunun 683. maddesinde, ticarî konular hakkında cari olmak üzere, ikrarın bölünemeyeceği hakkında bir hüküm sevkedilmiş bulunuyordu. Bu madde metni aynen şöyle idi: "İkrar, tecezzi kabul etmez. Binaenaleyh müddealeyhin gerek mahkeme haricinde, gerek huzuru hâkimde vukubulan ve ikrarı tazammun eden ifadesinin heyeti umumiyesi tamamen kabul veya reddedilmek lâzımdır".

Görülüyor ki, eski Ticaret Kanunu'nda, bu kanunun sahası içine giren konular bakımından, yani kısacası, ticarî işler yönünden, ikrarın bölünmezliği prensibi açıkça kabul edilmişti. Hatta o tarihlerde "Temyiz Mahkemesi" adını taşıyan şimdiki Yargıtay'ın kabul ettiği 9.12.1931 tarih, esas 18 ve karar 45 sayılı bir *içtihadı birleştirme* kararında bu prensip ayrıca teyit edilmiş, fakat ikrarın parçalanmazlığı kaidesinin, özel bir kanun olan Ticaret Kanunu'nda yer almış bulunması itibariyle ancak ticarî konularda uygulanabileceği belirtilip, "... müddealeyhin davayı ikrar mahiyetinde olan ifadesinin hitamından sonra, tediyenin vukuunu ispat sadedinde vaki def'inin kendisine (yani davalıya) ispat ettirilmesi icap edeceği"ne karar verilmiş idi.

"Pratik Hukukta Metod"un 2. basımından, ikrarın parçalanabilip parçalanamayacağı bahsine geniş bir yer ayrılmış ve 91. sayfada ikrarın bölünmezliği sorununun Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Ticaret Kanunu'nda ayrı ve *farklı* olarak düzenlenmiş olması, haklı olarak eleştirilmişti. 1.1.1957 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 6762 numaralı Türk Ticaret Kanunu "Ticarî davalar ve delilleri" kenar başlığını taşıyan 4. maddesinin son fıkrası hükmünde: "Ticarî davalarda dahi deliller ve bunların ikamesi, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine tabidir" denilmek suretiyle, evvelce yakınmaya sabebiyet veren ahenksizlik ortadan kaldırılmış bulunmaktadır; hele eski Ticaret

---

ayına ait 5. sayısının 637-641. sayfalarında yayınlanmış 20.12.1974 tarih, E. 1973/6155 ve K. 1974/17127 sayılı bir kararı vardır.

Kanunu'ndaki 683. madde hükmü yürürlükten kaldırılmış olup, buna benzer herhangi bir hükmün yeni kanunda yer almamış bulunduğu dikkate alınırsa, ister ticarî konulara, ister bunun dışındaki işlere ilişkin bulunsun, genel olarak, bütün hukuk davalarında, ikrarın bölünüp bölünemeyeceği meselesinde bir aykırılık ve farklılık kalmamış bulunduğu muhakkaktır.

Hazır, ikrarın bölünüp bölünmeyeceği bahsi üzerinde durmuş iken, hukuk prensibi bakımından, genel olarak, hangi ilkenin tercih edilmesinin daha doğru olacağı hakkındaki düşüncelerimizi de anlatmak istiyoruz:

1- Bilindiği gibi, ikrarın parçalanmazlığı ilkesi, eski kanonik muhakeme usullerinden ileri gelme skolastik bir ilkedir. Bu prensip, hâkime serbest takdir hakkı tanımayan, tam tersine, hâkimi bağlamak isteyen kesin deliller sisteminin bir tezahürüdür. Halbuki çağdaş hukuk yargılama usullerinde hâkimin deliler bakımından tam denilecek kadar geniş bir serbest takdir yetkisini haiz bulunduğu kabul edilmekte olduğu gibi, taraflar ile hâkim arasındaki ilişki de, eskisinden farklı bir tarzda mütalâa edilmektedir. Tam ferdiyetçi ve liberalist bir dava teorisine göre, hukuk usulünde maddî hakikat değil, sadece şeklî bir hakikat aranmaktadır. Çağdaş dava teorilerine göre ise, hukuk davalarında da, maddî hakikatin aranmasına önem verilmekte ve mümkün olduğu kadar, bunun sağlanmasına çalışılmaktadır. Bu bakımdan, davada tarafların hakikati olduğu gibi söylemek zorunda olup olmadıkları ve kendi çıkarlarını korumak amacıyla yalan söyleyebilip söyleyemeyecekleri sorunu, özel bir önem taşımaktadır. Gerçi bununla ilgili genel düşünce, ceza davalarında sanığın, hukuk davalarında ise tarafların, gerekli gördükleri takdirde, yalan iddia ve savunmalarla hâkimi aldatmak hakkını bile haiz oldukları merkezindedir. Yalan yere şehadet ve sahte vesika kullanılması kanunen yasak olup, aksine hareket, cezaî müeyyide uygulamasını gerektirir iken, yalan iddia ve savunmaların niçin hoşgörü ile karşılandığını anlamak cidden olanaksızdır. Bu nedenle, çağdaş hukuk yargılamalarına ait kanun ve tasarılarda, hukuk davalarında da, taraflara, doğruyu söylemek vazifesi yükletilmekte ve bu ödevin, kasıt veya ağır kusur yüzünden yerine getirilmemesi halleri için müeyyideler konmaktadır. Bundan başka, davaların lüzumsuz usul muamelelerinden dolayı uzamasına engel olabilmek bakımından da bu yola gidilmektedir.

Burada, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 238. maddesinin 1. fıkrası hükmü üzerinde önemle durmak gerekir. Delil, ancak ve ancak, davanın çözümüne etkisi olabilecek ve münhasıran *münazaalı* (çekişmeli) hususları ispat için ikame olunur.

Uygulamada, genel olarak taraflar ve vekilleri; çok kez de, usulî bakımdan Yargıtay'ın bir bozma kararından çekinen bazı hâkimler, bu madde hükmü sayesinde, davayı en kestirme yoldan çabuk bitirmek için

kanun koyucunun sağlamış olduğu bu imkândan yararlanamamakta; iki tarafın, iddia ve savunma zımnında delillerin toplanması ile ilgili olarak ileri sürdükleri tüm istekler, davanın esasına ve sonucuna tesir edip etmeyeceği önceden hiç düşünülmeksizin ve bu bakımdan herhangi bir ayıklamaya tâbi tutulmaksızın, gelişigüzel kabul edilmekte ve bu yüzden davanın hallinde rolü olmayacak birtakım vesikaların çeşitli mercilerden getirilmesinden, bol sayıda şahitlerin dinlenmesinden ötürü, davalar uzayıp gitmektedir. Halbuki gerek hâkim, gerekse onun yardımcısı olan avukat, tâ baştan, tarafların, iddia ve müdafaa ile ilgili olarak tahkikini istedikleri cihetleri, davanın esasına müessiriyeti bakımından bir tetkik süzgecinden geçirdikleri ve ancak kanunun dediği gibi, davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları ispata yarayabilecek vesika ve şahitlere hasren bunların ikamesine çaba gösterdikleri takdirde, her davanın ömrü, inanılmayacak kadar kısalmış olacaktır. Demek oluyor ki, delil bakımından, taraflar ne derse desin, davaya doğru teşhisi koyan bir hâkim ancak kanunun anladığı manada "delil" niteliğini haiz olabilecek ispat vasıtalarına izin verecek, yoksa tarafların her isteğini yerine getirmeyecektir.

Sözünü ettiğimiz 238. maddenin 2. fıkrasına göre, ikrar olunan hususlar münazaalı (çekişmeli) sayılmaz. Şu halde ikrar, doğrusu istenirse, bir ispat vasıtası bile değildir. Ne var ki ikrar üzerine, şu veya bu tarafın düşüncesine göre münazaalı (çekişmeli) olan bir vakıa, artık çekişmesiz bir hale gelmiş demektir; böylece belli olan o vakıaya artık ispat edilmiş gözüyle bakılabilir. Eğer böyle bir ikrara, bağımsız bir iddia veya savunma vasıtası teşkil eden bir beyan eklenilecek olursa, bu takdirde ortaya yeni bir çekişme konusu çıkmış olur ki, bu, ikrarla ortaya çıkan münazaasız (çekişmesiz) durumdan tamamen ayrı bir haldir.

Klasik misali ele alalım: Davacı, davalıdan 1.000,- liranın ödenmesini istiyor. Davalı, 1.000,- lirayı ödünç olarak aldığını kabul etmekle beraber, bu parayı geri verdiğini ileri sürüyor. Böyle bir halde 1.000,- liranın ödünç olarak verilmiş olması vakıası çekişmesiz olduğu için, hâkim Usul Kanunu'nun 238. maddesine göre artık delil aramayacaktır. Ararsa, kanunu ihlâl etmiş olur; çünkü çekişme konusu olmayan vakıalar hakkında ayrıca delil aranmaz. Olayımızda tarafların üzerinde uyuşamadıkları tek yön, 1.000,- liranın geri verilip verilmediğinden ibarettir. Bu hususta ispat külfetinin kime ait olacağı, Medenî Kanun'un 6. maddesinde saptanmıştır. Parayı aldığını kabul etmekle beraber, geri verdiğini savunarak iddiada bulunan taraf, bunu ispat etmek zorundadır. İspat külfetinin böyle düzenlenmesi, Fransız hukuk müelliflerinin ve bunların etkisi altında kalanların iddia ettikleri gibi bir haksızlık olmaz; çünkü ikrarın bölünmesine yanaşmayan klasik görüşün bu konuda dayandığı en önemli neden, ispat külfetinin davacı yararına ve davalı aleyhine olarak yer değiştirmekte olması kaygısıdır. Başka bir söyleyişle, davacı kendi iddiasını ispata yarayacak başkaca bir

delil göstermediği halde, davalının mücerret (soyut) olarak "gerçi borçlu idim, fakat ödedim!" demesi ile ispat yükünden kurtulmuş oluyor; buna karşılık davalı ise ikrarının ikinci kısmını (yani ödeme vakıasını) ayrıca ispata zorlanıyor, dolayısıyla davalı, hem kendisine hem de davacıya düşen ispat külfetlerini tek başına yüklenmiş bulunuyor.

Yine klasik görüşün ikrarın bölünmemesi gerektiği hakkındaki iddiası, bir tarafın ifadeleri hakkında değer hükmü verilirken, bunun bir kısmında samimi olduğunu, diğer kısmında ise dürüst davranmadığını kabul etmenin doğru olmayacağı esasına dayanır.

2- Aslında bütün bu tartışmaların oldukça teorik kaldığını itiraf etmek gerekir. Doğrudan doğruya vakıalara, yani gerçekliğe inilirse, bambaşka bir manzara ile karşılaşırız: Muhakeme usulünde amaç, münazaalı (çekişmeli) hususların mümkün olduğu kadar kısa yoldan, fakat kabil olduğu kadar güvenilir bir tarzda saptanmasıdır. Çağdaş hukuk anlayışı, ihtilâfı, yalnız tarafları ilgilendiren bir sorun olarak saymaz, belki tam tersine, hukuk davalarının da kamuyu yakından ilgilendiren bir yönü olduğunu ve bunların, hukuk mekanizmasının gerek zaman ve gerek usul muamelelerinin birden fazla olması bakımından tam rasyonel bir tarzda ve bir çeşit usul ekonomisi kurallarına uygun bir biçimde işlemesi ile çözümlenmesini kabul eder. Bunların halli, muhakeme mekanizmasını yok yere yormamalı ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı, önemsiz mülâhazalarla sürüncemede bırakmamalıdır. Nitekim evvelki 3499 numaralı Avukatlık Kanunu'nun 22. maddesi "avukatlığın bir amme hizmeti *mahiyetinde*" olduğunu ifade etmekle yetinmiş iken, 1136 numaralı yeni Avukatlık Kanunu daha da ileri giderek 1. maddesinde "Avukatlık, *kamu hizmeti* ve serbest bir meslektir" hükmünü getirmiştir ki, bu hüküm, anlatmaya çalıştığımız fikrin diğer bir ifadesinden başka bir şey değildir. Özetlemek gerekirse, sağlıklı bir değer hükmü vermek bakımından, skolastik mülâhazalardan uzak durmak uygun olacaktır. Çünkü:

a) Davacı kendi davasını ispat için ayrıca bir delil göstermediği halde, davalının kısmen ikrarda bulunması; ispat külfeti kurallarına aykırı olarak, davacıya belki bir kolaylık sağlayabilir; fakat bu hal, ikrar edilen kısmın, maddî vakıa olarak, "tarafların üzerinde birleştikleri bir husus" olmasına, elbette ki engel değildir. Bu sayede davacının yükü ister hafiflesin ister hafiflemesin, artık tartışma götürmeyecek olan yön, tarafların, davanın bir kısmı üzerinde yani meselâ olayımızda "davalının borçlanmış olduğu" vakıasında birleştikleridir. Böyle olunca, borçlanma vakıası, mahkemenin gözünde hakikat mertebesine erişmiş olur. Karşı görüşü temsil edenlerin düşüncesine göre ikrarın bu durumda "borcun ödendiği" hususuna ilişkin kısmı kabul edilemeyeceği için, "borçlanma" kısmı ile ilgili olarak tarafların mahkeme huzurunda üzerinde ittifak etmiş bulundukları bu hususu da reddetmek ve böylece ikrarın tümünü bir

kenara atmak, takdir buyurulur ki, çağdaş usul hukuku prensiplerine uygun düşmez; çünkü hâkim, tarafların üzerinde birleştikleri bir hususu, âdeta delille ispat edilmişcesine, sabit saymak zorundadır. "Borcun ödenmesi" savunmasına gelince; bu, borç almanın tabiî bir sonucu, yani akitle doğrudan doğruya ilgisi bulunan bir olay olduğundan, ayrıca ispatı cihetine gidilemeyeceği ileri sürülmüş oluyor. Böylece denilmek isteniyor ki, ya ikrarın tümü, olduğu gibi kabul edilecektir ya da hepsi reddedilecektir; bu takdirde ise mahkeme, tarafların üzerinde birleşmiş bulundukları bir vakıayı, yani olayımızda, "borçlanma" vakıasını sanki hiç vaki olmamış sayacak ve davacıdan bunun ispatı için başkaca deliller istemek mevkiinde kalacaktır. Görülüyor ki, böyle bir düşünüş tarzı, usul hukukumuzun ana ilkelerine hiç uymaz.

b) Diğer taraftan her ikrar, belli ve mahiyeti itibariyle parçalanamayacak olan münferit bir vakıaya ilişkindir ve her vakıa hakkında ayrı, müstakil bir beyan söz konusu olur. Örneğin "borçlanma" ve "borcun ödenmiş olması" vakıaları birbirinden müstakil vakıalar olduğu gibi, bunların gerçekleşmesine ilişkin beyanlar da birbirinden bağımsız kaziyelerdir. Davalının bu muhtelif vakıalara ait beyanlarını birbirleriyle bir bütün olarak ele almak, fakat buna rağmen bunların bölünemeyeceğini iddia etmek, gerçekliğe uymaktan çok uzak kalan, pek teorik bir yoldur. Düşünmek gerekir ki, taraflardan birinin çeşitli ifadelerinde ya tamamen samimi ya da tamamen yalancı olabileceğini kabul etmek, her şeyden önce, *psikolojik hakikatlere aykırı düşer.* İlgili taraf, kendi yararına veya aleyhine, şu veya bu mülâhazadan dolayı, pekâlâ kısmen doğru, kısmen yanlış olan beyanlarda bulunabilir. Nitekim gerçek hayatta bunun misalleri pek çoktur. Özellikle davalı, iyi niyetli bir insan izlenimini bırakmak için, sanki aleyhine olan kısımları dahi açıktan açığa kabul etmekten çekinmiyormuş gibi davranmayı; böylece ifadesine daha inandırıcı bir hava vermeyi kendisi için daha yararlı bulmuş olabilir. Vermiş olduğumuz misale dönelim: "Borç almış olduğum gerçi doğrudur..." diye söze başlayan taraf, "görüyorsunuz ya, bunu inkâr etmeyi düşünmüyorum, bir taahhüt altına girmiş olduğumu açıktan açığa da itiraf ediyorum. Şu halde, sözlerimi bir bütün halinde olduğu gibi tamamen, yani borcu ödemiş olduğum hakkındaki beyanımı da doğru olarak kabul zorundasınız" demek istemektedir.

Halbuki *her ikrar, ancak ait olduğu vakıaya inhisar ettirilmeli ve muhtelif vakıalara ilişkin beyanlar ayrı ayrı değerlendirilmelidir.* Ancak böylelikle, yargılama usulü kurallarından beklenen sonuç elde edilebilir ve her iki tarafın üzerinde birleşmiş oldukları ve bundan ötürü sabit olmuş olan bir husus, şu ya da bu mülâhaza ile ayrıca ispata muhtaç sayılmaz. "Husus" deyiminden ise, davaya sebebiyet veren olayın bütünü değil, belki davanın hukukî dayanağını teşkil edip, kanunda birbirlerinden ayırt edilebilecek bir tarzda zikredilen mücerret "soyut"

sübut sebeplerinden her biri ve dolayısıyla ona tekabül eden ve ayrı tutulması kabil olan her münferit vakıa anlaşılmalıdır.

Bugünkü hukukumuzda ikrarın bölünebileceğini açıkça anlatan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.4.1963 tarih, E. 3/9 ve K. 7 sayılı kararını[3] hem eski Ticaret Kanunu'na nazaran şimdiki farkı anlattığı hem de, bir prensip kararı mahiyetinde olduğu için zikretmeden geçemiyeceğiz. Bu kararda şöyle denilmektedir: "Davacının iddia ettiği alacağın doğmuş bulunduğu, davalının sözlerinden anlaşıldığına göre, bu yönün ayrıca ispatına ihtiyaç yoktur. Mahkemenin, ikrarın bölünemeyeceği esasına dayanan görüşü, eski Ticaret Kanunu'nun 683. maddesi hükmüne göre doğrudur; fakat , bu hüküm yeni Ticaret Kanunu'yla kabul edilmiş değildir. Pazarlarda yapılan satışlar gibi, paranın hemen ödenmesi gereken işlemler ayrık olmak üzere, diğer bütün işlemlerde ve borçlarda borcun doğmuş olduğunu kabul eden borçlunun, ödemeyi ispat etmesi kanun hükümlerindendir ve Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır. Borcu ödemek üzere verilen paranın tutarında uyuşmazlık halinde bunun, kendi dediği kadar olduğunu ispat ödevi, borçluya düştüğü gibi, bir para borcunun ödenmesi için para yerine mal verilmesinin kararlaştırılmış olduğu durumlarda, verilen malın değerinin, kendi dediği kadar olduğunu ispat ödevi de yine borçluya düşer...".

Ödeme savunması, hukukî mahiyeti itibariyle bir itiraz değil, bir def'i olduğu için, bunun ispatı borçluya ait bir külfettir. Nitekim Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 25.5.1964 tarih, E. 1964/2324 ve K. 1908 sayılı kararında da taksitle 300 liralık giyim eşyası aldığını ikrar etmekle beraber, bu bedelin tamamını ödediğini def'an savunan, fakat bu savunmasını ispat edemiyen davalının, *ödeme def'ini ispat etmesi gerektiği* ve bunu ispat edemediğine göre, dava konusu 150 lira satış bedeli bakiyesinin tahsiline ilişkin mahkeme kararının doğru olduğu açıklanmıştır[4].

Olgaç ve *Çenberci*'ye göre (s. 29) "Kanun şerhlerinde ikrar, bir tarafın diğer taraftan iddia edilen ve kendi aleyhinde hukukî neticeler husule getirecek olan bir *vakıanın* doğruluğunun beyanı suretinde tarif olunur." İkrar, hele hukuk davalarında meydana getireceği önemli sonuçlar itibariyle, her avukatın ve kanunun doğrudan doğruya uygulayıcısı olan hâkimin pek iyi bilmesi gerekli olan hukukî bir bahistir (daha fazla bilgi için, etraflı bir inceleme ürünü olan sözü geçen esere başvurulabilir).

---

(3) **Olgaç**, Senai - **Çenberci**, Mustafa: Hukuk Davalarında İkrar, İstanbul 1964, s. 47.

(4) age., s. 46.

İkrar, tereddüde yer bırakmayacak kadar açık ve kesin olmalı, duruşma tutanağına ikrara ait beyanın altı, asil veya yetkili vekili tarafından imza edilmiş bulunmalıdır. Böyle bir imzayı atmadan evvel, ikrar anlamına gelecek sözlerin, bu beyanda bulunanın gerçek iradesine uygun olarak, tam ve eksiksiz bir tarzda zabıtnameye geçirilmiş olmasına dikkat edildiği takdirde, ileride ikrarın maddî bir hatadan ileri geldiği yolunda, üstelik ispatı güç bir iddia ileri sürmek zorunluğu ile karşılaşabilmek ihtimalinin önüne geçilmiş olur.

Şuna da işaret edelim ki, ikrarın, genel olarak kanunî delillerden olup olmadığı tartışmalı olduktan başka, ancak hukuk davalarında -o da tarafların iradelerinin duruma hâkim olabileceği olay ve hallerde- ikrarda bulunanı bağlayacağını; yoksa, örneğin boşanma davaları gibi, kamu düzeninin üstünlük gösterdiği konularda ve hele ceza davalarında, hâkimi bağlayıcı kanunî bir niteliği haiz olmayacağını unutmamak gerekir.

VIII— Birçok hallerde, esasa ilişkin sorunların yanında usule ait iptidaî itirazlar da, mühim bir rol oynar. Bunlar da, önce çözümlenmelidir. Bu bakımdan akla, ilkin, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 187. maddesinin anladığı manadaki itirazlar gelir. 1.1.1957 tarihi ile yürürlüğe girmiş olan 6762 numaralı "Türk Ticaret Kanunu"nun 5. maddesi ile ticaret mahkemelerinin iş sahası ile ilgili olarak yeni bir iptidaî itiraz getirilmiştir. Bu maddenin 3. fıkrasında belirtilmiş olduğu üzere, aynı maddenin 2. fıkrasında yazılı hallerde, münhasıran iki tarafın arzularına tabî olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticarî veya hukukî mahiyeti itibariyle, mahkemenin iş sahasına girip girmediği, yalnız iptidaî itiraz şeklinde taraflarca dermeyan olunabilir. Fakat bu kabil iptidaî itirazlardan başka; yetki, husumet, dava ehliyeti, vekâlet gibi davanın açılmasına engel veya dayanak olan koşullar da, önceden çözümlenmelidir. Bunlardan biri noksan ise, davayı açmak davacıyı çok uzağa götürmez; çünkü bu takdirde dava açılması kanunen yersiz olacağından, olaya ve ileri sürülecek itirazın, iptidaî bir itiraz, ya da onun dışında kalan bir itiraz olmasına göre, davanın netice olarak reddedileceği veya açılmamış sayılacağı muhakkaktır. Örneğin ya dava gereği gibi açılmamıştır ya da davalı, kanunî mümessil tayin edilmediği için, dava ehliyetini haiz değildir. Dava açılmasına esas olan koşullar yerine getirilmedikçe, davanın esasına girişmek, mantıksız olur. Burada, doktrindeki aksi görüşlere rağmen, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre, ıslah yolu ile bile hasım değiştirilemeyeceğini ve mecburî dava arkadaşlığı prensibinin hâkim olduğu hallerde, aktif ve pasif husumet ehliyetinde hataya düşülmemesi gerektiğini hatırlatmakta yarar vardır.

Davanın açılmasına engel olan itirazlarda da aynı kural geçerlidir. HUMK'nun 187. maddesinin 1. fıkrasına göre, iptidaî itirazlar davanın başında ve üstelik hepsi birlikte beyan edilmek lâzımdır. Yine aynı Kanun'un 188. maddesi hükmüne göre iptidaî itirazlar, davanın

başlangıcında esasa girişilmeden önce hep birlikte ileri sürülmezse, bir daha dinlenemez. Her iki maddedeki hükümlerden maksat, zamandan tasarruftur. Davaya engel iptidaî bir itiraz var olup da, bu itiraz inandırıcı ve kanunen savunulabilmesi kabil ise, esasa girmeye gerek olmadığı gibi, hâkimin de esasen buna yetkisi yoktur. Hatta o kadar ki, davalı HUMK'nun 199. maddesinin* verdiği olanaktan faydalanmış ve örneğin cevap lâyihasında hem iptidaî itirazlar ileri sürmüş, hem de esas hakkında savunmalarda bulunmuş olsa bile hâkim, ilkin davaya engel iptidaî itirazları incelemekle yükümlüdür. Ancak bu engeller kalktıktan sonradır ki davanın esasına girişebilir.

IX— Uygulamada, davaya engel iptidaî itirazlar ile davanın açılmasına olanak sağlayan biçimsel unsurlar birbirinden ayırt edilmediği gibi, def'iler ile talep hakkının dayandığı koşullar da birbiriyle karıştırılmaktadır.

Daha önceki bahislerde vermiş oluduğumuz izahat ile bu noktaları aydınlatmaya çalışmış bulunuyoruz. Bu fikirleri şöyle özetleyebiliriz:

1- Dava açılmasını mümkün kılan koşullar, davanın açılmasında kesin önemi haiz biçimsel unsurlar olup, bunlar bulunmaksızın, dava, gereği gibi açılmış sayılamaz. Hâkim, bu kabil şartların yokluk ya da noksanını *kendiliğinden* dikkate almak zorundadır.

2- Dava açılmasına engel olan iptidaî itirazlardan sekizi, HUMK'nun 187. maddesinde tahdidî olarak sayılmıştır. Bunlar hâkim tarafından resen gözönünde tutulamaz; ancak davalı tarafından, esasa girişilmeden ya da esas ile birlikte ileri sürüldükleri takdirde incelenebilirler. Bunun bir istisnasına taşınmazlara ait davalarda rastlanır. Burada yetki itirazı, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınacaktır; çünkü HUMK'nun 13. maddesinden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, taşınmazlardaki aynî haklara ilişkin dava ve ihtilâfları kamu düzeni ile ilgili saymıştır. Miras hukukunda, devletler hususî hukuku bakımından, menkullerden farklı olarak gayrimenkuller hakkında taşınmazın bulunduğu yer kanununun uygulanması zarureti bu yüzdendir.

3- Dava sebebi, talep hakkının doğumu için varlığı zarurî olan unsurlardır. Dava dilekçesinde ayrıca açıklanıp belirtilmemiş olsa bile, davalı bunların yokluğunu inkâr, def'i veya itiraz sureti ile ileri sürebilir.

4- Def'iler, zaman bakımından talep hakkının doğumundan sonra ortaya çıkan ve talep hakkının dermeyanına engel olan hususlardır. Ancak davalı tarafından açıkca ileri sürüldüğü ve bunlara dayanılarak, istenilen hak kabul edilmediği takdirde dikkate alınırlar. Def'in kullanılması, davalının dileğine bırakılmış bir haktır.

(*) 2494 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır (S. V. notu).

5- Müdafaa sebeplerinin mahiyetine göre, davanın en az masrafla ve en çabuk olarak sonuçlandırılabilmesi için, bunlardan bazılarını ilk önce ele alıp, bu savunma nedenleri varit görüldüğü takdirde, diğer yönlerin incelenmesiyle vakit kaybedilmeksizin, davanın bitirilmesi gerekir. Nitekim 9.10.1946 gün ve 6/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, bu yönteme değinilerek şu açıklamalarda bulunulmaktadır: "... Böyle bir davada ileri sürülen sebeplerin mahiyetine göre, zamanaşımına veya hak düşüren sürelere dayanarak savunmak, taraf hakkıdır. Bu yolda bir savunmayı yargıcın, *önce* incelemesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 77 ve 221. maddelerinin beyan ve işareti veçhile, doğru ve gerekli olur."

Onbirinci ana kural:

Davanın koşulları ile davanın dayanağını, davanın açılmasına engel olan iptidaî itirazlar ile def'ileri birbirinden ayırt etmeye dikkat ediniz!

İptidaî itirazları çözümledikten sonra, davanın sebebini ve dayanağını inceleyiniz ve ancak bundan sonra def'ilere geçiniz!

Davaya sebebiyet veren olayın birden çok vakıadan oluşabileceğini unutmayınız!

§ 12

PROBLEM ÇÖZÜMÜNÜN DIŞ BİÇİMİ

Uyuşmazlığın çözümlenmesinde, incelenen hususların düzenli bir biçimde sınıflandırılışı, verilecek karar üzerinde son derecede etkilidir.

Bu iş nasıl yapılmalıdır? Bu bakımdan Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda önemli hükümler vardır. Bunlar yüzlerce yılın deneme ürünü olup, hâkim ve tarafları bütün muamelelerde belli bir sıra takibine zorlar.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 179. maddesinin 1, 2, 3 ve 4 numaralı bentlerine göre, dava dilekçesinde aşağıdaki kayıtların bulunması gerekir:

1— Davacının iddiasının dayanağı olan tüm vakıaların sıra numarası altında açık özetleri,

2— Hukukî sebeplerin özeti,

3— Açık bir tarzda iddia ve savunma,

4— Hasmın hangi süre içinde cevap verebileceği.

Bu bentlerin dışında, ayrıca, 179. maddenin 1. fıkrasında aynı Kanun'un 115. maddesinin 1, 2 numaraları ile 116. maddede bildirilen kayıtların da varlığının aranacağı yazılı ise de, bu fıkranın sözünü ettiği 115. maddenin 1 ve 2 numarasını içeren bu madde ve 116. madde, 11.2.1959 tarih ve 7201 sayılı "Tebligat Kanunu" adlı Kanun'un (R.G. 19.2.1959, Sa. 10139) 62. maddesinin 7. bendi ile hükümden kaldırılmış olup, bunların yerine "Tebligat Kanunu"nun bu konu ile ilgili 8 ve 9. maddelerinin ilgili kısımları geçmiştir. Bu Kanun'un 8. maddesine göre, tebliğ olunacak her nevi evrak, biri dosyasına konulmak ve diğeri tebliğ edilecek kimselere verilmek üzere lüzumu kadar kopyadan oluşur; bu kopyalarda iş sahibi veya vekilinin imzası bulunur. 9. maddeye göre ise, dava dilekçesi bakımından da, nazara alınması gereken 1 numaralı bent uyarınca aranan husus, tarafların, varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile ikametgâh veya mesken yahut iş adreslerinin zikredilmiş olmasıdır.

Davacı, dava bakımından önemli olan noktaları dava dilekçesinde yeterli derecede açıklamış olmazsa, dava red ile sonuçlanabilir. Birçok hallerde, mahkeme, bazı eksikliklerin tamamlanması için ilgili tarafa bir mehil verecektir. Diğer taraftan, bilindiği gibi, HUMK'nun 178. maddesi hükmüne göre, dava dilekçesinin mahkeme kalemine *kaydı tarihinde* dava açılmış sayılır.

Demek ki, gerek davanın açılış tarihi, gerek örneğin temyiz ve karar düzeltilmesi gibi kanunen süresi belli edilmiş dilekçelerin tarihi yönünden, bunların mahkeme kalemine kaydı gününün esas alınması, kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Dava, temyiz ve karar düzeltilmesi dilekçeleri -kural olarak- harca tâbi bulunduğundan bunların mahkemeye ne zaman verilmiş olduğunu, harç pulları üzerindeki tarihten ve harçlarla ilgili olarak tutulan defterdeki kayıttan tesbit etmek olanağı vardır. Buna mukabil harca tâbi olmayan dilekçelerde, tarihin sağlıklı olarak saptanması, ancak hâkimin bunları havale ettiği tarih sayesinde mümkün olabilir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1.12.1975 gün, E. 1975/1208 ve K. 7541 sayılı bir kararında, harç pulları ve temyiz defterine kayıt tarihlerinin aynı ve belli olmasına rağmen: "Üzerinde *hâkimin havalesi ve imzası bulunmayan* temyiz dilekçesinin süresinde verildiğinin kabulü mümkün değildir" diyerek, davalılar vekilinin temyiz dilekçesinin reddine karar vermiş; 26.3.1976 gün ve 1186-2464 sayılı Kararı'nda, temyiz dilekçesinde hâkimin havalesi olmadığı için -sürenin hesabında nazara alınması mümkün bulunmadığı gerekçesiyle- yine temyiz dilekçesinin reddi gerektiği sonucuna ulaşmış ve bu kararlar eleştiriye uğramıştır[1].

26.3.1976 günlü kararın düzeltilmesi dileğiyle vaki olan başvuru üzerine aynı Daire, bu kez temyiz dilekçesinde mevcut *harç pulları üzerine* konulan tarihe nazaran, temyiz dilekçesinin süresinde verildiğinin kabulü icap edeceği görüşünü benimsemiş ve süre aşımından temyiz dilekçesinin reddine ilişkin evvelki kararının kaldırılmasına karar vermiştir. Pratik bakımdan, ihtiyata riayet etmiş olmak için, özellikle süreli ve harca tâbi bulunmayan her türlü dilekçeyi, başkâtibe değil, *hâkime havale ettirmek* uygun olacaktır.

Aynı Kanun'un 185. maddesinin 2 numaralı bendine göre ise, davacı, davalının rızası olmaksızın davasını genişletemez veya mahiyetini değiştiremez. Ancak, davadan feragat veya ıslah, bu hükümden müstesna tutulmuştur.

Davalı da, aynı tarzda hareket edecektir. HUMK'nun 200, 201 ve 202. maddelerine göre cevap lâyihası, kaldırılmış bulunan 115. maddenin 1, 2 numaralı bentleri ile 116. maddede gösterilen kayıtların yerini almış

---

(1) Av. *Kuntman,* Osman: Karar Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 50, Sa. 1-2-3-4, Ocak-Şubat Mart-Nisan 1976 s. 64-68 ve Yargı Dergisi, 1 Ocak 1977, Sa.9, s. 32.

bulunan, Tebligat Kanunu'nun yukarıda sözü edilen 8 ve 9. maddelerinde yazılı kayıtlardan başka, aşağıdaki hususları da ihtiva etmesi gerekir:

1- Davacı tarafından bildirilmiş olan vakıaların her biri hakkında verilecek cevaplar,

2- Açık bir tarzda savunma,

Davalı, davacının dava dilekçesinde yazılı bulunan vakıaların sadece inkârı ile yetinmeyecek ise, cevap lâyihası aşağıdaki hususları içermelidir:

1) Davalının dayandığı bütün vakıalar hakkında sıra numarası altında gerekli izahları,

2) Dayandığı kanunî nedenlerin özeti.

Davalı cevap lâyihasında, iptidaî itirazlar ayrık olmak üzere, karşılık dava da dahil olarak, tüm iddia ve savunma sebeplerini birden bildirmek zorundadır.

Davalı cevap lâyihasını hasmına tebliğ ettirdikten sonra, onun muvafakati olmaksızın, savunma sebeplerini genişletemez, değiştiremez. Ancak, "ıslah" dediğimiz hal ile 186. madde hükmü, bundan müstesnadır.

Kanun koyucu aynı mükellefiyeti hâkime de yüklemiş, mahkeme kararlarının ne kadar açık olabilirse, o kadar açık olmasını istemiştir. HUMK'nun 389. maddesi uyarınca, verilen karar ile iki tarafa yükletilen ve tanınan vazife ve haklar, kuşku ve tereddüde yer vermeyecek tarzda gayet açık yazılmalıdır. HUMK'nun 388. maddesinin 3-5 numaralı bentlerine göre de karar; iki tarafın iddialarının, incelenen ve müzakere olunan maddî ve hukukî meselelerin özetlerini, gerekçeyi ve mülâhazaları ile hükmün ne olduğunu içermelidir.

Yukarıda belirtilen hükümlerden anlaşılacağı üzere, dava dilekçesi, cevap lâyihası ve kararın biçimi hakkında üç yönteme riayet şarttır:

1) Tümlük,

2) Kısalık,

3) Açıklık

Bu üç temel kural yalnız hukuk davalarında önemli olmayıp, ceza davaları, idarî davalar, disiplin (inzibat) işleri ile yazılı her türlü mütalâa ve danışmalarda da göz önünde tutulmalı, sözlü olanlarda bile buna dikkat olunmalıdır.

I— *Tümlük* demek, olay ve hukuk malzemesinin eksiksiz olarak incelenmesi demektir. Bu ise, olasılık içine giren bütün hukuk ilişkilerinin, koşul ve unsur bakımından, burada teklif edilen metoda

uyularak ilmî bir tarzda incelenmesiyle mümkün olur. Metotsuz çalışan bir hukukçu, bütün ihtimalleri incelediğinden emin olamaz.

II– *Kısalık* demek, tümlük ilkesini feda etmemekle beraber, boş yere ayrıntılardan kaçınmak demektir. Uyuşmazlığın özünü aydınlatacak noktalara değinmek, aslında yeterlidir. Fakat bu noktaların neden ibaret olduğunu anlayabilmek için sorunun ne olduğu bilinmelidir (Ana kural 2). Soru, incelemenin sınırlarını saptayacaktır. Bu sınırı aşmak hem tehlikelidir hem de insanı hataya sürükleyebilir.

Örneğin A, B'ye karşı bir tecavüzün yasaklanmasını (men'ini) dava etmek niyetindedir. Böyle bir davanın başarıya ulaşıp ulaşmayacağı sorulmuş ise, incelemelerimiz bu yasaklama davasının unsurları, koşulları ve gerekçesi etrafında yoğunlaşmalıdır. A'nın tazminat hakkı burada bir rol oynamaz. İhtimal ki, aynı davayı başka bir şahsa karşı da açmak olasılığı vardır. Bu takdirde müvekkili uyarmakla yetiniriz. Fakat asıl hedefimiz, A'nın B'ye karşı açacağı yasaklama davasını incelemek olduğundan, bu konudan ayrılmamaya çaba harcamalıyız. Aynı uyuşmazlıkta bir üçüncü şahsın da ilgisi olabilir. Meselâ eylem birden fazla kişiye karşı işlenmiştir. Fakat bize başvuran, sadece A'dır. Şu halde C'nin, D'nin veya başkalarının hakları bizi hiç ilgilendirmez. Hatta doğrusunu isterseniz, bu gibi durumlara kısaca bile olsa değinmek, pek uygun bir davranış olmaz.

Diğer yandan, uyuşmazlık ile doğrudan doğruya ilgili olmayan teori ve fikir ayrılıklarını da uzun uzadıya tartışmaktan sakınmalıyız. Burada şöyle bir benzetme yapmakta yarar vardır. Özellikle üniversite sınavlarında bazı öğrencilerin, sorulan soru ile hiç ilgisi olmayan bahislere saplandıkları ve üstelik bu konularda yanlış bilgi verdikleri görülmektedir. Bunun başlıca iki sakıncası vardır: Hata önemli ise, notu olumsuz olarak etkileyebilir. Diyeceksiniz ki, böyle bir görüş âdil sayılmaz; çünkü öğrenci sorulmayan bir soruyu etraflı olarak anlatmakla, dersine çalışmış olduğunu göstermek istemiştir. Fakat sırf çalışmanın, sınavda başarı kazanmak bakımından yetmeyeceğini herkes bilir. Hayattaki tecrübeler göstermiştir ki, başarılı olmak için en önemli şart, *verilmiş olan,* kapsamı belli ödevi başarmaktır. Bunun birinci şartı ise çalışmak, çalışmak ve yine çalışmaktır. Ne var ki yalnız çalışmak bizi hedefe ulaştırmaz. Tıpkı öğrenci gibi, pratik hayatta görev alanlar da, bilgilerini *doğru olarak ve yerinde uygulayabilmelidirler.* Nasıl bir öğrenci sorunun karşılığını, öğrendikleri arasında ayıklama yaparak aramalı, bulmalı ve somut vakıaya uygulamalı ise, aynı şekilde hâkim veya avukat olarak mesleklerini icra edenler de, belli bir hadisede aynı metoda göre hareket etmelidirler. Kolu çıkan bir hasta doktora koştuğu zaman, dileği, herhalde çıkıkların çeşitleri hakkında bir konferans dinlemek değil, kolunun iyice yerine konulmasıdır. Pratik hukukçudan fikir soranın da arzusu, karşılaştığı uyuşmazlık hakkında açık bir cevap almaktır; yoksa bu

ihtilâfa ilişkin olarak ortaya çıkan siyasal, teorik, ekonomik tartışmalar onu hiç mi hiç ilgilendirmez.

"Fazla mal göz çıkarmaz" diye bir ata sözü varsa da, hukukta buna çok önem vermemek, daha uygun olur. Tam tersine, birçok hallerde, hukukta bilgiçlik taslamak yarar yerine zarar getirir. Pratik hayatta da sınavlarda olduğu gibi -hele soru sade ve bir iki cümle ile izah edilebilir türden ise- cevapların, kötü tesir bırakabileceği kaygısı içinde, gereksiz ve yersiz fikirlerle doldurulup taşırıldığı görülmektedir. Bunun bir sebebi de yapılan ödevi, muhtevasının değerine bakacak yerde, sayfa adedine göre takdir edenlerin, ne yazık ki, çok olmasıdır. Fakat uygulamada bu çeşit mütalâaların kof çıktığı çok görülmüştür. Her mütalâanın, her lâyihanın ve her kararın bellibaşlı amacı, muhatabı tarafından en büyük dikkatle okunmaktır. Okuyanlar ise, durup dururken boş fikirlerle vakit kaybetmek istemezler. Hukukçularımız, yukarıda izahına çalıştığımız esaslara önem verseler, hem kâğıttan hem de zamandan tasarruf etmiş olacaklardır. Bazı müvekkiller, lâyihanın kısa tutulmasını belki hoş karşılamayacaklardır. Ancak şu muhakkak ki, onlar bile, bir iki deneyden sonra sonucun kendi yararlarına döndüğünü görünce, bu metodun daha faydalı olduğunu anlayacaklardır. Şunu da hiç unutmayalım: Ne kadar fazla yazar, ne kadar fazla söylerseniz, -hele karşınızdaki akıllı ve üstün ise- hasmınıza o nispette fazla ipucu vermiş olursunuz.

Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, bazı avukatların dava dilekçelerini gelişigüzel yazmalarından şikâyetçi olacak ki, İstanbul Barosu Dergisi'nin 1975 Mayıs-Haziran ayına ait 5-6. sayısının 513-516. sayfalarında yayınlanan 19.9.1974 gün, E. 1974/7326 ve K. 6426 sayılı Kararı'nın bir yerinde (sayfa 514) aynen şöyle demektedir: "*Dava dilekçesi, davanın alınyazısıdır. Böyle olmasına rağmen bu dilekçeler, memleketimizde meslek adamları olan avukatlar tarafından bile gerekli dikkat gösterilmeden, adeta rastgele yazılır. İnkârına olanak bulunmayan bu gerçek karşısında, çok defa, mahkemeler veya Yargıtay daireleri tarafların sözlü veya yazılı açıklamalarını asıl maksatlarına ve isteklerine uygun düşecek şekilde yorumlamak sureti ile uyuşmazlığı rayına oturtmak zorunda kalırlar*".

İşte bu gibi yakınmalara sebebiyet vermemek için, her yazının ve evleviyetle dava dilekçelerinin özenle hazırlanması gerekir.

Batılı memleketlerdeki tatbikattan farklı olarak yurdumuzda, yazılarda -Fransız'ların "présentation" dedikleri- dış görünüşe pek ehemmiyet verilmez. Halbuki bir avukatın, muhteva bakımından bir şaheser olsa bile, bir dava dilekçesi veya lâyihayı -takdim biçimine hiç aldırmayarak, bu arada satırbaşlarını, imlâ hatalarını, yanlış yazılan kelimelerin karalanmış olmasını, üçüncü hamur kâğıt kullanılmasını umursamaksızın- mahkemeye vermesi, hem yargı merciine gösterilmesi gereken saygı ile bağdaşmaz hem de muhtevanın değerini, sanıldığından

da fazla azaltır. Ciddi bir avukatın, sunduğu her yazının, dış görünüş itibariyle de, kendi şanına lâyık olmasına dikkat etmesi; resmî bir mercie hitaben kaleme alınan bir yazının, düzgün bir daktiloda, iyi bir kâğıda, imlâ hatası olmaksızın, tertipli ve düzenli bir tarzda yazılmış, kullandığı kâğıtların başlıklı olmasına, mutlaka yazıldığı günün tarihini taşımasına ve şayet yazı birkaç sayfa tutuyorsa, bu sayfaların tel zımba ya da ataçla bağlanmış olmasına özen göstermesi yerinde olur.

Onikinci ana kural:

Uyuşmazlığı tam olarak açıklayınız, fakat kısa kesiniz. Dış görünüşe de önem veriniz.

§ 13

ÇALIŞMA PLANI

Dava dilekçeleri, lâyihaları, kararlar; kısacası, her hukukî mütalâa, kuşku ve tereddüdü gerektirmeyecek bir tarzda açık yazılmalıdır. Bunu istemek elbette ki kolay; fakat bu arzuyu yerine getirmek, her zaman, sanıldığı kadar rahat bir iş değildir. Bu konuda üç nokta önemlidir:

1) Fikirler arasında teselsül (mantıkî sıralama),

2) Konu dışına çıkmamak,

3) Üslûp.

Her hukukî ödevin çözümü fikir emeği ister. Bu emek, birbirinden ayrı iki işlemin ürünüdür. Birinci işlem, incelenecek uyuşmazlık hakkında bilgi edinilmesidir. İkinci işlem, edinilen bilgi yükünün, uyuşmazlığın çözümü için uygulanmasıdır. Birinci işleme algı "perception", ikinci işleme üretim "production" diyelim. Ancak "algı" evresi ile "üretim" evresinin birbirinden tamamen bağımsız işledikleri sanılmamalıdır. Gerçi bazı yazarlar "üretim" evresinin ödevin kaleme alındığı anda başladığını ileri sürerler. Bu fikre bakılırsa, yazılış anına kadar yapılan incelemeler "algı" evresine girer. Fakat bu görüş, gerçeğe uygun değildir. Fikir emeğinin üretim evresi, uyuşmazlığın anlatıldığı anda kendiliğinden, hatta dinleyen bile bunun farkına varmaksızın başlamış olur. Kafamız, bir benzetme yaparsak, otomatik bir telefon gibidir. Olayın herhangi bir bölümü bize aktarılırken, gözümüzün önüne olayın karşılığı olan hukuk müessesesi gelir. Bunun böyle olduğunu siz de kolayca deneyebilirsiniz. Bu maksatla, herhangi bir kitapta bulunan problemlerden birinin ilk cümlesini okuyup sayfayı çeviriniz. Göreceksiniz ki, cümleyi okuduğunuz anda, beyniniz kendiliğinden faaliyete geçecek ve hayalinizde bu cümle ile ilgili hukuk müessesesi canlanacaktır. Takdir edersiniz ki bu işlem, bilgi ve zekânızın gelişim derecesine göre değişmek üzere, az veya çok sürecektir. Hukukî buluş kabiliyeti kuvvetli olanların kafasında, cümlenin okunmasıyla birlikte, belki o anda hukuk müessesesi de doğmuş olacak ve incelemeler ilerledikçe algı ve üretim birbirini kovalayarak, sürekli bir alışveriş meydana gelecektir. Dışarıdan beynimize

yansıyan fikirler benimsendikten sonra bunlar şuurumuzda yeni fikirler doğururlar. Bu işlem, amaca ulaşılıncaya kadar devam eder ve hedefe varıldıktan sonra kendiliğinden durur.

Görülüyor ki üretim evresi, bazı yazarların sandıkları gibi, algı safhasının tamamlanmasından sonra başlamaz. Beynimiz ilk cümleyi kavrar kavramaz derhal üretim faaliyetine geçer; bir yandan bu cümleyi kavramaya çalışırken diğer yandan karşılığı olan fikri arar ve ister doğru ister yanlış olsun, bu karşılığı bulduktan sonra durur.

Üretim evresi üç bölüme ayrılır:

İlk olarak beynimiz, birbirine karışmış birçok olasılıkları karşımıza çıkarır. Bunların ne dereceye kadar işimize yarayacağı başta henüz bilinmez. Olayı kendimize maledip isteği nitelemeye çalışırken, sorunun çözümü için, kafamızda malzeme toplarız. Fakat bütün malzemeyi bir anda saklamaya olanak yoktur. Malzemenin kaybolmaması için aklımızdan geçen ve bize elverişli görünen olasılıkları bir tarafa işaret eder ve böylece unutulmasına engel olmaya çalışırız. Bununla iş henüz bitmiş olmaz.

Düşündüklerimizin doğru olup olmadığını, kanunlarla ve yazarların içtihat ve fikirleri ile karşılaştırarak kontrolden geçiririz. Bu kontrol bize, elde ettiğimiz malzemenin, kuracağımız düşünce yapısı için elverişli olup olmadığını, incelemelerimizde gedik bulunup bulunmadığını gösterir. Gedik varsa, onu doldurmadan incelemeyi sürdüremeyiz.

Bu işlemler yapılırken, kafamızda karışık bir halde bulunan fikirleri de sınıflandırmak, birbirlerine uyanları bir yana, uymayanları diğer bir yana ayırmak gerekir. Sınıflandırma sonunda elde edilen sonuçların bir kenara yazılması çok faydalı olur. Böylece çalışarak mütalâanın ilk taslağını hazırlamış oluruz. Ne var ki, bunun henüz kaba bir plan, sadece bir taslak olduğu unutulmamalıdır. Son ve kesin planı, ancak olay ve sorulacak soru hakkında tam bilgi edindikten sonra, kanunu hâdiseye uygulamaya başladığımız anda yapabiliriz, Bu işe girişirken de, inşa etmekte olduğumuz fikir yapısında bazı noktaların fazla, bazılarının eksik olduğunu, bazı fikirlerin ise birbirine uymadığını görmekte gecikmeyeceğiz. Bunlar da tamamlandıktan sonra, artık son planı hazırlayabiliriz. Son plan, kuracağımız fikir yapısının ana temellerini gösteren bir krokidir. Bu krokiyi bir yapının karkas iskeletine benzetmek mümkündür. Modern yapılarda olduğu gibi, burada da bütün inşaat, bu temeller üzerinde yapılacaktır.

Demek oluyor ki, *onüçüncü ana kuralımız* şu olacaktır:

Yazıya başlamadan planını hazırlayınız!

§ 14

BİLİMSEL KANIT VE YORUM

Yapının çeşitli bölümleri statik verilere göre birbirine uydurulmuş ve tam bir denge sağlanmış ise, taşıyacağı yüke dayanıklı sayılır. Hukukî bir sorunun çözümünde de, bütün fikirlerin, gerek mantık ve sıralama, gerek üslûp bakımından birbirine uyması gerekir. Çok kez tekrar edildiği gibi hukukçunun ödevi, kanunu uygulayarak olayı kanun gözüyle ölçmektir. Bundan ötürü hukuk bilimi teorik bilimler grubuna sokulmuştur; çünkü hukuk bilimi de, bu ödevi başarabilmek için felsefe ve mantıkta kullanılan usullerden faydalanmak zorundadır.

Mantıkta şu kural hâkimdir:

"Bir iddia ancak, *mantıkî* bir "sıra" ile, belli bir nedenin zorunlu sonucu sayılabildiği takdirde, doğru olarak kabul edilir".

Hukukta da, buna benzer bir kural yürür:

"Bir talep, *hukukî* bir muhakeme ile, belli bir kuralın zarurî sonucu olarak kabul edilebildiği takdirde haklı sayılır".

İşte bu hukukî muhakeme ve teselsül (mantıkî sıralama) bütün hukuk tekniği ve metodunun çekirdeğini oluşturur. Varılan sonucun doğruluğu, muhakemenin biçimine, tamam oluşuna, doğruluğuna ve mantıkî olup olmamasına bağlıdır. Sadece duygu ile elde edilen bir sonuç, sırf bir rastlantı eseri olarak, doğru çıkabilir. Fakat hukuk bakımından böyle bir sonucun değeri yoktur; çünkü sonuca götüren fikir silsilesini kontrol etmek mümkün değildir. Böyle olunca da, sonuç için hiçbir teminat verilemez. Nitekim Amerikalı avukatlardan *Samuel G. King* "Handy Legal Adviser" (Küçük Kanun Kılavuzu) adlı eserinin (New York, 1949) önsözünde (s. 3), bir avukatın seçiminde isabet göstermek için kesin bir kaide mevcut olmadığına işaret ettikten sonra müvekkilin, kendisine bir avukat seçerken, onda bulunmasını arıyacağı beş ayrı vasfın ilki olarak, dürüstlüğü saymakta, ancak dürüst bir avukatın, bir davanın sonucu hakkında teminat veremeyeceğini şu sözlerle dile getirmektedir: "*İyi bir avkuat, d ü r ü s t t ü r. O müvekkillerine kazanılabilir bir davaları olup olmadığını tereddütsüz bir dille söyler. Eğer davanın sonucu hakkında bazı şüphe ve tereddütleri varsa, bunları zikretmekten*

çekinmez. Bir hukuk davasının, niteliği gereği çeşitli olasılıklar taşıyabileceğini bildiği için, hiçbir uyuşmazlıkta sonuçları asla garanti etmez. Böyle olunca iyi bir avukat bir ceza davasında beraat hükmü veya bir boşanma davasında iyi sonuçlar elde edeceği hakkında teminat vermez. Olsa olsa müvekkili hakkında bir davayı kazanmak veya kaybetmek hususunda söz konusu olabilecek çeşitli olasılıklar hakkında gerekçeli kanısını açıklar".

Doğrusunu isterseniz, mahkemece verilecek her hükümde, dava dilekçesinde ileri sürülecek her talep veya bir danışmada beyan olunacak her hukukî mütalâada asıl önemli olan yön, "sonuç" dediğimiz ve hukukî incelemelerin vardırdığı son hükümdür. Nitekim ilk dereceli bir mahkeme tarafından verilen karar sonuç bakımından doğru olduğu, fakat bu karara dayanak olarak gösterilen gerekçeler yanlış bulunduğu takdirde, Yargıtay uygulamada yanlışlara işaret etmekle yetinmekte, "*neticesi* itibariyle doğru olan hükmün onanmasına ..." karar vermektedir. Bilindiği gibi, HUMK'nun 438. maddesinin 7. fıkrası gereğince: "Temyiz olunan hükmün, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duymadığı takdirde, Yargıtay, hükmü değiştirerek ve düzelterek onayabilir". Aynı maddenin son fıkrasına göre: "Hüküm *sonucu,* esas bakımından usul ve kanuna uygun olup da, gösterilen *gerekçe* doğru görülmezse, gerekçe değiştirilerek ve düzeltilerek hüküm onanır".

Bu demek değildir ki, gerekçeye, lâyık olduğu önem verilmeyecektir. Bazı hallerde, gerekçesi inandırıcı olmak şartıyla, yanlış bir sonuç, hukuk bakımından değerli olabilir. Gerekçenin tamam oluşu, sorunu inceleyen her kişiye, yanlışı bularak doğru neticeyi aramak olanağını verir.

Türk Kanun koyucusu mahkeme kararlarının *gerekçeli olmasına* büyük önem vermiştir. Bunun en parlak delili, 1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 135. maddesinin son fıkrasında* "Bütün mahkemelerin her türlü kararları *gerekçeli* olarak yazılır" hükmü yer almış bulunmaktadır. Aynı Anayasa'nın 8. maddesinin 2. fıkrası gereğince, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarını öngördüğü hatırlanacak olursa, kararların gerekçeli olarak yazılmasının, Anayasa'nın, üstün hukuk kuralı niteliğindeki bir hükmü gereği bulunduğu, kendiliğinden anlaşılır. Kaldı ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesi** kararın hangi hususları içereceğini sayarken

(*) 1982 tarihli Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrası (S. V. notu).
(**) 3156 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir (S. V. notu).

5 numaralı bentte "gerekçe"yi zikretmiş, 438. maddesinin*** son fıkrası, hüküm sonucunun, esas bakımından usul ve kanuna uygun olup da, gösterilen gerekçenin Yargıtay'ca doğru görülmemesi halinde *gerekçenin değiştirilerek ve düzeltilerek* hükmün onanması gerekeceğini açıklamış; tatbikatta bazı Yargıtay kararlarının, gerçek anlamıyla gerekçeden yoksun bulunması karşısında, bunu önlemek isteyen kanun koyucu, 1711 sayılı Kanun'la HUMK'nun 440. maddesini değiştirmek ihtiyacını duyarak, Yargıtay kararına karşı karar düzeltilmesi isteğine ilişkin bulunan bu maddenin II numaralı bendi olarak şu hükmü getirmiştir: "Yargıtay önceden cevapsız bırakılan karşı çıkmaları kendi görüşüne göre hükme etki yapacak nitelikte bulmazsa, karar düzeltilmesi istemi üzerine vereceği kararda bu karşı çıkmaları geri çevirirken *her biri hakkında gerekçe göstermek zorundadır*".

Özellikle ilk dereceli mahkemelerinin karar ve hükümlerinde gerekçenin eksiksiz ve tam olması, anılan kanun hükümlerinin buyruğudur; ayrıca bu, birkaç bakımdan da önemlidir. Bir kere, karar veya hüküm ayrıntılı ve doğru gerekçeleri içerdiği takdirde, sayısı hiç azımsanamayacak birçok olayda aleyhine hüküm çıkmış olan taraf, bu hükmün temyizinden yarar umulamayacağına kanaat getirerek, bu yola başvurmaktan vazgeçecektir. İkincisi, karar veya hükümde gerekçe bulunmaması halinde, Yargıtay veya görevli olan diğer herhangi bir yüksek mahkeme, kararın doğru olup olmadığını kontrol olanağını bulamayacaktır.

İlk dereceli mahkemeler için, kararlarda gerekçe gösterilmesi lüzumu ne kadar önem taşıyorsa, yüksek mahkemelerin, onadıkları ve hele bozdukları kararlar hakkında hâkime ışık tutacak gerekçelere yer vermiş bulunmaları, aynı ölçüde önemlidir. Yüksek mahkemenin kararlarında mucip sebepler tam ve etraflı olursa, hâkim, bu gerekçelerden, kararının neden dolayı ve hangi bakımlardan yanlış görülmekte olduğunu kolayca anlayarak, üst merciin görüşünü paylaşmadığı takdirde, rahatlıkla önceki hükmünde direnebilecektir; gerekçeyi doğru bulup, ona katıldığı takdirde ise, bozma kararına kolayca ve hemen uyabilir. Şurası muhakkak ki, yeryüzünde yanılmayacak olan bir insanoğlu yoktur. Bu itibarla: "*Errare hummanum est*" (yanılmak insanlara özgüdür) yolundaki latince vecize ün salmış bulunduğu gibi, "Kişi noksanını bilmek gibi irfan olamaz" bilinen atasözlerimizdendir. Çağımızda mevzuatı oluşturan kanun, tüzük, yönetmelik ve kararname gibi hukuk kurallarının binlerle sayılan büyük adedi ve bunların çapraşıklığı ve bulunmasındaki güçlükler göz önünde tutulursa bazı hallerde, yanlış karar verilebileceği kendiliğinden anlaşılır. İşte kanun koyucu, yanlış kararları, mümkün mertebe en aza indirebilmek maksadıyla, uyuşmazlıkların çok büyük bir çoğunluğunun ikinci, hattâ

(***) 1711 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir (S. V. notu).

üçüncü bir kez incelenmesi için ayrı ayrı merciler tayin etmiştir. Örneğin miktar veya değeri ikibin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin ve HUMK.'nun 2494 sayılı Kanun'la değiştirilen 427. maddesinin 2. fıkrası ile kesin olduğu belirtilen hükümler hariç, mahkemelerden verilen hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulabilmesini kabul etmiştir* . Çoktanberi düşünülegelmekte olduğu gibi, yakın bir zamanda, üst mahkemelerin kurulması halinde, ilk dereceli bir mahkemenin vereceği bir hükmün isabeti, davasına göre, kaide olarak hem bu mahkeme, hem de Yargıtay tarafından kontrol süzgecinden geçirilmiş bulunacaktır. Vergi uyuşmazlıklarında, ilk itiraz mercii olan muvazzaf itiraz komisyonlarının kararlarına karşı Ankara'daki Vergiler Temyiz Komisyonu'na başvurulabilmekte ve son aşama olarak Danıştay'da dava açılabilmektedir**.

Üst mercilerin kendilerine düşen ödevi lâyıkıyla yerine getirebilmeleri, mahkeme kararlarının etraflı gerekçeyi ihtiva etmesine bağlıdır. Gerekçenin önemi üniversite sınavlarında bile kendini belli eder. Nitekim sınavda iyi ve inandırıcı bir gerekçeye dayanarak yanlış bir sonuca varan öğrencinin notu, hatalı ve karışık bir gerekçe ile doğru bir neticeye ulaşan öğrencinin notundan yüksek olur; çünkü gerekçe neticenin dayanağıdır. Dayanağı olmayan bir sonuç ise, temelsiz bir binaya benzer; şöyle biraz kurcaladınız mı birdenbire yıkılır.

Gerekçe hakkında şunlar söylenebilir:

I— Hukuk kuralının özü, kuşkuya yer bırakmayacak derecede kesin ise bin dereden su getirmeye hacet olmaksızın, düşüncenizi desteklemek için ilgili maddeye işaret yeterlidir. Yok, böyle değil de, hukuk kuralının muhtevası çeşitli anlamlara gelebiliyorsa -ki, çoğu zaman böyledir- ve meselenin çözümü, hukuk kaidesinin yorumuna bağlı ise, bu halde hukuk kuralı aynen yazılarak yorumlanmalıdır.

Bir *akti* (sözleşmeyi) yorumlamak istersek, *âkidlerin* ortak rızalarını araştırırız. Kanunda durum böyle değildir. Kanunu yorumlamak demek,

---

(*) HUMK.'nun 4146 sayılı Kanun'la değiştirilmiş olan 427. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre, miktar veya değeri on milyon liradan fazla olan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin kararlar temyiz edilebilir. Bu on milyon liralık sınır, 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren ise dört kat (kırk milyon lira) arttırılarak uygulanacaktır (S. V. notu).

(**) Vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar 6.1.1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri hakkında Kanun'un 6. maddesi hükmü gereğince vergi mahkemelerinde görülür. Vergi mahkemelerinde tek hâkimle çözülecek olan davalarda (m. 7) verilen kararlara karşı yapılan itirazlar, Bölge İdare Mahkemesince incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Vergi mahkemelerinde kurul halinde görülen davalara ilişkin kararların temyiz incelemesi ise, Danıştay tarafından yapılır. [Danıştay Kanunu, 22 (a) (S. V. notu)].

kanunun ruhunu ortaya koymak demektir. Her kanun birden çok etkenlerin sonucu olduğundan, kanunun gerçek manası ancak bu etkenlerin anlaşılmasıyla meydana çıkabilir. Özellikle aşağıdaki etkenlerin önemi vardır:

A– *Dil kuralları:* Kelime ve cümlelerin görevi, fikirleri anlatmaktır. Daha önce sözü edildiği gibi, her hukuk kuralı iki bölümden oluşur: Koşul ve sonuç. Şu koşul gerçekleşirse şu sonuç uygulanır. Dil kuralları bize hukuk kuralının hangi bölümünün koşul ve hangi bölümünün sonuç olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Birçok hallerde hukuk kuralının sözlük anlamı, diğer hukuk kuralları ile birlikte incelenerek meydana çıkarılabilir. Öbür yandan, halkın bir kelimeye verdiği anlamın kanundakinin aynı olmayabileceğine dikkat edilmelidir.

Kanun, dil tekniği bakımından iyi bir tarzda hazırlanmış ise, her kelime, tek anlamda kullanılmış demektir. Kanunlarımızın büyük bir çoğunluğunda buna pek önem verilmemiş olduğunu itiraf etmek zorundayız. Bunun sebeplerinden biri, iktibas edilen (aktarılan) kanunların asıllarının bile, dil bakımından tam bir birlik göstermemeleridir. Böyle olunca, aslı istenilen mükemmeliyette değildir ki, çevirileri tam olsun. Örneğin, yazılışı itibariyle sade olmak iddiasında bulunan İsviçre Medenî Kanunu ile Borçlar Kanunu'nda bile bazı terimler aslında çapraşıktır. Üstelik bu kanunlar aktarılırken acele etmek gerekmiş bulunduğundan, çevirinin birden fazla kimselere yaptırılması gerekmiştir. Hukukî bir çevirinin doğruluğu, başta çevirenin hukuk ve ondan sonra her iki dildeki bilgi derecesine bağlı olduğundan, tam isabetli gayet iyi çevirilerin yanısıra, manasız, hattâ kaynak ile çelişki halinde bulunan çevirilere de rastlanmaktadır.

Dahası var: Türk kanun koyucusunun bizzat hazırladığı bazı kanunlarda da dile pek önem verilmemiş olduğu, nitekim bir yandan, birçok kanunda aynı terimin çeşitli anlamlarda kullanıldığı, diğer yandan çeşitli kavramların tek kelime ile ifade edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bundan başka, bu kanunlar ile Borçlar, Ceza, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ceza Muhakemeleri Usulü, İcra ve İflâs Kanunu gibi ana kanunlar arasında dil bakımından ahenk sağlanamamış bulunduğu; kısacası, kanun ve hukuk dili bakımından özlenilmesi gereken terim birliğinin gerçekleştirilemediği göze çarpmaktadır. Anayasamız ile anılan temel kanunlar arasında, dil bakımından, uçurum denilecek kadar büyük bir farkın varlığı düşündürücü bir gerçektir.

Diğer bir güçlük, önceki hukukta kullanılan ve belli müesseseleri temsil eden kelimelerin yeni hukuka geçmiş olmasından ileri gelmektedir. Şu da muhakkaktır ki, dil devrimi münasebetiyle ortaya

çıkan yeni terimler, hukukçularımızın azımsanamayacak bir çoğunluğu tarafından henüz benimsenmemiştir.

Bu durum karşısında hukuk kuralının içinde yatan anlamın, dil tekniğine dayanılarak yüze çıkarılamayacağı açıktır. Hâkimin kanuna bağlı olduğu yolundaki ilke, lâfza bağlılık olarak yorumlanmamalıdır. Bize kalırsa, yanlış bir ifade tarzı, hatalı bir çeviri, hâkimi bağlayamaz; çünkü bir hükmün yorumlanmasında, söz konusu olan kelimenin sözlük anlamından çok, o kelime ile kastedilen anlam önemlidir. Bu fikrin doğruluğunu Medenî Kanun'un 1. maddesi hükmü de teyit eder.

Hâkim, hükmün anlamında tereddüt ediyor ise, kararsızlığını ilmî ve kazaî içtihatlarla gidermelidir.

Kazaî içtihat terimi ile başta Türk mahkemelerinin içtihatları gelmek üzere, yabancı memleketlerdekilerini de kapsayan kararları kastediyoruz. *İlmî içtihat* deyimi ise, *millî* ve *uluslararası* hukuk eserleri ve yazılarının (doktrinin) tümünü içine alır. Hâkimin ancak yabancı dil bilmesi halinde, o dildeki yabancı eserleri okuyabileceğini belirtmeye gerek yoktur. Yabancı bir memleketten aktarılmış bulunan bir kanunda kullanılan Türkçe kelime hiç mana vermiyor, ya da yanlış bir anlamı yansıtıyorsa, hâkim, Türk kanununda geçen kelimeye bağlı olduğunu ileri sürerek, o kelimeyi anlamsız bir tarzda yorumlayamaz. Böyle bir gerekçeyi kabullenmek, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek yanlış ve anlamsız bir deyim kullandığını kabul etmekten farksız olur. Böyle bir düşünce ise, hiçbir zaman savunulamaz. Gerçek aranırsa, yanlış çeviri şöyle meydana gelmiştir: Kanunu hazırlayan makam, bir yanlışlık eseri olarak kanunun söz konusu kısmını Türkçe'ye yanlış çevirmiş ve bu hata, kanunun müzakeresinde gözden kaçmıştır. Kabul ve teslim edilir ki, kanun koyucu, çeviri yanlışının farkına varmış olsaydı, bunu muhakkak düzeltirdi; çünkü düzeltmemesi için makul hiçbir sebep düşünülemez.

Kanun koyucunun çeviri hatasının farkına varmadığını söylemek; bilerek, isteyerek anlamsız bir deyim kullandığını ileri sürmekten daha akla yatkın olsa gerekir. Bizce hâkim, açık olan çeviri yanlışlarını, ilmî içtihatlardan fyadalanarak düzeltmek hak ve yetkisini haiz sayılmalıdır. Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan hâkimine bu yetki tanınıyor da, Türk hâkiminden neden esirgensin? İktibas edilen kanunların daha iyi anlaşılabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın tanınmış bazı şerhleri Türkçeye çevirtmiş olması, kanunun gerçek anlamının saptanabilmesine yararlı olmak niyetini gösterir. Yargıtay da sözünü ettiğimiz düşünceyi iki içtihadında açıkça ifade etmiştir. Bu içtihatlardan biri 24.5.1944 gün, E. 38 ve K. 20 sayılı, diğeri de 28.11.1945 gün, E. 13 ve K. 15 sayılı içtihadı birleştirme kararlarıdır ki, bu sonuncusunda yüksek Mahkememiz aynen şu yöntemi dile getirmiştir:

"*Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber yorumlarda ilmî içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz*".

B— Dil kurallarının yanısıra, *hukuk kavram ve düşüncelerinin tarihî istihaleleri* de gözden uzak tutulmamalıdır. Özellikle bu yön, çağdaş Türk hukuku için çok önemlidir. Türk inkılâbı, uzun süredenberi Türkiye'nin sosyal yaşamını düzenleyen İslâm hukuku yerine, lâtin, cermen, kanonik yöntemlere dayanan batı Avrupa hukukunu koymuştur. Yabancı kanunlardaki hukuk müesseselerini ifade için seçilen Türkçe karşılıklar, bunların kaynağı İslâm hukuku da olsa, aslındaki manaları ile bunları yorumlamak, doğru olmaz. Söz konusu kelime veya hukuk müessesesi yabancı ülkede hangi anlamda kullanılıyorsa, Türk hukukunda da aynı anlamda kullanılmalı, başka bir söyleyişle, müessesenin yorumunda kaynak memleketindeki tarihî değişim göz önünde tutularak, ona en isabetli anlam verilmelidir.

Bunu şöyle de ifade edebiliriz: Hukuk normlarının lâfzî anlamlarına bakılmaksızın, bunların bazan yirmi yüzyıllık bir hukukun dönüşüm sonuçları oldukları ve Türkçe terimlerle ifade olunmakla beraber, yabancı bir tarihçeye sahip bulundukları gözden kaçırılmamalıdır.

Türk üniversitelerinin hukuk fakültelerinde Roma hukukunun öğretilmesi, yabancı üniversiteleri taklit etmiş olmak için değil, yürürlükteki hukukun daha iyi anlaşılması için karşılaşılan bir zorunluktan ileri gelmektedir. Hatta kendi düşüncemize göre Cermen Hukuku'nun tarihî gelişimi hakkında da bir kürsü kurmak faydalı olacaktır; çünkü Türk hukukunun "aynî haklar", "miras hukuku", "şirketler hukuku", "kıymetli evrak hukuku" gibi birçok hukuk müesseseleri, bu hukuk çevresinden gelmedir. İşte ancak bu gibi derslerin öğretim programının içine alınması halinde de Türk hâkimi ve avukatı, uygulayacağı hukuk kurallarının gerçek özünü ve anlamlarını gereği gibi öğrenebilecektir.

C— Hukuk kuralında ifadesini bulan fikrin meydana çıkarılması için, normun lâfzî manası ile tarihçesinden başka *hukuk ve kanun sistemindeki* yeri de önemlidir. Hukuk kuralının kıyasen uygulanması, karşılaştırılacak hukuk kaidesinin mahiyetine bağlıdır. Eğer hukuk kuralı genel bir ilkeyi ifade ediyor ise, kıyasa izin vardır; yok, böyle değil de, özel bir olay için konulmuş ise, kıyas caiz değildir. Bir normun "genel" ya da "özel" olduğunu bize bildirecek olan husus, kuralın kanun düzenindeki yeridir. Örneğin "*clausula rebus sic stantibus*" *(beklenilmeyen hal şartı)* kuralı, yalnız kanunen belli hallerde mi uygulanacaktır, yoksa bu kaideyi genel bir ilke tarzında da uygulayabilir miyiz? İşte bunu bize gösterecek olan husus, kuralın hukuk sistemindeki yeridir.

Ç— Kanunun yorumunda diğer bir etken, *çıkarların (menfaatlerin) durumudur*. "Çıkarlar durumu" deyiminden şunlar anlaşılır: Kanun koyucu hukuk kuralını sevk ederken göz önüne getirdiği muhtemel bir uyuşmazlıktan hareket eder ve bu ihtilâf için kendi görüşüne göre adalete en uygun hal çaresini bulur. Fakat bu çözüm, mutlak değildir; yani her yerde ve her zaman âdil sayılmayabilir; kanun koyucunun sübjektif görüşüne göre çeşitli menfaatlere verdiği değere bağlıdır. Demek oluyor ki, her kanun kaidesi, demokrasilerde, kanun koyan parlamentonun çarpışan ve çatışan çıkarlara biçtiği değerin bir ifadesidir. Şu halde, hâkimin kanuna bağlı olduğu ve ancak kanuna uygun olarak hüküm vereceği yolundaki kural, hâkimin, kanunun lâfzına bağlı olması demek değildir. Bunun anlamı şudur: "*Hâkim, çarpışan çıkarların sosyal değeri hakkında, kanun koyucununkinden farklı bir hüküm veremez*". Ne var ki, hâkim bu kurala, ancak kanun koyucunun ilgili madde ile düzenlemek istediği çıkarlar durumunu göz önünde tuttuğu ve çarpışan menfaatler hakkında biçtiği değeri hatırladığı takdirde uymuş olur. Demek oluyor ki yorumda, yalnız bu bakımdan kanun koyucunun iradesi; daha doğrusu, onun kanun müzakere edilirken etkisi altında kaldığı etmenler göz önüne alınacaktır.

Kanun koyucunun iradesine etkili etmenler, genel ve özel olmak üzere, iki kaynaktan gelmiş olabilir:

1) Kanunun görüşmelerine esas olan tasarılar ve gerekçeleri, parlamentoyu teşkil eden millet meclisi ve senato ile ilgili komisyonların tutanakları, tasarının kabulü hakkında karar özetleri, özel kaynak grubuna girer.

2) Genel kaynak olarak ise başta, bir milletin geçirmiş olduğu istihale ve devrimler, kabul ettiği ve uyduğu ilkeler gelir. Bu ilkelerin bir bölümü Anayasa'da bir araya toplanmıştır. Diğerlerini millî kültürden, yani toplum düzeni hakkında her millette yaşayan fikir ve ahlâk görüşlerinden çıkarmak mümkündür.

D— Bir hukuk kuralının tarihçesi, lâfzî manası, hukuk sistemindeki yeri, hukuk düzeninin millî özelliklerine bağlı olmayan objektif unsurlardır. Fakat bir hukuk kuralının çıkarların durumuna göre yorumlanması, millî özellikler göz önünde tutulmaksızın mümkün değildir; ancak bu özellikler dikkate alındığı takdirde hukuk kuralı gerçek manasını bulmuş olur.

Bu düşünce, özellikle Avrupa'dan aktarılan kanunların yorumunda çok önemlidir. Örneğin Medenî Kanun'un bir maddesinin tarihçe, lâfz ve sistem bakımından millî geleneklere bağlı olmaksızın belli bir anlamda yorumlanacağı sonucuna ulaşılsa bile, bu sonucun çıkarlar durumuna, Türk milletinin özelliklerine uygun olup olmadığı araştırılmalıdır. Medenî Kanun'un gerekçesi incelenirse, Türkiye'nin neden dolayı başka bir

memleketin kanununu değil de, İsviçre Medenî Kanunu'nu seçmiş olduğu hemen anlaşılır. Bununla beraber Türk kanun koyucusu İsviçre Kanunu'nu aynen almamış, bazı önemli noktalarda ondan ayrılmak gereğini duymuştur. Bundan başka Anayasa'mızın 2. maddesi, Türk Kanunlarının ne tarzda yorumlanmasının doğru olacağını belirtmektedir.

Yabancı bir ülkeden gelmiş olsa bile bir kanun hükmü yorumlanır ve uygulanırken, kanuna hâkim olan düşünce esas alınmakla beraber, milletin ihtiyaçları ve bunu ifade eden ilkeler de göz önüne alınmalıdır.

İsviçre hâkimi kanunu yorumlarken, İsviçre Anayasası'ndan esinlenerek özgürlükçü bir görüşün etkisi altında kalacaktır. Türk hâkimi, Anayasamızda karma ekonomi sistemi kabul edilmiş olmasına rağmen, aynı kanunu daha çok devletçilik telâkkisi altında uygulamakla yükümlüdür*. İsviçre hâkimi kantonal özellikleri göz önüne almak zorunda iken, Türk hâkimi ticarî âdetler dışında bölgesel örfleri nazara alamaz, hatta alması bile yasaktır. İsviçre hâkimi, her İsviçreli'nin okur yazar olduğunu ve kendini koruyabileceğini kolayca kabul edebilir. Türk hâkimi ise yurttaşlarının önemli bir kısmının henüz bu düzeye erişmediğini ve bu bakımdan haklarının kolayca kötüye kullanılabileceğini göz önünde tutmalıdır. "Ülke koşulları ve hayatın gerçekleri"ne işaret suretiyle, hâkimin verdiği kesin mehil bakımından avukat ile sade vatandaş arasında fark gözeten Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 15.11.1974 gün ve 9950/8418 sayılı kararından § 9'da bahsetmiş olduğumuz hatırlardadır. İsviçre hâkimi kendi Medenî Kanunu'nda kanunlaştırılan hukukun İsviçre milletinin geleneksel malı olduğunu, her İsviçreli'nin bu hukuku duyduğunu ve tanıdığını kabul edebilir. Türk hâkimi ise, kanunun aslında yabancı bir ülkenin ürünü bulunduğunu ve başlangıçta Türk milletine ve hele köylüsüne yabancı gelmiş olacağını unutmamalıdır.

Bizce, Türk hâkimi bu yöntemler içinde çeviri hatalarını düzeltmeye yetkilidir ve ayrıca ancak bu tarzda davranmakla yabancı kanunu millî bir kanun haline getirebilir.

II— Hukukçu herhangi bir maddeyi uygularken yorum işini yukarıda izah edilen kurallara uygun olarak bilimsel bir biçimde yapmalı ve bulduğu yorum tarzını, mantıkla da ispat edebilmelidir. Sonucun, maddenin lâfzına veya ruhuna ya da çıkarların durumuna uyduğunu ileri sürmek yeterli değildir. Seçilen yorum tarzının *hangi nedenlerden* ötürü daha elverişli bulunduğu gösterilmelidir. Bu "ispat", mantıkî ve inandırıcı

(*) Kitabın birinci ve ikinci baskıları 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu tarihlerde, 3. baskısı ise 1961 Anayasası'nın yürürlükte bulunduğu tarihte yapılmıştır. Bu yüzden kanunların yorumu ile ilgili bu düşünceleri, o dönemin koşullarına göre değerlendirmek, günümüzde ise, serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğunu unutmamak gerekir (S. V. notu).

olmalıdır. Herhangi bir hukuk profesörünün düşüncesine veya teorisine ya da Yargıtay'ın bir içtihadına soyut olarak dayanmak da yeterli sayılamaz. Şu veya bu düşünce ya da teoriye neden katılındığı, Yargıtay içtihadının hangi sebepten dolayı doğru bulunduğu, tam bir gerekçe ile açıklanmalıdır. İncelenen uyuşmazlık hakkında birbirinden ayrı düşünce ve teoriler var ise, bunların hepsini sayarak hangisine iştirak, hangisinin ise red edildiği inandırıcı sebeplerle anlatılmalıdır. Tamamen özerk bir fikir savunuluyor ise, bu fikir gayet esaslı bir tarzda, delilli sebeplerle aydınlatılmalıdır.

İstanbul, İzmir ve Ankara ticaret mahkemeleri, ağır ceza mahkemeleri gibi adaleti kurul halinde ve toplu olarak dağıtan mahkemeler, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi yine kurul halinde çalışmakta bulunan mahkeme ve organlarda her üye, kendi oyuna hâkim olmalıdır; çünkü samimî olduktan sonra her fikir ve oy saygındır ve hakikat ancak fikirlerin çarpışmasından doğabilir. Bu itibarla herhangi bir kurulda başkanınkinden farklı bir fikre sahip olmak ve onu savunmak elbette başkana karşı gelmek anlamına gelmez; tıpkı fakülte öğreniminin başlangıcında bile olsa, hiçbir öğrencinin hocasının fikrini kabule mecbur olmadığı gibi. Önemli olan yön, kabul ve müdafaa edilen fikre inanılarak, bunun doğru ve mantıkî bir tarzda ispat edilebilmesidir. Herhangi bir profösörün veya yazarın fikrine körü körüne saplanmak, hiç de doğru değildir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 132.* maddesinin 1. fıkrası, hâkimlerin, görevlerinde bağımsız olduklarını ve sadece Anayasa'ya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceklerini belirtmekle; kurul halinde çalışan yargı organlarında üyelerden hiçbirinin, başkanın veya diğer bir üyenin etkisi altında kalmamasını da istemiştir.

Kitap, karşısına geçilip müzedeki bir tabloya bakar gibi seyir için yazılmaz. Amaç; fikir ve teorileri okuyana aktarmak, ona bunları benimsemek olanağını vermek ve bilgisini artırmaktır. Üniversitede okutulan derslerde de gaye bu değil midir? Dinleyen veya okuyan, fikir veya teoriyi kabul edip, bunların doğruluğuna kanaat getirdiği anda, bu teori ve fikirler artık onun malı olmuş demektir. Bunları ileri sürdüğü zaman başka bir kimsenin fikir ve teorisini savunuyor denilmez. Şu kadar ki, bu fikir ve teorileri hangi kitaptan aldığını zikretmek, kaynağını doğru olarak göstermek, hem bir ahlâk borcu olur hem de görüşü desteklemek bakımından önemli faydası vardır. Başka bir söyleyişle, mahkeme içtihatlarına ve hukuk yazarlarının fikirlerine yapılan atıflar, elbette ki, fikrinizi güçlendirmeye yarar, ancak onun yerine geçmez.

"Tabiî", "kuşkusuz", "hiçbir tereddüt olmaksızın" gibi yuvarlak kelimelerin hukukî bir mütalâada yeri yoktur; çünkü bir şey "tabiî" veya

---

(*) 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 138 (S. V. notu).

"kuşkusuz" ise tartışmaya gerek kalmaz. Madem ki tartışmaya lüzum görülüyor, o halde, ilgili konunun "tabiî" olmadığı kabul ediliyor demektir. Tecrübe göstermiştir ki "tabiî", "kuşkusuz" gibi terimlerin kullanıldığı hal ve yerlerde ya yanlış bir fikir savunulmak istenmiş ya da müdafaa edilmek istenen fikir ispat edilememiştir.

III— Savunulan fikrin ispatında hangi usul izlenmelidir?

Hukuk kuralının anılmasına gerek varsa, ondan söz edilir. Bundan sonra yoruma muhtaç olup olmadığı araştırılır. Gerek varsa, bu husus gösterilir. Bu da bittikten sonra kabul edilerek benimsenen düşünceden yana ve karşı olan sebeplere geçilir.

Mucip sebeplerin sayısı fazla ise, bunların hepsini toplu olarak bildirdikten sonra izah ve tenkit etmek doğru değildir. En uygun olanı, her yeni fikirde, sıra atlamaksızın, kişisel görüşümüzü açıklamak, sonra diğer nedenlere geçmektir; çünkü okuyan için ilkin tüm sebepleri öğrenmek, ondan sonra ayrı ayrı eleştiriyi okumak yorucudur.

Yazılı bir danışmada bir düşüncenin ispatı için mucip sebepler izah edilirken, belli sebeplere katılmayan yazarların karşıt fikirlerini de kısaca anmak yararlıdır. Düşüncenin esasına karşı olan hukuk yazarlarının mucip sebepleri, ilk fikir tamamlandıktan sonra açıklanabilir.

Bir avukat sıfatıyla hazırlanan dava dilekçelerinde, kabul ettirilmek istenen düşünceye ters düşen yazarların görüşlerine değinmek sakıncalı olabilir; çünkü hasım, bu görüşlerin kendi tezini doğruladığını ileri sürebilecek, mahkeme de, daha uygun bulduğu takdirde, bu görüşü tercih ederek ona dayanabilecektir.

Düşünce ve teorilerin sırasına gelince; benimsenen düşünce, olayına göre ya yazının başına yahut sonuna geçmelidir. Bu hususta kural olarak kesin bir şey söylenemez; açıklamanın başta mı, yoksa sonda mı yapılmasının daha uygun olacağı, halin gereğine göre takdir edilmek gerekir. Kararlarda, mahkemenin kabul ettiği görüş, tarafların iddia ve müdafaalarının özetlenmesinden sonra yer almalıdır.

Esaslı noktalarda birbirini tutan çeşitli düşünceler varsa, bunları grup halinde bir araya toplamak ve her grubu ayrı ayrı açıklamak gerekir.

IV— Her karar ve dava esnasında verilen her dilekçede amaç, uyuşmazlıkla ilgili pürüzlü noktaların etraflı olarak incelendiği ve sayılan sebeplerden dolayı hakkın kendinden yana olduğu hususunda okuyanda tam bir inanç yaratmaktır. Bu kanının yerleşmesini sağlayacak en emin *araç, düşüncelerin düzenli bir sıra takip etmesi,* düşünceler arasında tam bir sıralama bulunması ve okuyanın bunu kavramasıdır. Bir düşünceyi tereddüde hiç yer vermeyecek açık ve seçik bir tarzda açıklamanın ne

kadar güç olduğunu herkes bilir. Bu amaca ulaşmak için hukukçu hiçbir emekten kaçınmamalı, çabasını esirgememelidir. Kendisi, düşünceler arasındaki sıralamayı ne kadar açık bir tarzda anlatabilirse, iddia veya savunmanın ikna derecesini o oranda artırmış olur. En güvenilir çare, ödevin açıklamasına geçmeden önce, ana çizgiler, yani önemli bahislere kısaca değinmek ve eğer gerek varsa, bu planı belli yerlerde hatırlatmaktır. Teklif ettiğimiz bu çarenin, dilekçenin klasik ahengini bozması, tekrarları çoğaltması ihtimali vardır. Fakat unutmayalım ki, biz hukukçuların asıl ödevi, uyuşmazlığı çok açık bir tarzda aydınlatmaktır.

Düşünceler arasındaki sıralama düzen ve tutarlılık, her karara, zorunlu inandırıcı gücü verebileceğinden, davayı kaybeden tarafı da hükmün doğruluğuna inandırabilir.

Şu halde, *ondördüncü ana kuralımız* şu olacaktır:

Fikirler arasındaki sıralamaya en büyük önemi veriniz!

§ 15

HİTABET VE HAZIRCEVAPLIK

1— Kısaca "hitabet" dediğimiz güzel konuşma sanatının yetişkin her insan için önemini belirtmeye gerek yoktur. Hele yalnız yazıda değil, konuşmada da, harcadığı her kelimeye hakkını vermesi, bir konuyu en canlı ve en uygun bir tarzda anlatması kendisinden tabiî olarak beklendiği için, hukukçuların ve bunlar arasında özellikle avukatların etkili bir tarzda konuşmayı bilmeleri, onlar için çok daha önemlidir. Avukatlık mesleğinin inceliklerini pek bilmeyen halkın büyük çoğunluğunda yerleşmiş görünen bir düşünceye göre, mahkemede en iyi konuşmasını başaran, parlak ve cilâlı sözler sarfeden avukat, en kuvvetli olanıdır. Hatta bazılarına göre, çok konuşan bir avukat, az konuşan bir avukattan daha makbuldür. Aslına bakılırsa bu düşünceler yanlıştır; çünkü mevzuatı ve hukuku gayet iyi bilen, dosyasına nüfuz etmiş olan bir hâkim üzerinde sırf hitabet, hele sadece birtakım süslü püslü, fakat içi kof sözler, vereceği doğru hüküm üzerinde hiçbir tesir icra etmez. Hatta konuşmacının hitabet gücünü pek beğenmiş olsa bile. Çok kez ise, gelişigüzel, uzun konuşmalar tam tersine, hâkimde konuşana karşı bir tepki bile yaratabilir; sözünü kesip onu "saded"e dönmeğe davet etmek zorunda bırakabilir. Unutmamalıdır ki, hâkimlerin, hitabet sanatının meraklısı olup, sırf gösteriş için bu alandaki marifetlerini duruşma salonlarında ortaya koymak isteyenleri uzun uzadıya dinlemeye vakitleri ve bu itibarla da, sabırları müsait değildir. Hâkimin avukattan beklediği, iddia veya savunmanın esasına dokunacak ve davanın çözümüne doğrudan doğruya etkili olacak yönleri, onun, az ve öz olarak, bu itibarla mümkün mertebe kısa konuşmak suretiyle anlatmasıdır.

Çok konuşma, başka bir açıdan da, çok zararlı olabilir; çünkü akıllı bir hasım, düşüncesizce söylenen sözlerden, işine yarayabilecek olanlarını kaparak, fırsattan istifade, tutanağa geçirtip, konuşanın üstelik bir de imzasını aldırdı mıydı, sonradan düzeltme yoluyla, işlenilen hatayı -tâbir mazur görülürse, buna "gaf" demek daha yerinde bir terim olabilir- onarmak imkânsız hale bile gelebilir. Çünkü HUMK'nun 236. maddesinin 2. fıkrası hükmünce, maddî bir hatadan ileri geldiği sabit olmadıkça, ikrardan dönülemez.

Kabul etmek gerekir ki, ceza davalarında; hele muhatap -bazı memleketlerde olduğu gibi- bir jüri olduğu takdirde, mantıktan kuvvet alan, iyi seçilmiş, dokunaklı sözlerin etkisini göstermesi ihtimali, hukuk davalarındakine oranla hayli fazladır. Sebebi de, hukuk davalarında kanunî delil sisteminin geçerli olmasına karşılık, ceza davalarında vicdanî delil sisteminin yürürlükte olması ve bu yüzden duyguların, ne de olsa, verilecek hüküm üzerinde büyük bir rol oynayabilmesidir.

Hukuk davalarının pek çoğunda hukukî sonucu, iddia ve müdafaanın belirlemesinden sonra, aritmetikdekini aratmayacak bir kesinlikle, kestirmek bile mümkündür. Ancak boşanma gibi, hâkimin vicdanî kanaatının ve bu sebeple mutlak ve geniş takdir hakkının rol oynadığı yahut taraflar yararına vuku bulup iddia ve müdafaayı denk denecek kadar eşit olarak teyit eden tanıkların beyanlarından birinin tercihinin hâkime kaldığı bazı davalarda, kelâmın üstünlüğü, adalet terazisinin kefesini, kuvvetli hatipten yana ağır bastırabilir.

Hayal bu ya! Dünyanın en muktedir hatibi olan bir avukatı getiriniz, onun hitabet sanatının doruğuna çıkarak, duruşma salonundaki dinleyicileri hüngür hüngür ağlatmayı başarabilecek kadar başarılı bir konuşma yaptığını, gençliğinde hovardalık peşinde koştuğu için bir türlü affetmediği davacıyı mirasından yoksun etmek maksadıyla yeryüzünün en zengin insanlarından biri olan amcanın terekesinin tamamını "Milli Eğitim Vakfı"na vasiyet ettiğini, bu yüzden beş parasız kalan zavallı müvekkilinin yürekler acısı halinin mahkemece nazara alınıp, mahfuz hissesinin kendisine verilmesi için mirasta tenkis davasının kabulü gerektiğini anlattığını, cazibesine kimsenin dayanamayacağı bir biçimde saatlerce dil döktüğünü düşününüz. Yahut bu güçlü avukatın müvekkili davacının, eski hukukumuzda cari olduğu üzere, "civar-ı mülâsık" yani bitişik gayrimenkulün maliki olduğu için, komşu arsanın başkasına satışı münasebetiyle şuf'a hakkını kullanmak hakkını haiz olduğunu, bin dereden su getirerek, akla yatkın bir tarzda izah edebildiğini farzediniz. Hâkim belki, bu söz ziyafetinden hoşlanıp avukatın hitabet kudretine hayran kalacaktır; fakat her iki halde, yine de davasını reddedecektir. Çünkü Türk Medenî Kanunu'na göre, yeğenin mahfuz hissesi yahut bitişik komşunun şuf'a hakkı kesinlikle söz konusu olamaz. Halbuki aynı avukat, hitabet gücü sayesinde, delillerin zayıflığından, hele yetersizliğinden ustaca faydalanarak, belki müvekkili sanığı beraat ettirmeyi, hiç olmazsa olayda hafifletici sebeplerin varlığını kabul ettirerek, onun daha az bir ceza ile kurtulmasını başaracaktır.

İnandırıcı bir cevap bulamayan bazı meslekdaşların beylik birtakım sözlerden medet umdukları, davada hiç yeri yokken, "vatan, millet" edebiyatına sığındıkları rastlanan hallerdendir. Halbuki "vatan, millet" gibi kavramlar, kutsal tutulması gereken kavramlardır; bunların kötüye kullanılması, hâkim ve dinleyicilerde hiç de iyi bir intiba bırakmaz.

Düşüncesiz yanlış bir cevap vermek yerine, hele yazılı muhakeme usulünde düşünebilmek ve ona göre hazırlanabilmek imkânını kazanmak için uygun bir mehil istemek, elbette ki, daha hayırlıdır; çünkü söz uçar, fakat yazı kalır.

İlgili hâkimin kavrama kabiliyeti yüksek olduğu ve intikal süratine sahip bulunduğu takdirde, sadece yazıda değil, konuşurken de, bir çeşit nakarat ve hele "bozuk plâk" gibi tekrarlardan, veba kadar sakınmak lâzımdır. Çünkü kuvvetli bir hukukçu kendisinin anlayış gücüne güvenilmediği manasına da gelebileceği için alınganlık gösterebilir; fakat herhalde tekrarlardan hoşlanmaz. Ancak istisnaî durumlarda, tekrara başvurulmasının zaruri görülmesi halinde, söylenecek sözler seçilirken, bunlara tekrar havası verilmemesine dikkat etmekte yarar vardır. Hitabet, yüce Allah'ın ancak pek az kuluna ihsan etmiş olduğu bir vergi ve kabiliyettir. Bu kabiliyet ya vardır veya yoktur, sonradan çalışmak yoluyla kazanılabileceğini de pek sanmıyoruz. Ancak, ulu Tanrı, bu hasletten yoksun etmiştir diye, ümitsizliğe kapılıp üzülmeye de gerek yoktur. Elbette ki güzel konuşma yeteneğine sahip olmak daha sevindiricidir; çünkü bu takdirde konuşmacı bu gücünden faydalanarak daha olumlu bir sonuç almak şansına sahip olacaktır. Fakat ne kadar kabiliyetsiz olursa olsun, her avukatın, biraz dikkat ve pratikle zaman içinde öğrenebileceği bir şey vardır ki, o da, öz ve düzgün konuşmaktır. Önemli olan da, aslında budur.

Bu itibarla Amerikan avukatlarından *Samuel G. King,* "Handy Legal Adviser" (Küçük Kanun Klavuzu) adı altında 1949 yılında New York'ta yayınlanmış olan eserinin Önsöz'ünde (s. 3), iyi bir avukatın haiz olması gereken nitelikleri sayarken, dördüncü vasıf olarak, onun, inandırıcı bir biçimde konuşabilmek yeteneğine sahip olması lüzumundan söz eder. Yazar diyor ki: "İyi bir avukat, *iyi bir hatiptir.* O inandırıcı bir tarzda konuşur ve söyleyeceği sözler, aklın gereklerine uygun olur. Bir hâkim veya jüri huzurundaki söz ve savunmaları açık ve inandırıcıdır. Dikkat edilirse, yazarın demek istediği, bir avukatın abartıya kaçmadan, ölçülü ve *inandırıcı* bir biçimde konuşmaya dikkat etmesi gerektiğidir; yoksa her avukattan müstesna bir hatip olması istenemez ve beklenemez, nasıl her şarkı söyleyebilenden operalarda harika bir tenor veya soprano olması beklenemeyeceği gibi.

Yazılarda nasıl ki, sadece konu ile ilgili olan noktalara objektif bir tarzda değinmek, önemli yönleri belirtmek, "sadet" dediğimiz asıl konudan sapmamaya dikkat etmek gerekiyorsa, duruşmalarda söz alırken de aynı yöntemlere uymak gerekir. Ne yazık ki, bazı meslekdaşların, işaret ettiğimiz esasları bir tarafa bırakarak, bazan o sırada duruşma salonunda hazır bulunan müvekkillerinin duygularını tatmin için, bazan davalarına tamamen hâkim olmadıklarını belli etmemek için, uluorta ve haddinden fazla konuştukları, davanın çözümlenmesi ve doğru bir karara

bağlanabilmesi bakımından önemli olan yönlerle hiçbir ilgisi olmadığı halde, karşı tarafa, hasım vekiline dokundurmalarda bulundukları hatta ve hatta, hiç de yakışık almıyan şahsî hücuma geçtikleri, bazan da türlü düşüncelerle hâkime karşı bile çıkışlarda bulunmaktan, hiç sebep yokken ona karşı gelmekten çekinmedikleri görülmektedir. İşte böyle bir davranışı önlemek için Türkiye Barolar Birliği'nce yayınlanmış bulunan Meslek Kuralları'nda avukatın yalnız yazı yazarken değil, *konuşurken* de, düşüncelerini objektif bir biçimde açıklamakla yükümlü olduğu (5. kural); iddia ve savunmanın sırf hukukî yönü ile ilgilenmesi, taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalması gerektiği (6. kural) saptanmıştır. Gerek ilk mahkemelerde, gerekse çok daha dikkatli ve öz konuşulmasına itina gösterilmesi gereken Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek yargı mercilerindeki duruşmalarda, sözlerinin başkan tarafından kesildiğinden yakınan bazı meslekdaşlarımız, insafla düşünecek olurlarsa, kabahatin "biraz" da kendilerinde olduğunu sonradan teslim etmek olgunluğunu göstereceklerdir.

2— Bir hukukçunun hazırcevap olmasının önemi de azımsanamaz; çünkü ânında iyi ve yerinde bir cevap vermek, bir mecliste, bir toplantıda gayet elverişli ve olumlu bir intiba bırakacağı gibi, bir davada sonucu bile tayin edebilir. Hazırcevap olmak, her insana nasip olan bir mazhariyet ve bahtiyarlık değildir. Ancak genel kültürünü zenginleştirmek, faydalı ve özellikle meslekle ilgili değerli kitapları okumak, iç ve dış seyahatlerde gözünü açarak dünyayı öğrenmek, gerçek aydınları dost edinip onlarla fikir alışverişlerinde bulunmak, görüş ufkunu genişletmek için hiçbir fırsatı kaçırmamak, dosyasına tam anlamıyla hâkim olmak sayesinde, bu beceriyi zamanla öğrenmenin mümkün olabileceğini sanıyoruz. Batıda pratiğe hizmet etsin diye bu konuda kitaplar bile yayınlanmaktadır. Uygulama hayatında bu niteliklerle teçhiz edilmiş bir avukatın, celseden sadece birkaç dakika önce bir suretin hasım vekilinden aldığı ve mahkeme koridorunda sıranın gelmesini beklerken gözden geçirdiği uzun bir lâyihaya karşı, hazırcevaplığıyla, birkaç yerinde ve etkili sözle karşılık vererek, meslekdaşının toparlanmasına fırsat bırakmaksızın, duruşmanın sona ermesini sağlamak başarısını gösterebildiğine çok kez tanık olabilmişizdir.

Kitabımızı okumaktan bunalmış olabilecek bazı okuyucularımıza hem biraz nefes aldırmak, hem de bir örnek vermiş olmak için, hayatta hemen her gün karşılaşacakları bir hal olması itibariyle, avukat meslekdaşlarımızın hoşuna gideceğini umduğumuz bir olayı, *Maximilian Weber* tarafından kaleme alınmış "Die schlagfertige Antwort" (Hazırcevap) başlıklı kitabının "Jurisprundenz und Gericht" (Mahkeme İçtihatları ve Mahkeme)ye tahsis olunan bölümünde (s. 222) yer almış bulunan bir olayı Türkçe olarak anlatalım:

Ludwig Uhland'ı en çok kızdıran şey, bazı kimselerin özel hayatında hukukî meselelerle kendisini rahatsız etmeleri idi. Bir akşam bir toplantıda, varlıklı, fakat hasis diye ün yapmış bir bayan yanına sokularak, hukukî meselesini ballandıra ballandıra anlatır. *Uhland*'ın rahat bırakılmak istediğini farkeden bayan özür dileyen bir gülümseyişle şöyle der: "Sayın hukukçu, bir soru sormak her halde para ile olmaz, değil mi?" *Uhland* hemen şu cevabı verir: "Hayır, ama cevabı para ile".

Bu açıklamalardan, sonuç olarak şu *onbeşinci ana kuralı* çıkarabiliriz:

Duruşmalarda az ve ölçülü konuşunuz! Hazırcevap olmaya çalışınız!

§ 16

YARGITAY, DANIŞTAY VE DİĞER MERCİLERDE DURUŞMA

Bir hakkı sözlü olarak açıklamak için kanunlarımızın mahkemelerdeki duruşmalar dışında tanıdığı bir imkân da, kanunun belirlediği şartlar var ise, adlî yargıya ilişkin olarak Yargıtay'da; idarî kaza ve konularda Danıştay'da; alelıtlak vergi ihtilâflarında ise Vergi İtiraz Komisyonları ile Ankara'daki Vergiler Temyiz Komisyonu'nda mürafaa isteyebilmektir. Mürafaanın öztürkçe karşılığı "duruşma" dır; bazan bunun yerine "dinlenme"de denilmektedir. Nitekim vergi ihtilâflarında Vergi Usul Kanunu'nun 385. maddesi gereğince, taraflardan biri istediği veya komisyonca lüzum görüldüğü takdirde, (Vergi) İtiraz Komisyonu'nda taraflar dinlenir. Yine aynı Kanun'un 397. maddesi uyarınca vergilere ait uyuşmazlıklarda temyiz dilekçesinde veya buna verilen cevapta dinlenme istenilmiş ise, Temyiz Komisyonu gününü belirler ve taraflara tebliğ eder. Andığımız bu iki vergi komisyonunda dinlenme isteği bir miktarla kısıtlanmamıştır. Yine 521 numaralı Danıştay Kanunu'nun 78. maddesinin 2. fıkrasındaki "iptal davalarında ve miktarı beşbin lirayı aşan vergi, resim, harç, para cezası, gecikme zamları ve tam yargı davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır" ve aynı maddenin 3. fıkrasındaki "Dava daireleri ile Dava Daireleri Kurulu yukarıki kayıtlarla bağlı olmaksızın duruşma yapılmasına kendiliğinden de karar verebilirler" hükümleri Danıştay'da, duruşma imkânını açık tutmuştur. 1086 numaralı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 3156 sayılı Kanun'la değiştirilmiş bulunan 438. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre Yargıtay, temyiz incelemesini dosya üzerinde yapar. Ancak tüzel kişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına veya feshine, boşanma veya ayrılığa, velâyete, nesebe ve kısıtlamaya ilişkin davalar ile miktar veya değeri iki yüz milyon lirayı aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz dilekçesinde veya tamamlayıcı dilekçe yahut cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını istemiş ise, Yargıtay'ca bir gün belli edilerek taraflara usulen tebligat yapılır. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre Yargıtay, birinci fıkra hükmü ile bağlı olmaksızın, bilgi almak üzere kendiliğinden de duruşma yapılmasına

karar verebilir. Bu demektir ki, Yargıtay'ın gerek görmesi halinde, duruşma yapılması için davanın değerinin, ya da duruşma istenebilecek davalardan olup olmamasının bu yönden bir önemi yoktur.

1412 numaralı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 318. maddesinin 1. cümlesine göre: "Ağır cezaya müteallik hükümlerde Temyiz Mahkemesi tetkikatını, maznunun temyiz istidasındaki talebi üzerine veya dilerse resen duruşma icrası suretiyle yapar". Duruşmada usulü tanzim eden 319. maddede, duruşmanın raportör aza tarafından işin izahı ile başlayacağı, bunu müteakip Cumhuriyet Savcısı'nın, maznun ve müdeafiinin iddialarını beyan ve bunları izah için söz alacakları, bunlar arasında, temyizi talep etmiş olan tarafın önce dinleneceği ve son sözün sanığın olduğu açıklanmıştır.

Bu kanuna ait Gerekçede: "Mahkeme-i Temyiz'in evrak üzerinde vaki olacak tetkikatı, hakkın zayi olmasına sebebiyet verebilir. Bazı noktalar nazarı dikkati celbetmeyebilir" denilmiş olması, kanun koyucunun, duruşmanın lüzum ve faydasına inanmış olduğunu göstermektedir.

Demek oluyor ki, sadece Yargıtay ve Danıştay'a intikal eden işlerde değil, vergi itiraz ve temyiz komisyonlarında da, incelemelerin evrak üzerinde yapılması kaide olup, duruşma suretiyle sözlü izahat verilmesi istisnadır.

Gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri, gerekse Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, Yargıtay'da cereyan edecek duruşmanın nasıl yapılacağı hakkında bir hüküm bulunmamasına karşılık, 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 79. maddesinde, özellikle 4. ve 5. fıkralarında, duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verileceği, taraflar dinlendikten sonra kanun sözcüsünün düşüncesini bildireceği açıklanmıştır*.

Yargıtay ve Danıştay'daki mürafaalarda, tarafların veya vekillerinin izahlarının saptanması için bir zabıt tutulmaz, bu duruşmalarda gıyap usulü de uygulanmaz, ancak ne var ki, taraflardan biri veya vekili haklı bir sebebe dayanarak gelemeyeceğini, bu mazeretini belgelendirmek suretiyle bildirdiği takdirde, duruşma başka güne bırakılır. Yargıtay'daki duruşmalarda teessüs etmiş geleneksel usule göre, taraflara veya vekillerine sadece birer kez söz verilmektedir. Başka bir söyleyişle, taraflardan birisine, karşı tarafın açıklamalarına karşılık vermek üzere tekrar söz verilmez.

(*) Ancak 521 sayılı Danıştay Kanunu 6.11.1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Günümüzde, idarî yargı kararları hakkında başvurulacak kanun yolları (itiraz, temyiz, karar düzeltme vs.) 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nu 45 vd.ki maddelerinde yeralan hükümlere tabidir (S. V. notu).

Duruşmaya çağrılan taraf veya vekillerinden, belli gün ve saatte hangisi gelirse dinlenir; her ikisi de gelmezlerse, kâğıtlar üzerinde inceleme yapmakla yetinilir.

Yargıtay ve Danıştay'da cereyan eden duruşmaların faydalı olup olmadığı konusunda, en yetkili hukukçular arasında bile görüş farklarına rastlanmaktadır. Av. *Volf Çernis*, "Yargıtay'ın Kuruluşunun 100. Yıldönümü Münasebetiyle Bazı Düşünceler" başlıklı makalesinde (Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 53) şu satırları yazmıştır:

"Şahsen Yargıtay duruşmalarını, hukukî müessese olarak, çok faydalı bulanlardanım; çünkü bir temyiz veya ona cevap lâyihası ne kadar esaslı olarak kaleme alınmış olursa olsun, ne de olsa, bir yazı içerisinde boğulup kaldığı için, söz kadar canlı değildir. Bundan başka, sadece dosyadaki kâğıtları okumak suretiyle dava hakkında bilgi edinen Yargıtay üyesi veya yardımcısı, dosya münderacatını ne kadar sadıkane ve titizlikle Kurul'a anlatırsa anlatsın, davayı yaşamış, yıllarca bu uğurda emek vermiş ve Yargıtay duruşması için iyi hazırlanmış bir avukat kadar canlı anlatamaz. 21 yıllık tatbikat hayatımda duruşmalı işlerde, genel olarak, beklediğim sonuçları alabilmem, ihtimal ki, beni böyle bir düşünceye sevketmekte ve duruşma taraftarı kılmaktır. Bundan yirmi yıl önce Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'ndeki bir duruşma sırasında, başkanın bana muhtelif sorular tevcih etmek suretiyle dosyanın en ince ayrıntılarına varıncaya kadar davaya Daire'ce nasıl nüfuz edilmiş bulunduğunu belli eylediğini, hâlâ zevkle hatırlıyorum". Bugünkü Yargıtay Başkanı sayın *İmran Öktem*'in de, Yargıtay'daki duruşmaların faydasına inanmış olması, bu yöne ilişkin düşüncelerimizde yalnız kalmadığımızı göstermek bakımından sevindiricidir. Ankara'da yapılan seminer münasebetiyle kendisi bu konudaki düşüncelerini şöyle ifade etmiştir: "İstinaf mahkemesinin işleyiş tarzına gelince, kanaatimce, bu mahkeme, istinafın caiz olup olmadığı meselesi hariç olmak üzere, işin esasına girdiği takdirde, tarafları *behemehal* dinlemelidir. Aksi halde davaya nüfuz edemez. Temyiz Mahkemesi'ndeki *tecrübelerimiz* de bu fikri haklı göstermektedir; zira mürafaalı işlerde dava dosyası hakkında daha etraflı malûmat edinmekteyiz".

Bu makaleden bu yana on yıl geçmiştir. Fakat her geçen yılın gerek Yargıtay, gerekse Danıştay'da işleri çoğaltmış bulunması karşısında, avukatların gayet kısa konuşmaları yalnız telkin değil, çoğu zaman açıkça tenbih edilmektedir. Buna rağmen, iyi hazırlanılmış olmak, az ve öz olarak sadece hükmün esasına dokunan birkaç noktayı canlandırmak kaydiyle, bu duruşmaların, müdafaa hakkı yönünden bir teminat teşkil ettiği hakkındaki inancımızı muhafaza ediyoruz. Hâlen Yargıtay'da 8. Hukuk Dairesi'nde üye olan sayın *Şükrü Özdemir*'in "1711 sayılı Yasa'nın Getirdiği Sorunlar ve İstanbul'da Düzenlenen Sempozyum" başlığı altında

neşretmiş olduğu makalede (Yargıtay Dergisi, 1976, Sa. 1, s. 54) yer alan şu düşünceye tamamen katılıyoruz: "Temyiz'de duruşma yapılmasının da işleri çoğalttığını ileri sürenler vardır. Biz bu kanıda değiliz. Bazan duruşma yapılması *çok yararlı* olmaktadır. Ancak duruşma yapılacak işlerin değer sınırı yukarıki gerekçeye uygun olarak hiç olmazsa 20.000,- Türk lirasına çıkarılmalıdır".

Bu duruşmalardan bir fayda sağlanabilmesi için, avukatın dosyasına tam anlamıyla hâkim olması, duruşmaya sanki Fakülte'deki mezuniyet imtihanlarına girecekmiş gibi iyice hazırlanması, görüşünü canlı olarak irticalen anlatmakla beraber, bir eksik bırakmamak üzere, önüne kısa bir not koyması ve sadece hukukî sorunun ana hatlarına değinmekle yetinmesi şarttır; yoksa bazı meslekdaşlarımızın yapmakta olduğu gibi, olaydaki tarafların isimlerini zikretmekten tutunuz da, esasa etkili olmasına hiç ihtimal bulunmayan en küçük ayrıntıya dalarak, böylece aynı gün bir öğleden önce ve sonraya sıkıştırılan fazla sayıdaki davaları dinlemek mecburiyetinde kaldıkları için, zaten yorgun bulunmaları tabiî bulunan yüksek hâkimleri daha fazla dikkat sarfetmeye ve deyim yerinde ise, pirincin taşını ayıklamaya zorlamak hem faydalı değildir hem de karşısındakilerinin sabrını yok yere taşırmak sonucunu verir ve çok kez, hiç de hoş olmayan sözün kesilmesine bile yol açar.

Duruşmaya iyi hazırlanan bir avukat, *çok kısa* olarak maddî vakıanın esasını anlattıktan sonra, hukukî sorunun *can alıcı* noktalarının izahına *hemen* geçmelidir. Böyle hareket edildiği takdirde, avukat, âdeta tetkik hâkiminin vazifesini görmüş olur, elverir ki, dosya muhteviyatına tamamen sadık kalmış ve tüm davayı minyatür biçiminde fotoğraf sadakatiyle yansıtmış bulunsun.

Onaltıncı ana kuralımızı şöyle saptayabiliriz:

Duruşmalarda ayrıntıları bir tarafa bırakarak, sadece can alıcı noktaları kısaca açıklamakla yetininiz!

§ 17

ÜSLÛPTA AÇIKLIK VE OBJEKTİFLİK

I— Fikirler arasındaki teselsülün (mantıkî sıralamanın) yanısıra, üslûptaki açıklık da, inandırma gücünü artıran bir etkendir. Daha önce belirtilmiş olduğu üzere, uyuşmazlıkla ilgili olmayan hususlara değinilerek bunların izahına kalkışılması boş yere zaman alır; üstelik bir işe de yaramaz. Diğer yandan bir fikri, açıklığını giderecek bir tarzda kısa ifade etmek de doğru bir davranış olmaz. En büyük hata, okuyan veya dinleyenin nasılsa kendiliğinden tamamlayacağını sanıp, fikirler arasında zorunlu olan bağlılığı ihmal etmektir. Dinleyici veya okuyucunun kavrama gücünü gereksiz yere yormak iyi bir sonuç vermeyeceği gibi, bazı hallerde, çalışmalarımızın tesirlerini de azaltabilir.

Her fikir, ayrı bir cümle ile izah edilmeli, birbirinden ayrı sorunlar satırbaşı yapılarak belirtilmelidir. Vaktiyle Yargıtay'ın henüz "Temyiz Mahkemesi" adını taşıdığı, hayli geçmişte kalan bir dönemde bu Yüksek Mahkeme'nin ve diğer mahkemelerin kararlarında usulden sayılan uzun cümleler çoktan gözden düşmüştür. Son 10-15 yıl içinde çıkmış bazı içtihadı birleştirme kararları, Anayasa Mahkemesi kararları, bu bakımdan örnek olabilecek bir mükemmeliyettedir. Bunlardan bazıları muhtasar olmakla beraber, çoğunda hiçbir noktanın ihmal edilmemiş olması sevindiricidir.

II— Yazının açıklığı ne kadar önemli ise *konuya bağlılığın* önemi de, ondan aşağı değildir. Yazıdaki amaç, onun üslûbunu tayin eder. Mahkeme kararlarındaki üslûp başka, yazılı bir danışmadaki üslûp yine başka olacaktır. Hepsi için ortak yöntem, *sadeliğin* her şeye tercih edilmesi gerektiğidir. Lüzumsuz cümlelerin, gereksiz ayrıntıların, hukukî bir yazıda yeri yoktur. Karşı tarafın ve hele avukat sıfatıyla bir meslekdaşın iddia, savunma ve mütalâaları ile alay edilmemeli, dava dilekçeleri, lâyihaları ve her türlü hukukî yazılarda ileri sürülecek mütalâaların ve vaki olacak beyanların sadece esas ile ilgili olmasına ve buna münhasır kalmasına çok dikkat edilmelidir. Özü bir tarafa bırakıp şahsiyata girişmekten, karşı tarafın veya meslekdaşın kişiliğine saldırı ve sataşmalarda bulunmaktan kesin olarak sakınılmalıdır. Bir kere, bilindiği gibi bu kabil yersiz saldırı ve sataşmaların yer alacağı bir yazı, HUMK'nun

78. maddesinin 2. fıkrasının anladığı manada "münasebetsiz olan evrak" zümresine gireceğinden, mahkemece, yazana iade olunacaktır. Bundan başka, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde yazılı şartların bulunması halinde, haysiyet ve şerefi ihlâl edilmiş olan kimse, manevî tazminat isteyebilecektir; çünkü bu gibi tecavüzler haksız bir fiil teşkil ederler. Diğer taraftan Türk Ceza Kanunu'nun 486. maddesinin 2. fıkrası hükmünden anlaşılacağı üzere, ceza hukuku bakımından bile, dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi, iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti içeren yazıların; tarafların veya vekil, müdafi, müşavir yahut kanunî mümessillerin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, lâyiha veya sair evrak ihtiva ettiği onur kırıcı yazılarından dolayı takibat yapılmayacağı hakkındaki aynı maddenin 1. fıkrası hükmünden hariç tutulmuş oldukları her zaman hatırlanmalıdır. Demek ki, dava ile ilgili olmayan veya ilgili olduğu takdirde bile, iddia ve savunma sınırlarını aşan, hakaret anlamına gelecek yazılar, Türk Ceza Kanunu bakımından suç teşkil ederler. Bu suç, 1136 numaralı "Avukatlık Kanunu"nun 1. maddesinin kamu hizmeti olarak nitelediği bir mesleğin mensubu bulunan bir avukat hakkında görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı işlenmiş olursa, aynı Kanun'un 57. maddesi gereğince, bu suçun hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır.

Türkiye Barolar Birliği tarafından tesbit edilen "Meslek Kuralları"nın dördüncüsünde, avukatın, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda bulunduğu; beşincisinde, avukatın yazarken de konuşurken de, düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklaması gerektiği, meslekî çalışmasında avukatın hukuk ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmaya özenmesi lâzım geldiği ve altıncısında da, avukatın iddia ve savunmanın sadece hukukî yönü ile ilgili olup, taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalması icap ettiği belirtilmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2.5.1975 gün, E. 1974/1160 ve K. 1975/5782 sayılı yeni bir kararında (Yargıtay Kararları Dergisi, 1976 Şubat C. 2, S. 2, s. 157-161) bu konudaki düşüncelerini açıklamak fırsatını bulmuştur. Karardan anlaşıldığına göre, avukat olan davalıdan 30.000 lira manevî tazminat isteyen davacı avukatın bir dilekçesinde kendisine "sicilli bir dolandırıcı" demek suretiyle hakaret edip kişilik haklarını ihlâl ettiğinden söz ederek davasını bu temele dayandırmış; davalı avukat ise davacı hakkında açılan emniyeti suiistimal ve dolandırıcılık davalarından söz etmenin müdafaa gereği bulunduğunu ve böylece ancak savunma hakkının kullanılmış olduğunu, hakaret kastının olmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme davayı reddetmiştir. Davacının temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, şu etraflı gerekçelerle avukat lehindeki red hükmünü oybirliğiyle onamıştır:

"Dosya münderecatına ve tarafların beyan ve ikrarlarına göre 6.2.1973 günlü dilekçenin davalı tarafından yazıldığı yönünde uyuşmazlık yoktur. Bu itibarla kesin bir sonuca ulaşabilmek için, avukatlık mesleği avukatların görevlerinin niteliği, hak ve yetkileri, özellikle savunma hakkının nitelik ve kapsamı üzerinde durulmasında yarar vardır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 1, 2 ve 34, 35. maddelerinin birlikte incelenmesinden çıkan sonuç şudur: Avukatlık, kamu hizmeti niteliğinde bir serbest meslektir ve bu mesleğin amacı, avukatların hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine bağlama, tarafların hukukî ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların hakka uygun olarak çözümlenmesinde ve genel olarak mahkemelerle diğer resmî mercilerde yasaların tam olarak uygulanması konusunda yardımda bulunmaktır. Çünkü avukat, sözleşme ile üzerine aldığı işin yapılmasında ne müvekkilinin buyruğu altında ve ne de onun çıkarları ve yararları peşindedir (Feridun *Müderrisoğlu* - Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi - Ankara 1974 - s. 9 vd.). Onun ödevi, kısaca hukukun üstün tutulmasında yargı organlarına, hakemlere, resmî ve özel kurumlara yardımcı olmak ve dolayısıyla müvekkilini bu doğrultuda yararlandırmaktır.

Doktrinde genellikle kabul edilen baskın görüş, savunma durumunda olan kişilerin ya da onları savunmakla görevli olan avukatların karşı tarafın, tanıkların, bilirkişilerin kişisel haklarını ihlâl edici iddialar ileri sürmek *zorunluğunda* kalabilecekleri hususudur. *Özellikle avukata, mesleğini icra ederken, geniş bir serbesti tanımak lâzımdır.* Avukat, müvekkilinin verdiği bilgiden, bunların gerçeğe uygun olup olmadıklarını bizzat araştırmak zorunluğunda olmaksızın, davada yararlanmaya izinli olmalıdır. Avukat, temsil ettiği tarafın çıkarlarını, öteki tarafın bundan doğabilecek zararlarını düşünmeden sert ve hatta merhametsiz bir biçimde savunmak durumundadır [A. *Egger* - İsviçre Medenî Kanunu Şerhi - I. Cilt - Giriş ve Kişinin Hukuku - Ankara - 1947 - Volf *Çernis* çevirisi - s. 299, N. 61/c; M. R. *Karahasan* - Tazminat Davaları - İstanbul 1970 - s. 559; Nisim İ. *Franko* - Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevî Zararın Tazmini - Ankara 1973 - s. 110 vd.]. Çünkü avukatın yüklendiği meslekî ve toplumsal görev bunu gerektirir. Nitekim, TCK.'nun 486. maddesi hükmünde, bir tür "savunma dokunulmazlığı" açıkça benimsenmiş ve savunma sınırını aşmamak, yersiz ve icapsız olmamak koşulu ile bir dava sırasında iki taraf veya vekillerince dava hakkında mahkemeye verilen dilekçelerle *sözlü savunmada* sarfedilen şeref ve haysiyet kırıcı sözlerden ötürü kovuşturma yapılamayacağı, diğer bir deyimle cezaî sorumluluğun benimsenmeyeceği öngörülmüştür. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, savunma dokunulmazlığı denilebilecek olan bu hak, mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim, TCK.'nun anılan maddesinin 3. fıkrasında açıkça, talep halinde manevî tazminata hükmedilebileceği yani hukukî sorumluluğun mevcut olduğu kabul edilmiştir. Hatta, Anayasa Mahkemesi 8.6.1965 gün ve 963/169 Esas, 965/36 Karar sayılı kararında anılan hükmün Anayasa'ya

aykırı olmadığını kabul etmek suretiyle de bu hakka bir sınır tanındığını tescil etmiş bulunmaktadır. Kaldı ki, HUMK.'nun 70 ve 78. maddeleri hükümleri de dolaylı olarak böyle bir sınırın var olduğunu kabul ile avukat tarafından yapılan savunmada, kişisel hakların ihlâli halinde *bunun savunma nedeniyle bir mazeret teşkil etmeyeceğini* ve özellikle okunamayan ve münasebetsiz olan belgelerin iade edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

O halde, kesin olarak denilebilir ki, savunma dokunulmazlığının da bir sınırı mevcuttur ve bu sınır, *Egger*'in de açıkça belirttiği gibi (age, s. 299) haklı yararları korumanın çizdiği sınır ile sınırlıdır. Diğer bir deyimle dava ile korunan çıkarın haklı gösterdiğinden öteye gitmeyen, bir taşkınlık teşkil etmeyen, hakkın korunması için gerekli bulunan ve yersiz biçimde saldırgan olmayan, *objektif bir üslûpla yapılan savunma hukuka aykırı* değildir (*Karahasan,* age, s. 559). Buna karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarının korunmasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif bir tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle, karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, bu savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır. Bu bakımdan, savunma sınırının saptanmasında her şeyden önce, iddia ve savunmaların karşı tarafın kişiliğini ihlâl edici görülen bölümlerinin bağımsız olarak değil, bütün içindeki yerine göre ve bu çerçeve içinde değerlendirilmesi ve bu yol ile savunmanın hukuka aykırı olup olmadığı yönünün belli edilmesi gerekir.

Davaya konu edilen 6.2.1973 günlü dilekçe incelendikte; davalının, müvekkili Sedat adına İstanbul Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'ne açtığı 1973/19 olumsuz tesbit davasının dilekçesi olduğu ve bu dilekçenin 3. paragrafında aynen "Kısaca arz olunan bu vakıayı müteakip adı geçen davalı B. Karadayı hakkında yapılmak zaruretinde kalınan tahkikat neticesinde, maalesef *kendisinin sicilli bir dolandırıcı olduğu anlaşılmıştır.* Filhakika Resmi Gazete'nin 21 Nisan 1971 günlü nüshasında, İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 970/275 sayılı kararı olarak yapılan ilânda, bu davalının 8 adet çeşitli suçlardan mahkûmiyeti olduğu anlaşılmıştır. Halen davamıza mevzu yapılan hâdise sebebiyle de İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nde 972/669 dosya numarası ile ve sanık sıfatiyle B. Karadayı aleyhine emniyeti suiistimal ve dolandırıcılıktan kamu davası açılmış ve derdest bulunmaktadır" dendiği anlaşılmıştır.

Gerçekten mübrez Resmî Gazete'nin 15. sayfasındaki İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen ve ilân edilen kararla, davacının muhtelif suçlardan ötürü 8 adet kesinleşmiş mahkûmiyeti bulunduğu ve 5677, 113 ve 134 yasalı Af Yasa'larına dayanılarak (memnu haklarının iade edildiği) sabittir. Sedat vekili sıfatıyla davalı avukat tarafından açılan olumsuz tesbit

davası nitelikçe, sahte olarak düzenlenmiş bonunun istirdadı ve böyle bir bono ile borçlu olmadıklarının tesbitine ilişkindir. *Bu nitelikteki* davalarda tarafların kişiliklerinin önemli olduğu yolundaki davalının kanısı objektif bir düşünceye dayanabilir. Nitekim davalı, davacının kişiliği hakkında tahkikat yaptığını ileri sürerek aynen (maalesef, kendisinin sicilli bir dolandırıcı olduğu anlaşılmıştır) şeklindeki sözleri ile ve *belgelerini de ibraz ederek,* vekil sıfatiyle tâkip ettiği davanın amacına ve esasına *yararlı ve etkili, hatta zorunlu olduğu kanısiyle* objektif bir savunmada bulunmuştur. Bu yön savunma hakkının ceza yasasınca da benimsenen sorumsuzluğu ve üstünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Yazının *yazılış şekil ve tarzı,* davalının amacının yalnız ve sadece davacının kişisel haklarını ihlâl kastı ile hareket etmediğini göstermektedir. O halde mahkemenin de kararında belirttiği gibi, davalının bu davranışı hukuka aykırı görülmemiş ve davanın reddine ilişkin kararın yazılı nedenlerle onanması gerektiği sonucuna varılmıştır".

Bu konuda tanınmış hukuk eserlerine bir göz gezdirmek çok faydalı olacaktır. Prof. A. *Egger* tarafından yazılıp Adalet Bakanlığı'mızca Türkçe'ye çevirtilmiş bulunan ünlü Zürich Şerhi takımının birinci cildini teşkil eden "Giriş ve Kişinin Hukuku" (Çeviren: *Volf Çernis*, Ankara 1947) adlı eserin 28. maddeye ilişkin şerhinin 62 numaralı bahsinde (sözü geçen eserin Türkçe tercümesi, s. 299) *Egger* şu yönlere dikkati çekmektedir: "... Avukata, mesleğini icra ederken bilhassa *geniş tutulmuş bir serbesti* tanımak lâzımdır. O, müvekkilinin verdiği malûmattan, bunların hakikate uygun olup olmadıklarını bizzat araştırmak mecburiyetinde olmaksızın, davada istifade etmeye mezun olmalıdır. O, vekili olduğu tarafın menfaatlerini, vaziyetten izahı kabil olan tam bir merhametsizlikle müdafaa edebilir. *Fakat o dahi, haklı menfaatleri korumanın çizdiği sınır önünde durmak zorundadır:* Hasım tarafın *şahsî münasebetlerini* rencide edebilecek mahiyette olan maruzatı, *davanın maksadı haklı göstermelidir;* bu maruzat *esasa yaramalı,* hatta *zaruri olmalıdır.* Federal Mahkeme bu gibi beyanlarda, bunların "hakların ve menfaatlerin *müdafaası için zaruri olan hadde* sıkı sıkıya münhasır bulunmasını" arıyor. Beyanlar, daha *şekil bakımından bile haysiyete* bir tecavüz teşkil etmemeli ve aksi bilindiği halde, tarizlerde bulunulmuş olmamalıdır".

Bern Şerhi takımında VI. cildi teşkil eden "Borçlar Hukuku" kısmını yazmış olan *H. Becker,* "Obligationenrecht" (Bern 1941) adlı eserinin 49. madde şerhinin 4 numaralı bahsinde ruhî huzurun bozulmasının, şeref ve haysiyetin haleldar edilmesinin şahsî menfaatlerin haksız olarak ihlâlini tazammun edeceğini beyan ettikten sonra, 5 numaralı bahiste *davadaki iddiaların, ancak hukukî durumun müdafaası maksadıyla vâki olup da* ilgilinin bunların doğru olmadığını bilebilecek durumda olmaması ve üstelik ifade *şeklinin dahi haddizatında haysiyeti muhil bulunmaması halinde* hukuka aykırı bulunmayacağını ve 9 numaralı bahiste de, bir rivayeti yayanın bizzat bunun doğru olmadığı düşüncesinde bulunması

halinde, bunun *ağır bir kusur teşkil* edeceğini ifade etmiştir. Böylece yazar haysiyete dokunacak iddiaların *ancak* doğru bulunması veya doğruluğuna inanılmakta mazur bulunulmuş olması halinde manevî tazminatı gerektirmeyeceğini kabul etmektedir.

Şunu da unutmayalım ki, hasmın veya vekilinin şahsını hedef tutan yakışıksız bir sataşma, davanın özü ile ilgili inandırıcı bir cevap bekleyen hassas ve bilgili bir hâkimde tepki yaratacak ve cevap vermekten âciz kalındığı için bu çirkin tutumun tercih edildiği intibaını verecektir.

İşte bunca kanunî ve diğer müeyyideleri ve büyük sakıncaları bulunmasına rağmen, uygulamada bazı avukatların, kendilerini öfkeye kaptırarak, davanın esasını kenara itip, karşı taraf veya vekilinin şahsına karşı saldırı ve sataşmalara giriştikleri ve bunun, ne yazık ki, hayli yaygın bir hal olduğu görülmektedir.

Nitekim, bazan o anda akla estiği gibi gelişigüzel yazı yazıldığı için "Bu iddia (veya savunma) çok gülünçtür" yahut "davacı (veya davalı) *vekili,* hakikatleri *tahrif* etmektedir" gibi iddia veya savunmanın ciddiyeti ile hiç bağdaşmayan ibarelere lâyihalarda yer verilmekte olduğu, bilinmemezliğe gelinmesinde fayda olmayan bir vakıadır.

Bu gibi hallerin önüne geçmenin en etkili çaresi, başta Türkiye Barolar Birliği olmak üzere, her baronun; bundan başka mahkemeler ile Yargıtay'ın ve diğer yüksek mercilerin, her insanın en kutsal ve aziz varlığı olan haysiyet ve şerefin korunması hususunda uyanık bekçilik görevini yaparak bunlara hiç hoşgörü göstermemeleridir.

Yazı ve cevaplarda tek amaç fikirlerinizi, bunların gücüne ve doğruluğuna inandırarak, kabul ettirmekten ibarettir; yoksa gelişigüzel birtakım beyanlarla karşı tarafı küçük düşürmek ve böylece ona eza vermek değil! Bu itibarla "*Fortiter in re, suaviter in modo*!" (*Konuda güçlü, müdafaada nazik ol*!) ilkesi, her hukukî ispata hâkim olmalıdır.

İşlenebilecek en büyük hata hasmın ileri sürdüğü mucip sebeplere, bunlar sanki ileri sürülmemiş gibi hiç değinmemektir. Böyle bir tutum, kendi fikrimizin kuvvetli ve inandırıcı olmadığını gösterir.

III— Son olarak ifade biçiminden de kısaca söz etmek yararlı olacaktır.

Her meslekte ve hele yüksek tahsili gerektiren doktorluk, mimarlık ve mühendislik gibi mesleklerde, ana dilin iyice bilinmesi lüzumludur. Fakat her kelimenin tartılarak söylenmesi ve yazılmasının, her terimin üzerinde titrenmesinin vazgeçilmez bir unsur olduğu hukukçulukta (özellikle avukatlık mesleğinde) dil ustalığı ve hâkimiyeti, başarıya götürecek temellerin en önemlilerinden biridir. Bu itibarla, Türkiye'de avukat veya hâkim olarak vazife görecek olanların, bütün incelikleriyle

Türkçe'yi mükemmel bilmeleri şarttır. Liselerin en önemli amaçlarından biri, yetiştirdikleri öğrenciye, kendi ana dilinde fikirlerini gereği gibi ifade edebilmek gücünü aşılamaktır. Ne var ki, doğrusunu söylemek gerekirse, öğrencilerin çoğunluğu, gönlünün dilediği gibi iyi yazı yazmak kudretinden yoksundur; üstelik onların imlâ bilgileri yetersizdir. İstenildiği gibi yetişmiş olarak fakültelere gelmeyen gençler, üniversite öğrenimi sırasında, çalışmalarını hukuk derslerine yoğunlaştırdıkları için, dil bakımından olan noksanlarını telâfi edememektedirler.

Musikide "maestro" her notaya hâkim olan sanatkâra denilir. Hukukçu da, kelimeleri tartmasını, onlara en isabetli anlamı vermesini ve sözcükleri yerinde kullanmasını bilen kimse demektir. Böyle olunca, kelimelerin seçiminde çok dikkatli olmak, tumturaklı terimlere sığınmaktan çekinmek gerektir. Özellikle son 30-40 yıl içinde Türk dili sürekli bir değişme içinde olup hukuk dili de bunun etkisi altında bulunmaktadır. Bu hususta ifrattan kaçalım derken tefrite düşmemek ve büyük filozof *Aristoteles*"in salık verdiği "*ortalama* altın yol"dan ayrılmamak; başka bir söyleyişle yaşayan hukuk dilini kullanmak en doğru ve hayırlı bir tutum olur. Bizce en iyisi, ilgili kanun veya mevzuatta geçen terimlere kabil olduğu kadar sadık kalmaktır. Bu itibarla, örneğin "sosyete", "aksiyon", "statü" ve buna benzer kelimelerin kullanılmasını, bunlar kanun metnine girmiş olmadıkça, doğru bulmuyoruz. Bundan başka, bilhassa hukukî terimlerde en küçük anlam farklarına, Fransızca deyimiyle "nuance"lara dikkat etmekte büyük yarar vardır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, eski Arapça terkipler yerine öztürkçe terimleri kullanmayı uygun görmüş bulunduğundan, dil bakımından bu doğrultuda davranmak isabetli bir hareket olur.

İlmî terimlere gelince; bunlar kanunda yer almış olmadıkça herkes fikrini beğendiği kelimeler ile anlatabilir; elverir ki okuyan veya dinleyen yazılan veya söyleneni anlayabilsin. Anck şu da var ki, bu alanda büyük bir inkılâp geçirmekte olduğumuz unutulmamalıdır. Yine her hukukçu, Osmanlıca'nın yerine artık Türkçe'nin geçtiğini ve iyiden iyiye yerleşmiş bulunduğunu hatırından çıkarmamalıdır. Canlı bir varlık olan dil de, daimi bir istihale içindedir, ömrünü yitirmiş bulunan eski kelimeler atılır, bunların yerine yenileri geçer. Şu halde, burada da parolamız: *anlaşılabilirlik* olmalıdır.

Onyedinci ana kural:

Fikirinizi açık olarak anlatınız! Üslûbunuz, herkesin, fakat özellikle halkın bile anlayabileceği bir üslûp olmalıdır!

İKİNCİ BÖLÜM

ÖRNEKLER

I

TİCARETTE SUSMA

A

Mesele

Ankara'da ikamet eden tâcir A, tellâl T'nin aracılığı ile İstanbul'da oturan tâcir S'den aşağıdaki şartlara göre 200 çuval pirinç satın alıyor:

"1) Satış muamelesi S'nin tasdikinden sonra geçerli olacaktır.

2) Alıcı, pirinci iki aylık bir süre içinde, istediği zaman aldırtabilir.

3) A, sözleşmenin akdi tarihinden bir hafta içinde, tellâl bordrosunda gösterilen çeşitli nevi pirinçlerden birini seçebilir. Bu müddet içinde seçim hakkı kullanılmamış ise, bu hak S'ye geçecektir.

4) Diğer hususlarda bu tür satışlarda olağan ve müteamel şartlar uygulanacaktır".

Tellâl bordrosunun tevdiinden birkaç gün sonra S, mektubunun arka tarafında yazılı basılı koşullar altında sözleşmeyi kabul ve tasdik ettiğini diğer tarafa bildiriyor.

Kararlaştırılan bir haftalık süre içinde A'dan haber çıkmayınca (bu müddet içinde A'nın bordroda yazılı pirinç nevilerinden birini seçmesi öngörülmüştü) S, (a), (b), (c) ve (d) nevilerinden ellişer çuval ayırarak, bunu bir mektupla A'ya haber veriyor. Fakat mektubun suretini kendine çıkarıp alıkoymayı her nedense unutuyor. A, yine cevap vermiyor. Aradan iki ay gibi uzunca bir müddet geçiyor. S, işlemi pek iyi hatırlayamadığından, A'ya bir mektup daha yazıyor; seçtiği pirinç nevilerini bildirmesini rica ediyor. A, bu mektuba da cevap vermiyor. Bunun üzerine S, (e) ve (f) nevilerinden yüzer çuval ayırarak, malların bir

an önce aldırtılmasını A'ya yazıyor. A, bu mektuba da cevap vermeyince S, malların aldırtılması için son bir mühlet veriyor ve bu mallar bir ay içinde aldırtılmadığı takdirde, açık artırma ile sattırılacağını ihbar ediyor. Bu bir aylık süre geçtikten sonra S, mahkemeye başvurarak, seçtiği (e) ve (f) nevilerinden yüzer çuval pirinci, açık artırmaya koydurtuyor ve A'ya müzayedenin yer ve tarihini bildiriyor.

Açık artırma günü mallar çok düşük bir fiyat ile S'ye ihale ediliyor.

Artırmadan sonra S, mektubundaki basılı "yetki" şartına dayanarak, İstanbul ticaret mahkemelerinin birinde dava açıyor.

Bu davada S, artırma bedelini icra memurluğundan almış olduğundan, ihale bedeli ile kararlaştırılmış fiyat arasındaki farkın, masraflarla birlikte ödenmesini istiyor.

A, yetki itirazında bulunuyor ve pirinç işlerinde hakeme başvurulmasının olağan bir usul olduğunu ve bunu S'nin de bildiğini ileri sürüyor. Esas hakkındaki itirazlarına gelince; A, S'nin, açık artırmaya çıkarmak hakkını reddediyor. Artırmaya çıkarma hakkının varlığı kabul edilse bile, satılan malların, temerrüdü gerektiren mallardan olmadığı gibi, S'nin artırmaya katılmaya ve arttırma bedelini almaya selâhiyetli olmadığını ve artırmadan zarar görmediğini, malları ucuz bir fiyat ile edindiği için, normal bir fiyat ile başkasına satmak olasılığının onun için daima var olduğunu iddia ediyor.

Kararınız nedir?

B

Sorunun çözümü

I— *Yetki*: Sözleşme ile tersi kararlaştırılmamış ise, satıcı, satış parasını ancak alıcının kanunî ikametgâhında dava edebilir. O halde, yetkili mahkeme, İstanbul değil, Ankara mahkemesidir. Ne var ki, S'nin gönderdiği mektuptaki şartlarda, yetkili mahkeme olarak İstanbul gösterilmiştir.

Bu duruma göre, yetkiye ilişkin basılı şartın, sözleşmenin bir parçası sayılabilip sayılamayacağı, araştırılmalıdır.

Bu sorunun cevabı, sözleşmenin yapılması ile yakından ilgilidir. S ile A arasında yapılması düşünülen sözleşme aktedilmiş midir; edilmiş ise, hangi şartlar altında edilmiştir?

1— TTK'nun 100. maddesine göre ticaret tellâlının vazifesi "ticarî işlere müteallik mukavelelerin akdi hususunda taraflar arasında aracılık yapmaktır". 101. maddeye göre de tellâl, kanunen belli edilen iki hal

dışında, muamele yapıldıktan sonra, taraflardan her birine, tarafların ad ve soy adlarını ve mukavelenin mevzuu ve şartlarını, hususiyle, emtia veya kıymetli evrak alım satımlarında, bunların nevini, miktarını, fiyatını ve teslim zamanını gösteren ve kendi imzasını taşıyan bir bordro vermek zorundadır. Hâdisemizde tellâl, kanunun sözü geçen hükümlerini yerine getirmiştir.

Bordro, aracılık teklifinde bulunulduğunu teklif etmekle beraber, sözleşmenin *hukuken* akdedildiğine delil sayılmaz; çünkü sözleşmenin akdi yönü, ispatı kabil maddî vakıalardan olmayıp hukukî bir sorundur.

Tellâlın asıl görevi aracılık olup, sözleşmeyi bizzat yapma yetkisi olmadığı için, sözleşme ancak tarafların doğrudan doğruya veya tellâlın aracılık ve delâletiyle beyan edecekleri rızaların birleşmesi ile vücuda gelebilir. Bundan başka, her iki taraf bordroyu itirazsız kabul etmişse, bu halde de, aktin inikat etmiş olduğu sonucuna varabiliriz. Tarafların bordroya itiraz etmemeleri, bunun sözleşme şartlarına uygun olduğunu ve sözleşmenin bu koşullar altında düşünüldüğünü üstü kapalı olarak (zımnen) gösterir (BK m. 6). Bununla beraber, itirazsız kabulün icazet mahiyetinde sayılabilmesi için, sözleşme koşullarına ilişkin hiçbir ihtirazî kaydı içermemesi gerekir. Meselemizde ise böyle bir kayıt vardır. Sorunumuzda aktin inikadı, satıcının tasdiki koşuluna talik edilmiştir. Genel olarak tellâllar, akidlerden biri tarafından yapılan icabı (öneriyi), diğer âkid namına kabule yetkili olmayıp, ancak bir muhbir gibi sadece iletmeye izinlidirler. Bu gibi durumlarda gerçi aktin doğumu için gereken bütün işlemler yapılmıştır; fakat muamele, diğer tarafça tasdik edilmedikçe askıdadır.

2— Satım aktinin, bordroya göre "mutad şartlar" altında yapılması gerekirken S, akdi, mektubunda yazılı basılı şartlar altında tasdik etmiştir. Görülüyor ki S'nin beyanı sözleşmeyi olduğu gibi tasdik etmiyor, tam tersine değişik koşullar koyuyor. Böyle olunca S'nin, icabı (öneriyi) reddettiğini ve red ile birlikte, mektubunda yazılı basılı şartlar altında yeni bir icapta (öneride) bulunduğunu kabul etmek lâzım gelmektedir. Bu yeni icaba karşı A, susmuştur. Borçlar Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca susma, ancak hal ve duruma göre, açık bir kabul beklenmeyen hallerde, icabın (önerinin) kabulü anlamına gelir. Ticaret hukuku alanında susma, kural olarak, kabul niteliğinde sayılamaz; daha doğrusu, susmanın kabul mahiyetinde nitelenip nitelenmeyeceği, taraflar arasındaki duruma bağlıdır. Taraflar, sürekli olarak ticarî ilişki halinde bulunuyor iseler, bu halde susma, kabul mahiyetinde sayılır. Bu şart, meselemizde gerçekleşmemiştir; çünkü taraflar henüz pazarlık safhasını aşmış değildirler. Bu gibi hallerde, muamelenin bir kez de, yazı ile teyit ve tekidi, aktin inikadı bakımından büyük önemi haizdir. Her iki taraf, pazarlık yaparken, bu pazarlığın akitte hazırlayıcı bir aşama teşkil ettiğini

ve akdin, teyit mektupları teati edildikten sonra tekemmül edeceğini bilirler.

Türk Ticaret Kanunu'nun 23. maddesinin son fıkrasına göre, şifahen, telefon veya telgrafla yapılan mukavelelerin veya beyanların muhtevasını teyit eden bir yazıyı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde bir itirazda bulunmamışsa, teyit mektubunun, yapılan mukaveleye ve beyanlara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır. Öyle olunca herhangi bir muamelenin yazı ile teyit edilmiş olması halinde eğer teyit yazısı taraflardan birinin düşüncesine göre, görüşülen esaslardan sapıyorsa, o taraf buna derhal cevap vermelidir.

Mektubun ilgili sayfasının arakasındaki basılı şartlara gelince; bunları aktin bir parçası sayabilmek için sadece basılmış olmaları yeterli değildir. Muhatap akitte görüşülmüş bulunan şartlardan başka, birtakım koşulların söz konusu olduğunu mektubun metninden açık bir tarzda çıkarabilmelidir. Bu şart, meselemizde gerçekleşmiştir. Şu halde, davada İstanbul mahkemesi yetkilidir; çünkü pirinç ticaretinde olağan olan âdetler yerine S'nin basılı şartları geçmese bile, tahkim şartı ancak yazılı olabilir (HUMK m. 517) A ise, S'nin mektubunu yazı ile teyit etmiş değildir.

II— Davanın esası:

1- Satım sözleşmesine göre A, bordroda yazılı nevilerden beğendiklerini, bir hafta içinde saptayacak ve seçim hakkını bu süre içinde kullanmadığı takdirde bu hak, S'ye geçecektir.

Aktin esaslı unsurları tamam olduğundan, Borçlar Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanmasına yer yoktur. Alıcıya çeşitli nevilerden bir veya birkaçını seçmek hakkı verilmiştir, yani satım akdi, çeşidi belli birden fazla mala ilişkindir. Olayımızda, konusu belli bir maldan söz edilemeyeceği gibi, çeşidi belli tek bir maldan da bahsedilemez. Buradaki satım akti seçimli bir satım sözleşmesi olup Borçlar Kanunu'nun 71. maddesi hükmüne girer.

a) BK'nun 71. maddesine göre, işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, seçim hakkı borçluya aittir. Kanunun metninden de anlaşılacağı gibi, bu hüküm, emredici hükümlerden değildir. Taraflar bunun tersini kararlaştırabilirler. Meselemizde seçim hakkı, belli bir süre içinde kullanılmış olmak kaydıyla, ilkin A'ya, yani alacaklıya verilmiştir; ancak bu süre içinde sözü geçen hak kullanılmadığı takdirdedir ki bu hak, borçlu S'ye geçmiş olacaktır. Seçim, borçluya yönelik bir beyanla olur. Bu beyanın borçluya ulaşmasıyla seçim yapılmış, aktin mahiyetine göre seçilen borç, çeşidi belli bir tek borca veya bir parça borcuna dönüşmüştür. Bu andan itibaren akit, sanki tek bir borç için yapılmış gibidir ve borçlu bu malı, aktin başında taahhüt etmişçesine borçlanmış olur.

Meselemizde A, seçim hakkını kullanmış olmadığı için bu hak S'ye geçmiş ve S, ilk seçimde (a), (b), (c) ve (d) nevilerinden ellişer çuval -toplam olarak 200 çuval- pirinç ayırmıştı. Demek oluyor ki ilk seçimde borcun konusu (a), (b), (c) ve (d) nevilerinden ellişer çuval pirinçtir. Fakat S, ilk seçimi unutarak, ikinci bir seçim daha yapmış ve artırmada (a), (b), (c) ve (d) nevilerinden ellişer çuval yerine, (e) ve (f) nevilerinden yüzer çuval pirinç sattırmıştır. Bu yönde A'nın itirazı haklıdır. O halde S, davayı kaybedecek demektir, *meğer ki ikinci seçimi geçerli tutulabilsin.*

b) Seçime ait beyan bir rıza beyanı olduğundan hata, hile ikrah gibi rızayı bozan sebeplerden biri ile muallel olduğu takdirde diğer beyanlar gibi feshedilebilir; fakat bu hallerin dışında bundan dönülemez.

S'nin, ilk seçimi feshettiğini gösteren herhangi bir belirti yoktur. Onun davranışından, sözleşme yöntemlerini değiştirmek istediği manası çıkarılabilir. S, A'ya yeni bir fırsat vermek arzusunda olmakla beraber, bu fırsattan faydalanmadığı takdirde, ikinci bir seçim yapmak hakkını, kendisi için saklı tutmak istemiştir. Hukuk bakımından beyanın A tarafından nasıl anlaşıldığı rol oynadığından, S'nin ikinci teklifi yaparken, ilk seçimi hatırlamış olması ya da olmaması, önemli değildir. Diğer yandan borç ilişkilerinin değiştirilmesi ikinci bir anlaşma yapılmış olmasına bağlı bulunduğundan, ikinci teklifin de A tarafından kabulü gerekmektedir. A, olayın oluş biçiminden anlaşılacağı üzere, bu halde de susmakla yetinmiştir.

Yukarıda 1 numaralı paragrafın 2 numaralı bahsinde izah edildiği üzere, tacirler arasında, susma ilke olarak kabul diye nitelenemez; o halde A'nın susması yorumlanmalıdır.

Ticarî işlerde yürürlükte olan genel prensiplere göre, taraflardan biri, sebep yokken sözleşmeyi bozar ve diğer taraf bu bozma teklifine cevap vermezse, onun susmasından, feshi kabul ettiği sonucuna varılamaz. Fakat bazen öyle haller vardır ki, onlarda, susmayı kabul diye yorumlamak gerekir. İşte, bu hal, meselemizde vardır:

S, sözleşmeden caymak niyetinde değildir. Kendisi, sadece sözleşmenin konusunu değiştirmek istemiş ve bu arzusunu A'ya bildirerek, ona ikinci bir fırsat daha vermiştir. A, bu son teklifi kabul etseydi zarar değil, ancak fayda görmüş olacaktı; çünkü bu teklifle A, ilk seçimi kabul veya reddetmek, ya da kendi dileğine göre, seçim yapma olanağına kavuşmuş olacaktır. Ne var ki, eğer birinci seçime dönmek niyetinde idiyse, tacirler arasında yürürlükte olan âdetlere göre, bunu uygun bir süre içinde bildirmeli ve ilk seçime dikkati çekerek, artık ikincisine geçilemeyeceğini anlatmalı idi. Susunca, S, A'nın bu olanak ve fırsatlardan yararlanmak niyetinde olmadığı, seçim hakkını ona bıraktığı anlamını çıkarmakta haklıdır. Bu durum karşısında sözleşmenin değiştirilmesine rıza gösterildiği kabul olunabilir. İlk seçim değişikliğe

uğradığı için S (a), (b), (c) ve (d) nevileri yerine, (e), (f) nevilerinden yüzer çuval pirinç borçlanmış olmaktadır.

c) A'nın susuşuna bu anlamı vermek mümkün görülmese bile, itirazı kabul olunamaz. Bir an için S'nin teklifine cevap vermek zorunda olmadığını düşünelim. İkinci seçim mektubunu aldığı zaman fikrini bildirmesi gerekmez mi idi? Buradaki davranış tarzı, A'nın; S'nin zararına olarak spekülasyon yapmak ve S'yi bilerek tereddüt içinde bırakmak istediğini gösterir. Örneğin S, ilk seçimi hatırlayarak birinci mektubunda seçtiği (a), (b), (c) ve (d) çeşitlerini sattırmış ve fiyat farkını A'dan istemiş olsaydı, belki A, ikinci seçimi ileri sürerek, yanlış malların satıldığını iddia edecekti. A, arttırma anına kadar S'yi bilerek tereddüt ve kuşku içerisinde bırakmış olduğundan, ilk seçime dönmesi iyiniyet kurallarına aykırıdır; hatta o kadar ki, bunu hile olarak nitelemek bile hatalı olmayabilir (MK. m. 2).

2— a) Belli bir süre içinde malı teslim almak üzere yapılan bir satım akti, şarta muallâk bir muamele olmayıp, alıcıya yalnız malı bu süre içinde aldırtmak hakkını verir ve bu yükümlülüğü ona yükler. Süre sözleşme ile kararlaştırılmamış ise, müddet taraflar arasındaki ilişkinin mahiyetine veya cari âdetlere göre saptanır. Vadeli satışlarda, borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için, alacaklının malları aldırtmak istediğini ihbar etmesi gerekir. İhbar, satıcının harekete geçebilmesi için hazırlayıcı bir muameledir. Alıcı bu işlemi yerine getirmedikçe, satıcı malların ne zaman teslim alınacağını saptayamaz. Bunun için ihbar keyfiyeti, satım akdine bağlı ikinci derecede bir mükellefiyet olarak nitelenmelidir.

Bu süre olayımızda iki ay olarak tesbit edildiği ve başlangıcı kesin olarak saptanmadığı için, sözleşmenin inikadı tarihinden itibaren yürümeye başlar; yani satıcı, malları, sözleşmenin ilk gününden itibaren alıcının emrine âmade bir durumda tutmalıdır. Sözleşmede hiçbir açıklık bulunmadığından, başka bir tarihin, seçimin başlangıcı olarak kabulüne olanak yoktur.

S, bir aylık ikinci mehli tayin ettiği zaman, "aldırtma" süresi esasen geçmiş bulunuyordu. Gerçekte ise S, ikinci süreyi vermek ve artırmaya çıkarmak tehdidinde bulunmakla, borcun yerine getirilmesini teklif etmiş; A, bu teklife cevap vermemekle, alacaklı temerrüdüne düşmüştür (BK m. 90). Bundan başka S, Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesinin 2 numaralı bendi gereğince hareket edeceğini de ihsas etmiştir.

Sonradan verilen mühlet, bu duruma göre yeterli sayılabilip, Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesinin 2 numaralı bendi hükmündeki kanunî şartlar tüm olarak gerçekleşmiş bulunduğundan, S, mahkemenin izni ile, açık artırma yolu ile satış yaptırmaya izinlidir. Artırmaya konan mallar, A'nın iddiasının aksine olarak, yanlış mallar değil, satımın konusunu teşkil eden mallardan ibarettir. Diğer taraftan S'nin artırma

dışında kalacağına ilişkin herhangi kanunî bir hüküm de yoktur. İhale geçerlidir. Üstelik, artırmaya herhangi bir fesat da karıştırılmış değildir. Şu halde, Borçlar Kanunu'nun 226. maddesinin uygulanmasına yer yoktur.

b) Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesinin 2. bendi hükmüne göre satıcı, artırmada elde edilen sâfi satış parasını alıcı adına bir bankaya ve banka bulunmadığı takdirde bir notere tevdi etmek zorundadır. Bu hükümde ifadesini bulan düşünceye göre satıcı, alıcının menfaatlerini, tıpkı selâhiyetsiz bir vekil gibi, Borçlar Kanunu'nun 410. ve ardısıra gelen maddeleri uyarınca koruyacaktır.

200 çuval pirincin muhafazası 130.000.-liranın saklanmasına oranla çok daha güç olduğundan kanun koyucu, mal yerine satış parasının tevdiini zorunlu kılmıştır.

Malın teslimine ilişkin talep hakkı artırma bedeline dönüşmüş olduğundan alıcı, ancak artırma bedelinin ödenmesini isteyebilir ve satıcı, bu borcundan, artırma bedelini tevdi etmekle kurtulmuş olur. Şu kadar ki satıcı, artırma bedelini, ancak satış parasının peşin olarak ödenmiş veya ertelenmiş ya da vadesinin henüz gelmemiş olması hallerinde tevdi edecektir. Satış parasının muaccel olmasına rağmen ödenmemiş bulunması halinde ise satıcı, artırma bedelini tevdi etmek zorunda olmayıp, Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesinin 2 numaralı bendindeki açık hüküm gereğince, satış masrafları satış bedelinden çıkarıldıktan sonra, artan parayı, kendi alacağı ile takas ve mahsup edebilir. Meselemizde S, bu hakkından faydalanmış olduğundan, A'ya karşı, satış parası talebi, net artırma bedeli oranında azalmıştır.

Davada istenilen tutar tazminat bedeli olmayıp, akten kararlaştırılmış satış parasından, artırma bedelinin doldurmadığı kısımdır. Şu halde S'nin zarar görmediği iddiası da dinlenemez.

Sonuç: S'nin davası haklıdır.

II

M. BAYER VE ORTAĞI*

A

Mesele

Mehmet Uysal, arkadaşı kimyager Ahmet Açıkgöz'ün teşviki üzerine, mahkeme kararıyle soy adını "Bayer" olarak değiştirtiyor. Bunun üzerine Ahmet Açıkgöz, Mehmet Uysal ile anlaşarak, "M. Bayer ve Ortağı" unvanı altında bir kollektif şirket kuruyor.

Kollektif şirketin konusu kimyevî müstahzarları imâl edip satmaktır. Bu işe adını vermekten korkan Bayer'i Ahmet Açıkgöz hiçbir zarar görmeyeceğini temin ederek kandırıyor.

Ahmet Açıkgöz, şirket sözleşmesine göre, emeğinden başka, 100.000,-Türk lirası; Mehmet Bayer ise, yalnız itibarını koyacak, sâfi kârın %5'i Mehmet Bayer'e, %95'i ise Ahmet Açıkgöz'e ait olacaktır. Bayer, zarara katılmayacak, idare ve temsil işlerine de karışmayacaktır. Mehmet Bayer, kollektif şirketin, *İzmir*'deki ticaret siciline tescil ve ilânından beş hafta sonra, tâ başta yapılan sözlü bir anlaşma uyarınca, şirketten ayrılıyor ve Açıkgöz'ün, "Bayer" adını ticaret unvanı olarak kullanmasına izin veriyor. Bu izin için, Bayer'e 10.000.- Türk lirası veriliyor.

Bayer şirketten ayrıldıktan sonra, Ahmet Açıkgöz, faaliyete geçerek, imalâta başlıyor ve ilâç ambalajları üzerine "BAYER" adını koyuyor, ticarethanesi ve fabrikasında reklam, tabelâ ve mamûllerinde bu isimden faydalanıyor.

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde "M. BAYER K.G." unvanı altında tescil edilmiş bir ilâç fabrikası, İstanbul şubesi vasıtasiyle Türkiye'ye ihracat yapmakta ve gönderdiği mallar için marka olarak "BAYER" kelimesini kullanmaktadır. Bu isim, marka olarak, gerek Almanya'da, gerekse Türkiye'de tescil edilmiştir. Fabrika, Almanya'da bir komandit şirket biçiminde kurulmuştur. Türkiye'deki şubesinin müdürü

(*) Burada geçen isimler uydurmadır.

bir hukukçuya başvurarak, kendi müessesesinin haklarının korunması için ne gibi hukukî olanaklara sahip olduğunu öğrenmek arzusundadır. Sorduğu sorular şunlardır:

1— "M. Bayer ve Ortağı" unvanlı kollektif şirket, hukuken geçerli bir biçimde kurulmuş mudur? Bu şirketin tescili caiz midir?

2— Bayer'in kollektif şirketten ayrılması, şirketin infisahını gerektirmez mi? Bu durum karşısında, ticaret unvanının büsbütün silinmesi yerine, en azından değiştirilmesi lâzım gelmez mi idi?

3— Ahmet Açıkgöz'ü, "M. Bayer ve Ortağı" unvanını kullanmaktan ve "Bayer" kelimesini ticarethane veya mallarında marka olarak kullanmaktan yasaklayacak hukukî bir vasıta var mıdır?

B

Sorunun Çözümü

I- Ticaret sicili memuru, tescile tâbi hususları, kanuna uygunluğu ve doğruluğu bakımından inceler. Bu hususların doğruluğunu yani hakikate uygunluğunu inceleme hakkı tartışmalı ise de; bunların kanuna uygun olup olmadıklarını tetkik yetkisinin varlığı, bütün hukuk yazarları tarafından kabul edilmektedir. Şu halde sicil memuru tescili istenen muamelelerin, hiç olmazsa içerik bakımından, kanunun emredici hükümlerine uygun olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür.

Yeni kurulan bir kollektif şirketin tescili münasebetiyle inceleme yükümlülüğünün kapsamı, Türk Ticaret Kanunu'nun 153, 155, 157, 136, 137. maddeleri, 12. maddenin 1 ve 3 numaralı bentleri ile son fıkrası, 42. maddesi ve 44. maddesinin 1. fıkrası hükümleri ile saptanmıştır. Bu maddelerde söz konusu olan emredici hükümlerin sicil memurunca dikkate alınmış olup olmadığını araştıralım:

1) Olayımızda şirket, ticarî bir işletmeyi işletmek amacıyla kurulmuş olduğundan, Türk Ticaret Kanunu'nun 153, 136 ve 137. maddelerinde aranılan şartlar vardır. Şirketin bu işe tahsis ettiği sermaye göz önünde tutulursa, ilâç imalini, aynı Kanun'un 12. maddesinin 1 ve 3 numaralı bentlerine sokmak gerekir.

2) Lâfza bakılırsa, Türk Ticaret Kanunu'nun 47. maddesi; hükmî şahsın ticaret unvanında gerçek bir kişinin ad veya soy adının yer almış olup olmamasına göre, himayenin kapsamı bakımından fark gözetmektedir. Nitekim bu maddenin 1. fıkrasında, hükmî şahsın ticaret unvanında, hakikî bir şahsın ad veya soyadının bulunması halinde 43. maddenin tatbik olunacağı belirtilmiştir. Halbuki 2. fıkrada; bir hükmî şahsın, ticaret unvanına *Türkiye*'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için, gerekli olduğu takdirde, lüzumlu ilâvelerin yapılmasının mecburî olduğu

açıklanmıştır. Bilindiği gibi gerçek kişilerin firmasında, ticaret unvanına tanınan inhisarî hak ve himaye, tescilin yaptırılmış olduğu sicil dairesi bölgesi ile sınırlandırılmıştır. 47. maddenin her iki fıkrasının karşılaştırılmasından, içinde hakikî bir şahsın ad *veya* soyadı yer almış bulunan bir ticaret unvanında 43. maddenin uygulanacağı yolundaki metnin sarahati nedeniyle, sadece tescilli bulunduğu sicil dairesi bölgesine hasren; buna karşılık, böyle bir öz ad veya soyadının bulunmaması halinde, tescil edilmiş tüzel kişinin firmasının bütün Türkiye'de himayeden faydalanabileceği ve bu itibarla ülkenin tümüne aynı firmanın, başka bir tüzel kişi tarafından ticaret unvanı olarak kullanılamayacağı ve tescil ettirilemeyeceği hükmüne varılması kabildir.

Olayımızda Alman şirketinin unvanında yer almış bulunan "Bayer" kelimesinin hakikî bir şahsın soyadı olması halinde, sadece hakikî şahısların unvanlarının korunmasına ait 43. madde hükmünden yararlanabilmek olanağı doğabilecek, unvanın korunmasını Türkiye'nin bütününe teşmil eden 47. maddenin 2. fıkrası hükmünden kuvvet alınmayacaktır. Ne var ki, 43. maddenin 2. fıkrası, yine de, başka bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş olan aynı ad ve soyadını ihtiva eden bir ticaret unvanı sahibinin haksız rekabetten doğan haklarını saklı tutmuştur.

3) Türk Ticaret Kanunu'nun 44. maddesinin 1. fıkrasına göre, kollektif şirketin ticaret unvanı, bütün ortakların veya hiç olmazsa ortaklardan birinin adı ve soyadı ile, şirketi ve *nevini* gösterecek bir ibareyi ihtiva etmelidir. Demek oluyor ki, ortak olmayan bir kimsenin adı, kural olarak, unvanın içine konulmamalıdır. Bu yönden Mehmet Bayer'in, şirketten çekilmeden önce bile, kanunun anladığı manada ortak sıfatını haiz olup olmadığı farklı mütalâalara yol açabilir. Fakat kesin olan bir şey varsa, o da bu şirketin unvanında, mutlaka ve mutlaka, "kollektif şirketi" ibaresinin varlığı lüzumudur.

a) Anonim şirketlerde, ancak pay sahiplerinin beş kişiden aşağıya düşmesi, infisah sebeplerinden biridir (m. 434 bend 4). Fakat hele hisse senetlerinin hamiline yazılı olması halinde, tümünün bir elde toplanması ve böylece tek şahıslı bir şirketin meydana gelmesi fiilen önlenemez. Kollektif şirketlerde en az ortak sayısı iki olup, bu nevi şirketin tek kişilik şirket biçiminde kurulmasına kanunen izin yoktur. Kollektif şirketin kurucu sayısının ne kadar olacağı hakkında kanunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber şirket kelimesinin içinde yatan anlamdan hareket edilince, en az iki kişinin sözleşmeyi imza etmiş olmaları gerektiği sonucuna ulaşılır. Kollektif şirketlerde bu iki kişi, ilk kurucularıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 155. maddesinin 5 numaralı bendinden anlaşılacağı üzere her ortak, aynı Kanun'un 139. maddesine uygun bir sermaye payı koyma borcu ile yükümlüdür. Bundan başka şirket sözleşmesi yapılırken, bütün kurucular gerçekte bir kollektif şirket kurmak ve bu kollektif

şirkette ortak olmak niyet ve rızasını taşımalıdırlar. Bu niyet ve rıza yok ise, aksine, rızalar kasten başka bir amaçla izhar edilmiş ise, şirketin kuruluşu bakımından zarurî olan rıza unsuru eksik demektir.

Gerçi olayımızda iki kurucu, şirket sözleşmesini imza edip, her ikisi belli bir sermaye koymayı taahhüt etmişlerdir. Ne var ki, olayın akış tarzı gereği gibi incelenince, Ahmet Açıkgöz'ün Mehmet Bayer'i, tâ başından beri, gerçek ortak olarak hiç düşünmemiş olduğu göze çarpacaktır. Tarafların müşterek arzusu başka bir doğrultudadır. Amaç, mevzuatın izin vereceği bir kılık altında, Ahmet Açıkgöz'ün imalâthanesi için cazip bir ticaret unvanı sağlamaktır.

Demek oluyor ki tarafların beyanları ve dışa yansıyan diğer işlemleri, gerçek niyet ve maksatları ile hiç de aynı değildir.

Şu halde Mehmet Bayer'in Ahmet Açıkgöz'e karşı beyan ettiği rıza, her ikisinin bilgisi ile, muvazaa yoluyla vaki olmuştur. Bu kabil irade beyanları, kanunumuza göre bâtıl olduğundan şirket sözleşmesi vücut bulmuş sayılamaz. Sicil memuru kuruluşun gerçek içyüzünü biliyorsa, kollektif şirketi tescil etmemelidir.

b) Bilmese bile, sicil memurunun, şirket sözleşmesini iyice incelemesi gerekirdi; çünkü kendisine ibraz edilen yazılı sözleşmedeki hükümler hem anormal, hem de hemen dikkati çekecek mahiyette bulunmuştur.

Göze batacak ilk yön, kâr veya zararın paylaşılması tarzıdır. Gerçi Türk Ticaret Kanunu'nun 1. ve 138. maddesi delâletiyle Borçlar Kanunu'nun 523. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesine göre, şirkete sermaye payı olarak yalnızca emeğini koyan ortağın zarara katılmayacağı pekâlâ kararlaştırılabilir; fakat ortak sermaye olarak sırf itibarını koymuş ise Kanun'un bu hükmü uygulanamaz. Çünkü itibarın sermaye payı olarak konulması demek, itibarını sermaye olarak koyan ortağın gerektiğinde şirketin bütün borçlarını ödeyeceğini, dolayısıyla zararlara katılacağını, herkese karşı açıkça vaad etmesi demektir. Şu halde, sözleşmenin zararın bölüşülmesine ilişkin şartı geçerli değildir.

Diğer taraftan doğrusunu isterseniz, kârdan arslan payının yalnız bir ortağa verilmesi de caiz görülemez. Borçlar Kanunu'nun sözü geçen 523. maddesinin 1. fıkrası, kanunun ruhuna uygun bir biçimde yorumlanırsa, ortaklardan birine kârdan sadece %5, buna karşılık diğer ortağa %95 ayrılması, 523. madde hükmündeki temel düşünce ile bağdaşır nitelikte kabul edilemez. Demek oluyor ki, kârın paylaştırılmasına ilişkin hükmü de pek geçerli sayamayacağız.

Federal Almanya Cumhuriyeti Ticaret Kanunu'nun 19. paragrafına göre bir komandit şirketin ticaret unvanının, şahsen sorumlu bulunan bir ortağın ismi ile bir şirketin mevcudiyetini gösteren bir eki ihtiva etmesi

gerekip, öz adların ilâvesine ihtiyaç yoktur; Türk Ticaret Kanunu'nun 44. maddesinin 2. fıkrası ise komandit şirketlerin, komandit ortaklardan hiç olmazsa birinin adı (yani öz adı) ve soyadıyla şirketi ve nevini gösterecek bir ibareyi içermesi lüzumunu emretmektedir. Kollektif şirketler için dahi durum aynıdır (m. 44, fıkra 1) Olayımızda bu açık kanun hükmüne de iki yönden aykırılık vardır; çünkü a) Ticaret unvanında sadece Bayer soyadının önüne Mehmet öz adının ilk başharfi olan M. yer almıştır; b) Şirketin nevini gösterecek "kollektif şirket" ibaresi, bile bile konulmamıştır.

Ticaret sicili memuru, sözleşme hükümlerine ilgililerin dikkatini çekerek, sözünü ettiğimiz şartlar kanun hükümlerine uygun bir tarzda değiştirilinceye kadar tescilden kaçınmalı idi.

Adı, ticaret unvanı içine girmiş bulunan şahsın da şirketteki hukukî durumu şüphelidir. Şirketi asıl idare eden kişinin isminin değil de, idare ve temsil hakkından yoksun olan, itibarından başka bir sermaye payı koymayan ortağın ismi, olayımızda ticaret unvanına geçirilmiştir.

Bu adın, sırf rekabet maksadıyla para ile temin ve tedarik edilmiş olduğu, daha ilk bakışta akla gelmektedir. Gerçi sicil memuru ticret unvanını, ancak kanunumuzun bununla ilgili hükümlerinin kapsamı içinde kontrol edebilir. Haksız rekabet hakkındaki hükümler, bu alan dışında kalmakla beraber, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi hükmünün her zaman uygulanabileceği ileri sürülebilir.

Buradaki durumun özelliğine göre ahlâka aykırı bir muamelenin yapılmak istendiği olayın akışından bellidir. Bu yönden muamele bâtıldır. Sicil memurunun bu nedenle de kollektif şirketi tescil etmemesi gerekirdi.

II— Türk Ticaret Kanunu'nun 299. maddesinin* 5. fıkrası uyarınca, mahkemece tasdik edilen bir anonim şirketin sonradan butlanı iddia edilemez. Hatta şirketin kurulmasında kanun veya esas mukavele hükümlerine riayet olunmamak suretiyle alacaklıların veya pay sahiplerinin menfaatleri önemli tarzda tehlikeye düşürülmüş veya ihlâl edilmiş olursa, ilgili alacaklı veya pay sahiplerinin talebi üzerine mahkemece şirketin kurulmamış sayılmasına karar verilmesi için, davanın, şirketin tescil ve ilânından itibaren bir aylık hak düşüren bir süre içinde açılmış olması gerekir (m. 299, fıkra 5 ve 6). Halbuki kollektif şirket sözleşmesinde esaslı bir noksan var ise, kollektif şirket hükmî şahıs olarak doğmuş olmaz. Bu bakımdan anonim şirketteki durum ile kollektif şirketteki durum birbirinden farklıdır. Kollektif şirketin tescil, hatta mükavelenamesinin ilân edilmiş olması bile bu noksanı ortadan

(*) 229. m., 559 No'lı KHK'nin 13. maddesiyle yürürlükten kalkmıştır (S. V. notu).

kaldırmaz. Bunun bir tek istisnası vardır, o da, Türk Ticaret Kanunu'nun 174. maddesine göre, şirketin iyi niyet sahibi üçüncü şahıslar için tescil tarihinden itibaren mevcut sayılmasıdır. Kanunun bu hükmü Türk Ticaret Kanunu'nun 38. maddesinde ifadesini bulan normal prensipten, daha geniştir. Bununla beraber, yine de, ayrık bir hükümdür; bundan ötürü, dar anlamda yorumlanmalıdır. *Ortaklar,* şirket kurulduktan sonra, kollektif şirketin mevcut olmadığını, iyi niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı artık ileri süremezler. Demek oluyor ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 174. maddesi, *üçüncü şahısları koruyan* bir kuraldır. Bu hükümden, şirket ve ortaklar faydalanamazlar. Bu esasa dayanarak her ilgili, selâhiyetli mahkeme önünde, tescil muamelesine, 36. madde uyarınca itiraz edebilir. Bundan başka, Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesi gereğince, her ilgili, ticaret unvanını kanuna aykırı bir biçimde kullananlara karşı unvanın silinmesini veya kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini ve zarar görmüş ise, kusur halinde, bunun tazminini de isteyebilir.

Yukarıda 1 numaralı bahiste sözü edilen sebeplerle, şirket mukavelesi hükümsüz sayılabildiği takdirde, 55. maddede aranılan şartlar olayımızda da var olarak kabul edilebilir.

III— Şirket sözleşmesi hakkında ileri sürülen butlan sebepleri varit görülmediği takdirde, Mehmet Bayer'in şirketten ayrılması üzerine meydana gelen durum gözden geçirilmelidir:

1- İki ortaktan oluşan bir kollektif şirkette ortaklardan biri şirketten çekilirse, kalan ortak, tasfiye yapılmaksızın şirkete ait bütün iş ve muamelelerin ve şirketin mevcudunun, alacak ve borçları ile beraber kendisine devrini; çekilen ortak ise payının karşılığının ödenmesini isteyebilir (TTK m. 199, 200, 202). Kollektif şirketin böyle bir halde, hükmî şahıs olarak varlığını sürdürebilip sürdüremeyeceği hakkında kanunda açık bir hüküm yoktur. Menfaatler durumu birbirine benzemekte olduğundan, Türk Ticaret Kanunu'nun 138. maddesi delâletiyle Borçlar Kanunu'nun 535. maddesinin 1'numaralı bendi hükmünün gerçekleşebileceğinin düşünülmesi gerekir; çünkü şirketten maksat, iki veya daha fazla kimsenin, emek ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi üstlenmeleridir (BK m. 520). İki ortaktan biri ayrılınca, müşterek bir gaye de kalamaz. İkinci bir ortak bulunmazsa kollektif şirket tasfiyesiz son bulacaktır. Bu halde, tüzel kişiliğin sürdürülmesine esasen gerek yoktur; çünkü tekbaşına kalan ortak, şirketin tüm borçlarından hem şahsen, hem de şirket malları ile sorumludur. Kollektif şirket, olayımızda, şahsî bir işletmeye dönüşmüştür. "M. Bayer ve Ortağı" unvanlı kollektif şirket, Mehmet Bayer'in şirketten ayrılması ile sona ermiş demektir.

2- Kollektif şirketin şahsî bir işletmeye dönüşmesi üzerine ticaret unvanının da silinmesi gerekir mi? Türk hukukunda hâkim olan prensibe göre ticaret unvanında adı bulunan ortak, yazılı olarak muvafakat ettiği

takdirde, şirket unvanında değişiklik yapılmasına lüzum yoktur (TTK m. 49). Kanunun, bu yöntemi koymakla güttüğü amaç, tanınmış unvanlarda mevcut olan ekonomik değerin korunması için sürekliliğinin sağlanabilmesidir.

Olayımızda Mehmet Bayer, şirketten ayrıldıktan sonra, isminin kullanılmasına yazılı olarak muvafakat etmiştir. Bu durum hakkında da, acaba aynı prensipten hareket edebilir miyiz? Kanımızca, değeri koruma ilkesi, şirket ilişkisi varmış gibi, halkı yanıltacak bir raddeye vardırılamaz. Türk Ticaret Kanunu'nun 48. maddesinin 1. fıkrasında, genel menfaat düşüncesi ile konulan yasak, yalnız yeni teşkil edilen ticaret unvanlarını değil, müştak (türetilmiş) unvanları da kapsamı içine almalıdır. Bu bakımdan ticaret unvanının gerçeğe uygunluğu prensibi, ticaret unvanının olduğu gibi muhafazası ilkesinden önce gelir. Bundan ötürü olayımızda ilkin "ve ortağı" ilâvesi silinmelidir. Silinmemiş ise, her ilgili, Türk Ticaret Kanunu'nun 38. maddesi ve Ticaret Sicili Nizamnamesi'nin 44. maddesi hükümlerinden faydalanarak;

a) Suçlunun cezalandırılmasını isteyebilir.

b) Tazminat talep edebilir [Sebebi, kanunen kullanılması caiz olmayan bir unvanın bile bile kullanılmış olması, kasıt olmasa da, bir şirketin varlığına delâlet eden ilâvenin silinmesinde ihmal gösterilmiş bulunmasıdır (TTK m. 33)].

c) Türk Ticaret Kanunu'nun 40. maddesinin 3. fıkrasına ve Ticaret Sicili Nizamnamesi'nin 44. maddesi hükümlerine dayanılarak kullanmanın yasak edilmesini ve unvanın silinmesini dava edebilir.

Acaba, unvanın tümü mü, yoksa sadece ilâve mi silinecektir? Türk Ticaret Kanunu'nun 49. maddesi, kalan ortağa, ayrılan ortağın adını kullanmak bakımından yalnız bir *imkân* tanıyor; böyle bir zorunluluk yüklemiyor; diğer bir söyleyişle kalan ortak, ayrılan ortağın adını kullanmaya mecbur değildir; işine gelirse kullanır, gelmezse kullanmaz.

Şirketin var olduğunu gösteren ek, gerçeğe uymadığı için kullanılamayacağı gibi, kalan ortağın da, kendiliğinden değişiklik istememesi halinde, unvanın tüm olarak kullanılması kanuna aykırı olup her ilgili kullanmanın yasaklanmasını isteyebilir.

IV— Yalnız "ve ortağı" ilâvesinin silinebileceği düşünüldüğü takdirde, unvanın kullanılmasını yasaklayan diğer hukukî vasıtalar araştırılmalıdır. Bu arada, Türkiye Cumhuriyeti'nin, 15 Mayıs 1930 tarih ve 1619 sayılı Kanun'la, "Milletlerarası Sınaî Mülkiyet Birliği"nin temeli olan "Sınaî Mülkiyetin Himayesine İlişkin 20 Mart 1883 tarihli Paris İttihadı Mukavelenamesi"ne ve "Fabrika ve Ticaret Markalarının Beynelmilel Tescili Hakkındaki 14 Nisan 1891 tarihli Madrit İtilâfnamesi" ile "Ticaret Eşyası Üzerinde Sahte Mahreç İşaretlerinin

Men'i Hakkındaki 14 Nisan 1891 tarihli Madrit İtilâfnamesi"ne katılmış olduğunu hatırlamak yerinde olur. Paris İttihadı Mukavelenamesi'nin 2 Haziran 1934 tarihli Londra metninin 8. maddesine göre, ticaret unvanı, bir fabrika veya ticaret markası aksamından bulunsun veya bulunmasın, tevdi ve tescil mecburiyeti olmaksızın, İttihad'a dahil memleketlerin tümünde korunur. Bu andlaşmaya dahil devletlerin vatandaşları, diğer âkidlerin ülkelerinde yerlilerle eşit muamele görüp, unvan ve markaların korunması için yerlilere tanınan haklardan, tıpkı onlar gibi faydalanabilirler. Şu halde, Türkiye'de bir şubesi bulunan Alman komandit şirketi de, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin bu mukavelenameyi imza eden devletlerden biri olması itibariyle, unvanın korunması için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına tanınan tüm haklardan bir Türk gibi yararlanabilecektir. Bu münasebetle işaret edelim ki, Türkiye Cumhuriyeti, katılmış bulunduğu "Fabrika ve Ticaret Markalarının Beynelmilel Tescili" hakkında 14 Nisan 1891 tarihli değişik MADRİT İTİLÂFNAMESİ'nden 21.5.1955 tarih ve 4/5215 sayılı kararname ile çekilmiş, bu kararnameden sonra çıkarılan 18.1.1956 tarih ve 4/8446 sayılı ek karaname ile, bu MADRİT İTİLÂFNAMESİ hükümlerine göre 10 Eylül 1956 tarihine kadar tescil edilen milletlerarası markaların, İtilâfname'nin altıncı maddesi gereğince, menşe memlekette himayesinin devamı şartıyla, milletlerarası tescil müddeti sonuna kadar, memleketimizde de himayelerinin devamı kararlaştırılmıştır.

1— Türk Ticaret Kanunu'nun 57. maddesinin 5 numaralı bendine göre, bir kimse, özellikle, başkasının haklı olarak kullandığı ad ve markalarla iltibasa meydan verebilecek surette ad ve marka kullanamaz.

Marka ve adları kullanan kişinin hiçbir kötü niyeti veya ahlâka aykırı bir davranışı bulunmasa bile, adı veya markası kullanılan tâcir, kullanmanın yasaklanmasını isteyebilir. Bu madde hükmünün uygulanması için, objektif ölçülere göre, iltibas tehlikesinin sadece varlığı bile tek başına yeterli bulunmuştur. Bir marka veya adı haklı olarak kullanan her tacir, Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesi hükmünden faydalanmak hakkına sahiptir, yani bunun gerçek sahibinin, kendi marka veya adını tescil ettirmiş olması veya olmaması, kural olarak, önemsizdir; çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesi, özellikle ticaret unvanı hakkındaki kanunî hükümlerin şeklen, başka bir deyimle, sırf dostlar alışverişte görsün kabilinden, yerine getirilmiş olduğu hallerde imdada yetişecektir. Uyuşmazlık, bu takdirde, her ikisi de tescilli iki hak arasındadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 42. ve 44. maddeleri, böyle bir halde, uyuşmazlığı çözümleyebilecek nitelikte değildir; çünkü kanunun aradığı şartlar, şeklen gerçekleştirilmiştir. Bu gibi durumlarda, yardımımıza koşacak tek hüküm, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabetin tarifini içeren 56. maddesidir.

Olayımızda "ve ortağı" ilâvesi kaldırıldıktan sonra da iltibas

tehlikesinin ortadan kalkmak şöyle dursun, büsbütün süreceği daha ilk bakışta bellidir. Demek oluyor ki dava 56. maddeye dayanılarak açıldığı takdirde, mahkeme, ticaret unvanının tümünün silinmesine karar verebilir.

2- Türk Ticaret Kanunu'nun 58. maddesinin (d) bendi ile 63. maddesi iltibas tehlikesinin ortadan kalkması için hâkime kullanmayı yasaklamaktan başka, unvana bir ek ilâvesini emretmek gibi hukukî imkânlar da vermektedir. Hâkim böyle bir ilâveyi yeterli gördüğü takdirde, arzu edilen sonuç, yani unvanın silinmesi elde edilmemiş olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesine göre, aldatıcı hareket veya iyiniyet kurallarına aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü kötüye kullanılışı haksız rekabettir. Aldatıcı hareketler söz konusu edildiği zaman, akla hemen ilk gelen şey, bir tacirin halk nazarında iltibas yaratmak kasdiyle işlediği fiillerdir. Örneğin halkın; kendi mallarını, tanınmış bir rakibin malları ile karıştırması için rakibe ait marka ve adların kullanılması gibi. Gerçekten de, Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret unvanı hakkındaki hükümlerine göre kollektif şirketin unvanında en az bir ortağın öz ve soy adı bulunacaktır. Olayımızda asıl faal ortak Ahmet Açıkgöz iken, onun isminin seçilmemiş olması dikkati çekmektedir. Burada gerçek amacın, eski ve tanınmış bir müessesenin unvanı ile kasten iltibas yaratarak halkı aldatmak olduğu, açık ve seçik olarak ortadadır. Bu gibi fiiller, tam manasıyla, "aldatıcı hareket" mefhumu içine girer. Kanımızca, Türk Ticaret Kanunu'nun 44. maddesinin 1. fıkrasında kanunun verdiği hakkı, başkalarının emeği bahasına sömürmeye çalışan; iltibas tehlikesini önleyeceği yerde, bunu üstelik bile bile vücuda getiren her tacir aldatıcı hareketlere girişmiş demektir. Dürüst ticaret zihniyeti bu gibi davranışlarla bağdaşmaz. İltibastan yararlanarak, halkı aldatmak niyetiyle, olayda aktedilmiş bulunan şirket sözleşmesi, bir muvazaadan ibarettir. Bu bakımdan 56. madde hükmünün aradığı şartlar, tam manasiyle gerçekleşmiştir denebilir. Şu halde davacı mevkiine geçecek olan Alman şirketi, unvanın silinmesi ile kullanılmasının yasaklanmasından başka tazminat ve ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 58, 61 ve 64. maddelerinin uygulanmasını isteyebilir.

V— Son olarak "Bayer" soy adının marka veya işletme adı olarak kullanılmasının ne suretle yasaklanabileceği araştırılmalıdır.

"Bayer" ismi Almanya'daki şirket tarafından marka olarak tescil ettirilmiş olduğundan 551 numaralı "Markalar Kanunu"nun tanıdığı bütün haklardan faydalanır. Bu Kanun'un 17. maddesine göre markanın tescili, sahibine, markayı kendi ticarî işlerinde kullanmak inhisarını sağlar; diğer bir söyleyişle, kanunî merasimi uyarınca markasını tescil ettirmiş olan her şahıs, bu markanın başkası tarafından haksız olarak kullanılmasını

yasak ettirebilir. Olayda bu marka Türkiye'de tescil edilmiş bulunduğu* için, Markalar Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca korunacağı muhakkaktır. Bu kanun, tanınmış markalarda, himayeyi daha da genişletmiş ve 11. maddesiyle şu hükümleri kabul etmiştir:

> *"Memleketimizde tescil edilmiş olan dünya veya memleket çapında tanınmış yabancı veya yerli markaların ve benzerlerinin başka emtia için tescili, tanınmış marka sahibinin izni ile mümkündür.*
>
> *Birinci fıkraya aykırı olarak tescili yapılmış olması halinde, tanınmış marka sahibi ve bu yüzden zarara uğramış olan her ilgili kişi, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde tescilin terkinini talep ve dava edebilir.*
>
> *Markanın tescilinde suiniyet mevcut ise terkin davası müddete bağlı değildir".*

Aynı cins mallarda aynı markanın kullanılması yani objektif muhalefet -marka ister ambalaj üzerinde kullanılsın, ister reklâm yahut diğer bir biçimde yapılsın- haksız kullanma fiilinin gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu yönden Ahmet Açıkgöz'e karşı iki yoldan harekete geçilebilir:

1— Türk Ticaret Kanunu'nun 58, 61, 63 ve 64. ve Markalar Kanunu'nun 49. maddelerine dayanılarak kullanmanın yasaklanması, tecavüzün ref'i, tazminat, ceza davaları açılabilir. Tescilli bir markanın eşi veya benzeri, her nasılsa, marka siciline kaydedilmiş ise bu kaydın silinmesi davası bir çeşit tecavüzün ref'i davası niteliğindedir.

2— Markalar Kanunu'nun 51. maddesinin (b) bendi hükmünün aradığı şartlar da olayımızda vardır. Bu madde, usulü gereğince tescil edilmiş olan markaları taklit edenler hakkında cezaî müeyyideler koymaktadır. Taklit, aynı Kanunun 47. maddesinin (a) bendine göre, başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle *eşini* veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça, farkına varılmayacak kadar cüz'i surette değiştirilmiş şeklini kullanmaktır; başka bir söyleyişle, marka sahibini rızası olmaksızın, onun mallarını koruyan ve temsil eden bir tanıtma işaretini gaspetmektir. Bu hal, olayımızda varittir.

(*) 4.7.1988 tarihli KHK ile markaların tescili işlemi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca yapılır (S. V. notu).

III

GENEL VEKİL

A

Mesele

İstanbul'da mukim Ahmet Akman ile, merkezi Eskişehir'de bulunan bir limited şirket arasında aşağıdaki esaslara göre, beş yıllık bir sözleşme yapılmıştır:

" I— Ahmet Akman, Boğaziçi ve Marmara kıyılarını da içine almak üzere, limited şirketin İstanbul bölgesinin genel vekilidir.

II— Ahmet Akman, kiralayacağı bir mağazada, limited şirket tarafından imâl edilen buzdolaplarını sergileyerek, alıcılara gerekli izahlarda bulunacak ve alıcı çekmek için lüzumlu reklamları yapacaktır.

III— Örnek vazifesini görecek buzdolaplarını şirket sağlayacaktır.

IV— Dolapların tanıtılması için yapılacak reklam masrafları limited şirkete aittir.

V— Ahmet Akman'ın alıcılar ile yapacağı sözleşmeler şöyle olacaktır:

a) Alıcılara buzdolapları, Ahmet Akman'ın emri üzerine, doğrudan doğruya Eskişehir'deki fabrikadan gönderilecek ve gerektiğinde, yerlerine monte edilmesi için zarurî olan işler de yine fabrika tarafından yapılacaktır.

b) Buzdolapları fabrikanın katalog fiyatları üzerinden satılacaktır.

c) Faturalar Ahmet Akman tarafından, kendi namına düzenlenecek ve bedeli kendisi tarafından tahsil olunacaktır.

d) Ahmet Akman, katalog fiyatlarının %20'sini kendisi için alıkoyabilir; kalan %80 için ise, limited şirkete karşı şahsen sorumludur ".

Sözleşme esasları bunlardan ibarettir.

Gönderilen buzdolaplarından biri bozuk çıkmıştır. Ahmet Akman ile şirket arasında bu yüzden çıkan anlaşmazlık üzerine şirket, süre tanımaksızın, aralarındaki sözleşmeyi feshederek Ahmet Akman'ın

mağazasında bulunan buzdolaplarının, sergilemek için yapılan tesisat ve reklam malzemesinin, Mahmut İşçevirir öz ve soyadlı yeni genel vekile teslimini istiyor ve Ahmet Akman'ın fesih tarihinden itibaren şirketin genel vekili sıfatiyle alıcılar ile sözleşme yapmasını yasak ediyor, bu emre rağmen sözleşme yapmakta devam ettiği takdirde, bu sözleşmelerin yerine getirilmeyeceğini bildiriyor.

Ahmet Akman'ın düşüncesine göre, limited şirketin, aralarındaki sözleşmeyi feshetmeye hakkı yoktur. Fesih hakkının varlığı kabul edilebilse bile, kendisi tarafından kiralanan mağazaya ait kira sözleşmesinin süresi olan üç yıl geçmedikçe bu hak kullanılamaz. Sergilemek için yapılan tesisat ve tedarik edilen reklam malzemesine gelince; bunlar, kendi malıdır. Bunlar üzerinde Ahmet Akman'ın mülkiyet hakkını haiz olduğu kabul edilmediği takdirde, sözleşmenin feshinden ileri gelen zarar ödeninceye kadar, rehin ve hapis hakkını kullanabilir. Bundan başka o, limited şirketin doğrudan doğruya veya Mahmut İşçevirir'in delâletiyle İstanbul bölgesinde yapacağı her satıştan %20 isteyebilir. Bu bakımdan da, kanunî rehin ve hapis hakkını kullanmaya yetkilidir.

Durum nasıl değerlendirilecektir?

B

Sorunun çözümü

I— Olayın çözümü, Ahmet Akman ile limited şirket arasındaki sözleşmenin nitelenmesi tarzına bağlıdır. Mukavele; hizmet, vekâlet, komisyon aktine özgü ayırıcı nitelikleri içermekle beraber, bunların hiçbirine tıpatıp uymamaktadır.

Kanun koyucu, pratik hayatta sürekli olarak tekerrür edegelen muamele çeşitleri için birtakım akit örnekleri vücuda getirmiştir. Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin çoğu yorumlayıcı mahiyette olduğundan, ekonomik ihtiyaçlar değiştikçe, kanunî akit örnekleri, bu ihtiyaçları artık karşılamamaya başlamıştır. Bu yüzden uygulamada rastlanan mukavele çeşitlerinin çoğu, kanunî akit tiplerine aynen uymaz.

Tatbikat, kanunî tipleri birbirine karıştırarak, karma akit tipleri vücuda getirmiştir. Bu gibi karma akit tiplerinin çözümlenmesi, sanıldığı kadar basit değildir. Hukuk yazarlarının çoğunluğunun görüşüne göre hukukçu, ilkin sözleşmede bir arada yer alan çeşitli tipleri, kanunî unsurlarına göre, meydana çıkarmaya çalışmalıdır. İkinci iş, sorulan sorunun, daha doğrusu uyuşmazlığın, sözleşmenin hangi kısmına değindiğini saptamaktır. Bu da yapılmış ise dava, bu kısmın nitelenme biçimine göre çözümlenmelidir. Örneğin uyuşmazlığın değindiği kısım, komisyon sözleşmesine benzetilmiş ise, anlaşmazlık da komisyon

hükümleri uyarınca çözümlenecektir.

Fakat ekonomik bakımdan bütünlük arzeden bir sözleşmenin çeşitli akit tiplerine irca edilerek tahlili keyfiyeti, olumsuz sonuçlara götürebileceği gibi, hukukî düşüncede elastikiyeti de ortadan kaldırabilir. Teoriler çeşitli akit tiplerini ayırt etmeye yarayan kanunî unsurların oldukça keyfî bir tarzda saptanmış olduğunu, nitekim bunun pekâlâ başka bir biçimde de yapılabileceğini ispat etmiştir. Çeşitli ülkelerde görülen kanunî akit tipleri birbirleri ile karşılaştırılınca fikrimizin doğru olduğu derhal belli olur.

Gerçekte karma akit tipinde mevcut olan nitelikler kanunî tiplerden türemiş olup, bunları da bir ana tipe irca etmek, deyim yerinde ise, bir üst biçim altında toplamak mümkündür.

Olayımızdaki sözleşme için akla gelen hizmet, vekâlet ve komisyon akitleri bu açıdan incelenirse ana tipin, Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinin anladığı manada, "ücret karşılığında iş görme mukavelesi" olduğu sonucuna varılır. Kanunî tiplerin çeşitli hükümleri içerik bakımından birbirine uyduğu takdirde, bunların uygulanmasında bir sakınca yoktur. Fakat hüküm belli bir akit biçimine özgü bir norm mahiyetinde ise, bu hükmün genel hükümlere oranla bir istisna teşkil edip etmediği ve yalnız o akit tipine mahsus istisnaî bir hüküm olup olmadığı araştırılmalıdır. Hüküm, genel bir hukuk anlayışının ürünü ise uygulanabilir, aksi takdirde ise uygulanamaz.

II— Genel vekâlet sözleşmesi, olayımızda beş yıllık bir süre için aktedilmiştir. Demek oluyor ki, sözleşmenin doğurduğu hukukî ilişkinin hemen belli olan niteliği, sürekli bir menfaat bağı olup bu bağ, ister istemez, emek bakımından işbirliğini ve iyi geçinmeyi de gerektirecektir. O halde sorulacak ilk soru, bariz vasfı süreklilik olan bir hukuk ilişkisinin, limited şirket tarafından tek başına fesih edilebilip edilemeyeceğidir.

Aradaki sözleşme bir hizmet akti ise, Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi gereğince ancak haklı sebepler var ise feshedilebilir. Buna karşılık vekâlet aktinde haklı sebep olsun olmasın taraflara her zaman fesih hakkı tanınmıştır. Vekâlet ile hizmet akti arasındaki bu farkın bellibaşlı sebebi hizmet aktinde sürekliliğin ayırıcı bir vasıf olmasıdır. Bundan başka kanun koyucu hizmet aktini ivazlı bir akit olarak kabul etmiştir. Halbuki vekâlette asıl olan; vekilin, işi ücretsiz olarak üstlenmesidir (BK m. 313, 386). Müvekkil vekâlet aktini feshederse, akit çoğu zaman ivazsız olduğundan, vekil bundan pek zarar görmüş olmayacaktır. Vekâlet akti ücretli olduğu takdirde kanun koyucu aktin yine de her zaman feshinin kabil olduğunu kabul etmekte, fakat sözleşme uygun olmayan bir zamanda feshedilmiş ise fesheden tarafın, diğer tarafa zarar ve ziyan ödemekle yükümlü olduğunu öngörmektedir (BK m. 396).

Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesi hükmünde, tacir olan veya olmayan bir kimseye ticarî işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacirin münasip bir ücret isteyebileceği; hatta bundan başka verdiği avanslar veya yaptığı masraflar için ödeme tarihinden itibaren faize de hak kazanacağı belirtildiğinden, ticarî vekâlette asıl olanın ücret karşılığı yapılmış bulunduğu, kanunun açık hükmünden anlaşılmaktadır. Zaten bir tacirin ticarî işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmeti bedava görmesi beklenemez.

Bu açıklık karşısında müdafaa edilen fikrin doğru olduğunun, komisyon mukavelesindeki çözüm biçiminden de anlaşılabileceğini söylemeye gerek kalmamaktadır (BK m. 416 vd.). Komisyon aktinin hukukî mahiyetine göre komisyoncu tarafından kabul edilen ve komisyoncunun veya üçüncü şahısların haklarına ilişkin bulunan bir komisyon sözleşmesinden müvekkil, tek taraflı olarak dönemez. Burada kullanılan "komisyon" terimi hukukî bir terim olup halkın, bilhassa gayrimenkul alım satım ve kira işlerinde tellâllık manasında olmak üzere kullandığı komisyon deyiminden farklıdır.

Olayda menfaatler durumu ve Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesindeki açık hüküm göz önüne alındığında taraflar arasındaki sözleşmenin hukukî anlamdaki komisyon sözleşmesine yakın, hatta aynı olduğu, sözünü ettiğimiz hukukî esasların bu sözleşmeye de uygulanabileceği sonucuna varabiliriz. Beş yıl gibi uzun bir süre devamı kararlaştırılan bir aktin, limited şirketçe kendi kendine tek taraflı olarak feshi, sadece Ahmet Akman'ın değil, onun limited şirket lehine olmak üzere bağlanmış bulunduğu kişilerin haklarını da ihlâl edebilir. Ancak limited şirketin menfaatleri Ahmet Akman ile üçüncü şahısların çıkarlarından üstün olduğu takdirdedir ki, limited şirkete bir fesih hakkı tanınmalıdır; diğer bir söyleyişle Ahmet Akman tarafından haklı bir sebebe yer verilmiş ise, limited şirket akitten dönebilir, yoksa akit ile bağlı kalır.

Olayımızda böyle bir neden yoktur; bilâkis uyuşmazlık limited şirketin bozuk olarak teslim ettiği buzdolabından ileri gelmiş olduğuna göre, Ahmet Akman yararına haklı bir sebep yaratılmış bulunmaktadır. Şu halde fesih haksızdır. Fesih ihbarının geçerli olması için kanunun aradığı şartlar var olmalıdır; bu şartlar eksik ise fesih beyanı yapılmamış hükmündedir.

Ahmet Akman da sözleşmenin devam ettiği görüşündedir. O halde tarafların hak ve borçları bu açıdan incelenmelidir:

III— Limited şirketin sergilemek amacıyla yapılan tesisat ve reklam malzemesinin geri verilmesini istemesi Medenî Kanun'un 618. maddesine uygundur; çünkü Ahmet'e şirket tarafından verilmiş olmakla beraber bunların mülkiyeti devir ve nakledilmiş değildir. Aksi kararlaştırılmış

olmadıkça tesisat vesaire limited şirketin malıdır.

1- Ahmet Akman'ın geri verme isteğine karşı ileri sürmüş olduğu nedenler inandırıcı olmaktan uzaktır. Akit feshedilmiş olsa idi, Ahmet Akman Medenî Kanun'un 864. maddesi uyarınca ve talepleri muaccel bulunmuş olmak şartıyla, müvekkiline ait eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilecekti. Sözleşme devam ettiğine göre tazminat hakkı da henüz doğmamış bulunmaktadır.

Ahmet Akman'ın kendi hizmeti olmaksızın, limited şirketin doğrudan doğruya o bölgede yapmış olduğu satışlardan komisyon istemek hakkını haiz olup olmayacağı, olayda ilk bakışta pek belli olmamaktadır. Aciz halinde hapis hakkının kullanılması için Medenî Kanun'un 866. maddesinde aranılan şartlar gerçekleşmemiştir.

Ahmet Akman, tesisat üzerinde, kanunî bir rehin hakkını da haiz değildir. Ancak alacağı var ise, hapis hakkından faydalanmaya çalışmalıdır.

2- Genel vekâlet akti devam ettiğinden Ahmet Akman, Medenî Kanun'un 900. maddesindeki def'i dermeyan edebilir. Bu demektir ki Ahmet Akman, aradaki sözleşmeye dayanarak, eşya üzerinde zilyed kalmak hakkını haizdir.

IV— Ahmet Akman, vekâlete devam yasaklandığından ve limited şirketin doğrudan doğruya veya başkaları vasıtasıyla yaptığı satışlar için tazminat ve komisyon istemektedir. Acaba bu isteği yerinde midir?

1- Ahmet Akman alıcıları ile yaptığı sözleşmeleri, kendi nam ve hesabına aktetmektedir. Mukavelelerde "genel vekil" terimi kullanılmış olsa bile bu deyim muamelenin hukukî mahiyeti yönünden önemsizdir. Maksat, satılan eşyanın sağlamlığının güvencesini anlatmaktır. Muamelelerin yerine getirilmesinden Ahmet Akman alıcılarına karşı şahsen sorumludur. Limited şirket satılan buzdolaplarını teslimden imtina ederse, alıcıların bu şirkete karşı herhangi bir talep hakları olamaz. Fakat buzdolaplarını teslimden imtina eden limited şirket akde aykırı fiili dolayısiyle Ahmet Akman'a karşı tazminatla yükümlü tutulabileceği gibi, Ahmet Akman aralarındaki sözleşmenin yerine getirilmesini de isteyebilir. Buzdolaplarının teslimi ve yerlerine takılması fiilî bir hareket olduğundan, bu borç ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesi hükmü uyarınca icra ettirilebilir.

Bundan başka Ahmet Akman, limited şirketin buzdolabı satışını yasaklamak hakkını haiz olmadığını, kendisinin alıcılarla yapmış olduğu mukaveleleri yerine getirmek zorunda bulunduğunu bir tesbit davası yoluyla da tesbit ettirebilir.

2- Başkasının işini görmeyi kendine ticarî meslek edinmiş olan her

şahıs, Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinin açık hükmü gereğince ücret isteyebilir. Ücret isteme hakkı —diğer ilgili hususlara bakılmaksızın— kural olarak işin veya hizmetin görülmesi ile kesinleşir.

Alman hukukundan farklı olarak, Türk Ticaret Kanunu'nda, iş gören kimsenin iştiraki olmaksızın, kendisine ayrılan bölge içinde, müvekkilin bizzat yapacağı muameleler için ücret isteyebilip isteyemeyeceği hakkında bir açıklık yoktur.

Bu konuyu Alman hukuku, iş gören kimsenin yararına çözmüştür. Vekilin iştiraki olsun veya olmasın, yapılan muamele, bölge içindeki faaliyetin bir ürünü sayılarak işgörene komisyon isteme hakkı tanınmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nda, belli bir bölge için tayin edilen vekillerin durumu düzenlenmiş değildir. Halbuki bu gibi vekiller pratik hayatta mühim bir rol oynamaktadırlar. Bu bakımdan kanunda bir boşluk olduğu kabul edilerek hâkim, Medenî Kanun'un 1. maddesi uyarınca, bu boşluğu doldurmalıdır. Olayımızda Alman hukukundaki çözüm tarzı örnek vazifesi görebilir; çünkü sözünü ettiğimiz mukaveleye göre, bütün bölge içinde alıcı çekmek için reklam yapılacaktır. Ahmet Akman'ın reklam yapması şirketin menfaatinedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesi gereğince başkasının işini gören kimsenin iş sahibine sağladığı her menfaat, ücret ödenmesini gerektirdiğinden, Ahmet Akman'a, bölgesi içinde, şirket tarafından doğrudan doğruya veya başkası vasıtasıyla yapılan muameleler için de komisyon istemek hakkını tanımak, bu hükmün mantıkî bir sonucudur.

Bu fikri şöyle de anlatabiliriz: Bir malın, belli bir bölge içinde satış hakkı bir vekile bırakılmış ise müvekkil bu bölge içinde malı bizzat veya diğer bir vekil marifetiyle sattırmak hakkını artık haiz değildir; aksi takdirde mukaveleye aykırı davranmış olur. Bu aykırılığın müeyyidesi zarar ve ziyanın tazmini yükümlülüğüdür. Vekilin buradaki zararı, yoksun bırakıldığı kârdan ibarettir. Bu kâr, muameleyi eğer kendi namına yapmış olsa idi, almış olacağı komisyondur.

Demek oluyor ki, Ahmet Akman, iştiraki olmaksızın yapılan muamelelerden de komisyon isteyebilir.

IV

POLİÇENİN CİROSU VE ALACAĞIN DEVRİ

A

Mesele

Sanayici S, tacir T'ye üç ay sonra ödenmek üzere 100.000,- liralık mal satarak teslim ediyor.

T, S'nin kendisi üzerine keşide ettiği üç ay vadeli poliçeyi kabul edip iade ediyor. Başka deyimle S hem keşideci, hem de lehdar durumundadır.

S, poliçeyi beyaz ciro ile bir bankaya devir ve bedelinin cari hesabına geçirilmesini rica ediyor. Banka poliçe bedelini tahsil şartı ile S'nin cari hesabına alacak kaydediyor. T poliçeyi vadesinde ödemeyince banka, aynı bedeli S'nin zimmetine geçiriyor, poliçenin cebrî icra yoluyla tahsiline çalışacağını S'ye bildiriyor. Ödeme emrine T tarafından itiraz ediliyor.

İcra takibi henüz sonuçlanmadan S, satış parası alacağını yazılı bir beyan ile Ü'ye devir ve temlik ediyor ve bu devir muamelesini T'ye bildiriyor. Bu işlem üzerine Ü, satış parasının ödenmesi için dava açıyor.

Bankanın gönderdiği ödeme emrine karşı T'nin itirazları şunlardır: 1) Satış parası devir ve temlik edilmiştir. 2) Banka poliçe bedelini S'nin zimmetine geçirmekle poliçeden doğan haklarını kaybetmiştir.

Ü'nün satış parası isteğine karşı T'nin itirazları şöyledir: 1) Banka poliçeye dayanarak aynı tutarı icra yoluyla takip etmektedir. 2) Ü alacağı devir alıp temellük ederken, bu alacak için poliçe keşide edilmiş olduğunu biliyordu. 3) S, satış parası alacağını devir ve temlik edemez; çünkü S'nin poliçeyi bankaya ciro etmesiyle bu alacak bankaya geçmiştir.

Her iki uyuşmazlığı nasıl çözersiniz?

B

Sorunun çözümü

I— Borçlu, alacaklıyı tatmin amacıyla, ikinci bir borç taahhüdüne girerse, bu taahhüt, Borçlar Kanunu'nun 114. maddesine göre, eski borcu düşürmez. Özellikle, var olan bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunmak, eski borcun yenilenmesi anlamına gelmez, meğer ki taraflar başka türlüsünü kararlaştırmış olsunlar.

Olayımızda poliçenin kabulüyle satış parası alacağının düşeceğine ilişkin bir anlaşma yoktur. Bunun için, poliçenin ihdas ve kabulüyle, eski alacağın yanında yeni bir alacağın doğduğunu ve S'nin hem satım aktinden, hem de poliçe ihdasından doğan taleplerin alacaklısı olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla beraber her iki talep, iktisaden ve hukuken birbirleriyle ilgilidir. İkinci borç ilişkisi, yani poliçenin ihdasından ileri gelen münasebet, satış parası borcu dolayısıyla kurulmuştur. Gerçi, her iki talep hakkı bağımsız olarak dermeyan edilebilir; fakat poliçe bedelinin ödenmesi ile satış parası borcu da düşmüş olur.

Diğer yandan poliçeden doğan talep hakkı da, şayet satış parası borcu ödenmiş ise, S tarafından artık dermeyan edilmemelidir. Satış parası borcu için bir poliçe ihdas edilmiş ise, tarafların ortak maksadı ve ekonomik amacı, satım aktinden ileri gelen alacağın, ancak poliçenin ödenmemesi halinde istenebilmesidir.

II— S, poliçeyi bankaya ciro etmiştir. Beyaz ciroya dayanarak banka İcra ve İflâs Kanunu'nun 167. ve ardısıra gelen maddeleri uyarınca, poliçeden doğan alacağın tahsiline çalışmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 596. maddesine göre banka, poliçenin "hakkını ispatlayan" hâmilidir. T, poliçe hâmiline karşı ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 599. maddesinde açıklanmış olan def'ileri dermeyan edebilir. Bunun için ileri sürülen itirazların bu madde hükmüne ne dereceye kadar uyduğu araştırılmalıdır.

T, poliçe keşidesine etken olan satış parası alacağının Ü'ye devir ve temlik edildiğini ileri sürmektedir. Fakat alacağın devir ve temliki, poliçeye müessir değildir. Bu kabil itirazlar şahsî mahiyette olup T, satım aktine dayanarak ancak S'ye, yani satıcısına karşı bunları ileri sürebilir. Poliçenin ikinci veya üçüncü hâmiline karşı ise, kural olarak, dermeyan edemez; meğer ki, poliçenin devri, satım aktinden doğmuş olan itirazları ortadan kaldırmak gibi, bile bile borçluyu zarara sokacak bir anlaşmaya dayanmış olsun. Olayın oluş tarzından, böyle bir anlaşmanın var olduğu sonucuna ulaşılamaz.

Ancak beyaz ciro, gizli bir vekâlet cirosu ise (yani maksat, mülkiyet cirosu kılığı altında vekâlet cirosunu gizlemek ise) T, S'ye olan

itirazlarını, bankaya karşı da dermeyan edebilir; çünkü bu halde banka açık vekâlet cirosu hakkındaki hükümlere tâbidir (TTK m. 600).

Olayımızda S poliçeyi, hesabına geçirilmek üzere, bankaya devretmiştir; banka da poliçe bedelini, tahsil şartiyle, hesaba geçirmiştir. Bankanın, tahsil şartını açık ve seçik olarak belirtmiş olmasına gerek yoktur; çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 88. maddesinin 3 numaralı bendine göre bir ticarî senedin cari hesaba kaydı, bedelinin tahsil edilmesi halinde geçerli olmak şartiyle vukubulmuş sayılır. Aynı Kanun'un 89. maddesi hükmüne göre, evvelki maddenin 3. bendi gereğince cari hesaba kaydolunup bedeli tahsil edilemeyen ticarî senet, sahibine geri verilerek hesaptaki kayıt iptal edilir.

Olayda S'nin poliçeyi, bankaya tahsil için mi, yoksa iskonto ettirmek amacıyla mı vermiş olduğu araştırılmalıdır. Tahsil için verilmiş ise, banka ancak vekil durumudadır; yok, iskonto ettirilmek üzere verilmiş ise banka doğrudan doğruya hak sahibidir. Vekâlet varsa, Türk Ticaret Kanunu'nun 600. maddesi hükmü uygulanacaktır. Bu halde, T, satış parası alacağının devir ve temlik edilmiş olduğunu defi olarak ileri sürebilir. Banka S'nin vekili olduğundan müvekkil S'ye karşı ileri sürülebilen bütün itirazlar bankaya karşı da dermeyan edilebilir.

İskonto söz konusu ise (yani gerçekte bir satım akti varsa), banka poliçenin bağımsız malikidir. Bu halde, kendi menfaatlerini savunmuş olmaktadır. T, ancak senetten belli olan def'ileri ileri sürmek hakkını haizdir. S ile kendi arasındaki ilişkiden doğmuş bulunan def'ileri ileri süremez.

Câri hesap kayıtlarından tarafların gerçek rızalarını anlamak zordur.

S ile banka arasındaki muamelenin bir satım akti olduğu kabul edilebilse bile, banka poliçe bedelini S'nin zimmetine geçirmekle, Türk Ticaret Kanunu'nun 636. maddesinin tanıdığı kanunî rücu hakkından faydalandığını açık bir tarzda anlatmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 639. maddesine göre, poliçenin S'ye geri verilmesi gerekirdi. Fakat banka poliçeyi iade etmemiş, yanında alıkoyarak cebrî icra kovuşturması işini de üzerine almıştır. Bankanın, poliçe bedelini S'nin zimmetine geçirerek hakkını istifa ettiği halde, poliçeyi yedinde alıkoymuş olması, kendi menfaatine değil, üçüncü bir şahsın yararına hareket ettiğini göstermektedir. Ödememe protestosundan sonra poliçe S'ye geri verilmiş ve S de poliçeyi cebrî icra yoluyle tahsil için tekrar bankaya ciro etmiş olsaydı, bankanın hukukî durumu ne olacak idiyse, şimdi de odur, yani olayda ciro, protestodan sonra yapılmış bir ciro hükmündedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 602. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, protestodan sonra yapılan cirolara, alacağın devri hakkındaki hükümler uygulanır. Böyle olunca, T, S'ye karşı dermeyan edebileceği def'ileri bankaya karşı da ileri sürebilir. Burada poliçenin geri verilmeyip,

yeniden ciro ettirilmemiş bulunması, bankaya, normal cironun verdiği yetkileri kullanmak hakkını vermez. Ciro, "vekâleten" ibaresini taşımamakla beraber, işin içyüzü itibariyle gerçekte bir tahsil cirosudur. Bu nedenle T'nin itirazları varit bulunmaktadır.

III— Ü'nün T'ye karşı açmış olduğu davanın dayanağı, S'nin satış parası talebi ve bu isteğin devir ve temlik edilmiş oluşudur.

Poliçe ödenmedikçe satış parasına ait talep düşmediğinden, bu talebin devir ve temliki de caizdir. T, S'nin, bu alacağı devir ve temlik edemeyeceğini; talep hakkının, poliçenin devri sonucu olarak, S'den bankaya geçtiğini iddia etmektedir.

Fransız hukukuna has olan bu anlayış, Türk hukukunda uygulanamaz. Fransız hukukunda, poliçenin devri ile poliçenin dayanağı olan hukukî ilişkiden doğan talep hakkının da ciro edilene geçeceği yolundaki fikir hâkimdir. Türk hukukunda ise ciro mücerret bir işlemdir. Fransız teorisinin kabul edilmesini destekleyebilecek bir örf ve âdet hukuku da yoktur. Böyle olunca, satış parasına ait alacağın, poliçeden ayrı olarak devir ve temliki caizdir. Ancak S, bu alacağa, devir zamanındaki durumu ile temlik edebilir. Alacak devir edilmeden, bu alacağı dayanılarak bir poliçe keşide edilmiştir. Poliçenin keşidesi ve ödenmesi, satış parası alacağını da düşüreceği için, bu alacağın tahsili talebine karşı borçlu, poliçe keşide edilmiş olduğunu def'i olarak ileri sürebilir.

Demek oluyor ki, alacak ancak böyle bir def'i ile muallel olarak devir edilebilir. Temellük eden kimse de alacağa dayanılarak poliçe keşide edilmiş olduğunu bilsin veya bilmesin, alacağı ancak böylece iktisap eder; çünkü aynî haklarda cari olan iyi niyet kuralları, alacağın temlikinde işlemez. Bir alacağı devir alıp temellük eden kimse, temlik zamanında bilmese bile, temlik edene karşı dermeyan edilebilen bütün def'ilere maruzdur.

Poliçe ödenmedikçe satış parası borcu devam eder. Poliçe ödeninceye kadar her iki talep hakkı, yanyana yürür. Fakat T, ancak poliçeden doğan borcu ödemek tehlikesi giderildiği takdirde, satış parası borcunu ödemeye zorlanabilir. Çünkü bu borç mücerrettir, dayanağı olan hukukî ilişki ile bunun ilgisi yoktur. İkinci kez ödemek zorunda kalmamak için en güvenilir vasıta, poliçenin tekrar T'ye geri verilmesidir. T, poliçe kendisine iade edilmedikçe, Ü'ye karşı, satış parası borcunu ödemekten imtina edebilir.

Ancak burada, poliçenin T'ye geri verilmesi Borçlar Kanununun 81. maddesi anlamında bir işlem değildir; yani Ü, poliçeyi iade veya teslime hazır olduğunu beyan etmemiş ise, davanın reddi gerekmez. Burada birbiri ardına aynı zamanda yerine getirilecek bir taahhüt vardır. İlâm, poliçenin geri verilmesi karşılığında alacağın ödenmesini karar

bağlayan bir hükmü içermelidir.

Ü, poliçeyi eline geçirebilmiş ise, ilâmı icra ettirebilir. İcranın başlangıcında T'ye poliçenin geri verilmesi teklif edilmelidir. Teslim teklifine rağmen, T ödemekten imtina ederse, poliçe, T namına, yetkili makama tevdi edilerek ilâmın icrası cihetine gidilebilir.

V

DAVANIN TÜRÜ

*"Oualis est actio"**

A

Soru

İstanbul Asliye 5. Ticaret Mahkemesi Kararı'ndan:

(Esas No: 571/511; Karar No: 972/575)

Davanın mevzuu: Davacı Limited Şirket, davalı S'nin müvekkili şirketle yaptığı İstanbul 7. Noterliği'nde 26.10.1970 tarihli 19795 yevmiye sayılı anlaşmasıyla[1] sahibi bulunduğu K. köyü 149 ve 150 pafta 1420 ile 1502 ada 2005 parselden ibaret arsalarını bulacağı müşteriye satmak, bedellerini tahsil etmek, tapu takrirlerini vermek üzere *müvekkiline yetki verdiğini;* müvekkilinin 2005 parselin tamamını azamî 2 sene içinde satıp beher metrekaresinin bedeli olarak *davalıya 17 lira ödemeyi taahhüt ettiğini* arsaların daha yüksek bir bedelle satılması halinde *aradaki fiyat farkının müvekkilinde kalacağını,* davalı da anlaşma mevzuuna giren gayrimenkulleri *başkasına satmamayı,* hiçbir hakla takyit etmemeyi taahhüt edip üçüncü şahıslar tarafından satışa mani bir tedbirin konması halinde engeç iki ay içinde bunu kaldırıp aksi halde müvekkilinin anlaşmanın 9. maddesinde yazılı 500.000 lira cezaî şarttan başka zararını da ödeyeceğini, müvekkilinin bu anlaşma üzerine 745220 m^2 sahayı kaplıyan 2005 adet parselin zilyetliğini 26.10.1970 tarihinde ele alarak kış mevsimine rağmen 14 metre genişlikte 26 km. yol inşa edip köprüler yaptığını, meydan, cadde ve yollara levhalar koyarak isimlendirip numaraladığını, parsellerin hudutlarını haritalarına uygun şekilde beton kazıklarla tahdit ve su ihtiyacını karşılamak için de artezyen kuyuları açtığını, ayrıca müşteri bulmak için broşürler bastırıp radyo ve gazetelerle de ilânlar yaptığını, bu suretle anlaşmanın bütün icaplarını

(*) İşbu örnek, temyiz lâyihası olarak Av. *V. Çernis* tarafından Yargıtay'a sunulduktan sonra *Prof. Hirş* tarafından kısmen Almancaya çevrilip işlenmiş ve *Hirş/Çernis* namları altında Zeitschrift für Schweizerisches Recht, C. 95 (1976) s. 323-341'de yayınlanmıştır.

(1) Anlaşmanın metni aşağıda s. 144'dedir.

yerine getirdiği gibi ayrıca davalının anlaşma dışında kalan taleplerine de boyun eğerek mecbur olmadığı halde 13568 m^2 araziyi 2.000.000 liradan fazla bedel ödeyerek satın aldığını davalının bilâhare ihtiyacı olduğundan bahisle müvekkilinden 3.500.000 lira talep edip bunun ifasına imkân olmadığı söylendiğinde de evvelâ müvekkili şirketin yetkili şahsını ferağ yetkisini havi *vekâletnameden azille* bilâhare de Beyoğlu 15. noterliğinden gönderdiği 5.8.1971 tarih 10541 yevmiye sayılı *ihtarnamesiyle* de anlaşmanın *BK.'nun* 213. *maddesine göre yoklukla muallel olduğunu* iddia etmek suretiyle bu anlaşmayı bozduğunu müvekkilinin davalının başkalarıyla satış ve ipotek anlaşmaları yapmak üzere olduğunu öğrenince 15.9.1971 tarihli ihtarnamesiyle geçerli olan anlaşma şartlarına uymasını ihtar etmişse de, bu ihtarın semeresiz kaldığını, müvekkilinin anlaşma ahkâmına uyulacağı inancıyla gayrimenkule faydalı ve zarurî masraflar yapıp üçüncü şahıslarla da ön anlaşmalar imzaladığını, akdî bir mecburiyet bulunmadığı halde 135684 m^2 lik araziyi satın alıp 602, 690 m^2 miktarındaki diğer parselleri satmayı planladığını, bu araziyi asgarî metre karesini 24 liraya satıp metre karesinde 7 lira kazanç sağlayacağını, bu suretle 4218830 lira kârdan mahrum kaldığını, davalının ayrıca anlaşma hükümlerini haksız ihlâl ettiğinden 500.000 lira tazminat ödemekle de mükellef olduğunu beyanla bu zararına karşılık *şimdilik 750.000 lira* talep ve İstanbul 5. İcra'nın 971/10271 sayılı dosyasıyla vaki 60.000 lira borcunun da tazminat alacağından takas ve mahsubuna, bu suretle müvekkilinin *borçlu olmadığı* hususunun tesbitine, icra veznesine depo ettikleri 60.000 liranın %15 tazminatıyla birlikte müvekkiline iadesine, müvekkilinin 750.000 lira alacağının %10 faiz, muhakeme masrafı ve vekâlet ücretiyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekilinin cevabı: Davacı vekilinin dava dilekçesinde talep ettiği 750.000 lira tazminatı 26.10.1970 tarihli anlaşmaya istinat ettirdiğini, halbuki *bu anlaşmanın hukuken geçersiz bulunduğunu,* mukavelenin bütün olarak nazara alındığı takdirde 2005 parselden 122 adedi müstesna, geri kalan 1883 adet davacı şirketin irae edeceği kimselere satılması vaadi, şirket lehine yapılmış bir satış vaadi sözleşmesi olduğu gibi 2. maddede yazılı 122 adet arsanın 540.000 lira bedel karşılığında davacı şirketin göstereceği üçüncü şahıslara satılması taahhüdü, davacı şirket lehine bu gayri menkulün satışı olduğunu, Tapu Kanunu'nun 26. maddesi gereğince mülkiyete ve mülkiyetten gayri aynî haklara mütedair resmî senetlerin Tapu Sicil Muhafızları tarafından tanzim edilmesi icap etmesine binaen, mukavelenin 2. maddesinde zikredilen 122 adet parsele ilişkin satışın selâhiyetli memur tarafından tanzim edilmediğine göre, hükümsüz olduğunu tarafların müşterek maksatları mukavelenin 2. maddesindeki şartı yerine getirmek olup, bu madde olmadan akit icra edilemeyeceğine göre *mukavelenin tümünün hükümsüz olduğunu,* kaldı ki davacı şirketin esas iştigal mevzuu seramik

imalâtı ile ilgili fabrika kurmak, kiralamak ve işletmek olduğuna göre, *arazi satmak işi mevzuunun dışında kaldığına göre* şu halde *şirketin bu kabil işleri yapmak ehliyetinden mahrum bulunduğunu;* anlaşmanın geçerli olduğu bir an için kabul edilse dahi, *davacının müvekkilini ibra*[2] *ettiğine göre,* artık mütalebe hakkı da kalmadığını, bunun dışında davacının *geçersiz* mukavele hükümlerine de riayet etmediğini, gayri menkullerin kendisinin irae edeceği şahıslara satılması kabul edildiği halde 21.8.1971 tarihinde bunları doğrudan doğruya kendisinin satın aldığını, dava dilekçesinin 5 numaralı bendindeki talebinde kanunî dayanaktan mahrum olduğunu, İstanbul 5. İcra Memurluğunun 971/10271 sayılı dosyasıyla yapılan takibe karşı borçlu olduğunu açıkça ikrar ettikten sonra, bu davadaki alacağı ile takasını yaparak borcu kalmadığının tesbitini istediğini, davacı vekilinin talebi İİK.nun 72. maddesinde yazılı menfi tesbit davası mahiyetinde olup bu davanın kabulü için borçlunun borçlu olmadığını isbat etmesi lâzım geldiğini, davacı borcu ikrar ettiğine göre, talebin reddi ve %15 tazminata mahkûm edilmesi iktiza ettiğini beyanla açılan davanın *reddine* masraf ve vekâlet ücretinin davacıya yüklenmesini istemiştir.

Karar: İki taraf vekillerinin yüzlerine karşı yapılan açık duruşmada: Davacı vekili müvekkili ile davalı arasında yapılan anlaşmanın mahiyeti *gayrimenkul tellâllığı olup* TTK'nun tatbik şekline mütedair 29.6.1956 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 180. maddesini (g) bendiyle BK.'nun 404. maddesine eklenen 3. fıkra gereğince gayrimenkul tellâllığı akdinin muteber olabilmesi için *yazılı şekilde yapılması yeterli olduğunu,* aynı anlaşmanın 2. maddesiyle müvekkilinin davalı S'ye iki yıl süre ile ipotek karşılığı 540.000 lira vermeyi tekabbül ettiğini, bunun da mahiyeti itibariyle *bir karz akti* olduğunu, mukavelenin diğer kısımları ise taraflar arasındaki anlaşmanın işleyiş şekil ve şartlarını gösteren *tali derecedeki hükümler* olup mukavelenin bir satış vaadi olmadığını, müvekkilinin 23.11.1970 tarihli olup 3.7.1970 tarihli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesiyle ilân olunan ana sözleşmesinde mevzularının fabrika, atölye kurmak, kiralamak ve işletmek, muhtelif mevzularda acentelik, bayilik ve temsilcilikler almak *her nevi ticaret,* imalât, ithalât işleri olduğu gösterildiğini, bu sebeple müvekkilinin *ehliyetsizliğine ilişkin* itirazlarının yerinde olmadığını, davalı vekilinin bahsettiği ibranamenin 141808 lira ödünç paraya mukabil teferruğ edilen gayri menkulle ilgili olup *ibranın tanzim edildiği 21.9.1971 tarihine kadar olan münasebetlere şamil olduğunu* ve ibrada mukavelenin geçersiz veya münfesih olduğuna delâlet edecek ibare bulunmadığını 26.10.1970 tarihli anlaşmayı gayrimenkul satımı ve satış vaadi olarak nitelendiren davalı vekilinin, müvekkilinin takas ve mahsup talebini menfi tesbit olarak vasıflandırmakta ise de, takas talebinde BK.'nun 118. maddesine

---

(2) İbranamenin metni aşağıda s. 146'dadır.

dayandığını beyanla davalı vekilinin mesnetsiz itirazlarının reddini istemiştir.

İddia ve müdafaanın tetkikinde:

1— Davacı şirketle davalı S. arasında *Beyoğlu 7. Noterliği'nde tanzim olunan* 26.10.1971 tarihli anlaşma ile davalı S., sahibi bulunduğu K. köyü 149 ve 150 paftalarda 1420 ilâ 1502 adalardaki 2005 adet parselden ibaret arsalarının tamamını bulacağı müşterilere peyderpey satmak, bedellerini kabzetmek, tapu takririni vermek, *beher* m^2 *için* kendisine (S.'ye) *17 lira ödeyip fazlası şirkette kalmak üzere* S.'nin *davacı şirkete yetki verdiği,* şirketin de 2005 adet parselden ibaret bu arsaları azamî 2 yıl sonuna kadar tamamen tasfiye etmeyi taahhüt ettiği anlaşılmıştır.

Taraflar arasındaki bu anlaşma mahiyet itibariyle ne bir satış ne de satış vaadini tazammun etmemektedir. Davacı şirket, davalının arsalarına müşteri bulmayı üzerine almakla davalı bir *tellâllık anlaşması* yapmıştır, bu kabil akitlerin ise yalnız *yazılı olması* kâfidir. Ayrıca bir şekle bağlı değildir.

2— Mukavelenin 2. maddesiyle davacı şirket davalı S.'ye 500.000 lira *ödemeyi* kabul etmiş, davalı da buna karşılık aynı maddede ada ve pafta sayıları yazılı arsaları ipotek etmeyi bu maksatla da şirketin mümessiline ipotek kaldırma, *satış yapma yetkilerini* haiz bir vekâletname vermeyi ve kendisini *azletmemeyi* taahhüt etmiştir. S.'ye *ipotek karşılığı ödenen para 122 parselin satışı sırasında alacağı paraya tekabül ettiği için* S. aynı madde ile satış halinde *bu arsalardan dolayı davacıdan bir para talep etmeyeceğini de beyan etmiştir. Bu madde taraflar arasındaki karz anlaşmasına delâlet eder.* S.'ye davacı şirket 500.000 lirayı ödediğinde davalı da ipoteği tesis edecektir. Bu maddede bütün sözleşmeyi geçersiz kılacak bir ibare veya anlam mevcut değildir. Mezkûr madde davalı vekilinin tefsir ettiği gibi ne satış ne de satış vaadini tazammun etmemektedir.

Mukavelenin diğer maddeleri ise aradaki münasebeti tanzim eden tali şartları göstermektedir. Mukavele noter huzurunda tarafların serbest beyanları ile tanzim edilmiş olup, ne kanuna ne de ahlâka aykırı bir tarafı bulunmadığından taraflar için geçerli olduğu halde davalı S. tarafından ihlâl edilmiştir. Şöyle ki: S. şirket mümessiline vekâletname vermeyi ve işin hitamına kadar kendisini azletmemeyi taahhüt ettiği halde 5.8.1971 tarihli ihtarnamesiyle azlettiği gibi şirkete çektiği *aynı tarihli ihtarnamesiyle* de aradaki anlaşma *geçersiz* olduğundan, hükümleriyle bağlı olmadığını bildirmiştir.

S.'nin bu hareketleri mukavele hükümlerini ihlâl edici mahiyettedir.

3— Davalı vekili davacının bazı parsellere müşteri bulacağı yerde bunları kendi adına satın aldığını bu suretle anlaşmayı kendisinin ihlâl ettiğini iddia etmiştir. *Davacının taahhüdü, arsaların metre karesi başına davalıya 17 lira ödemektir. Bu parayı ödedikten sonra davacının herhangi bir müşteri gibi arsayı kendisinin satın almasına mani bir hüküm bulunmadığından* davalı vekilinin bu def'i de yerinde görülmemiştir.

4— Davalı vekili davacının *ehliyetsizliğini* de öne sürmüştür. Davacı bir limited şirkettir, ana statüsüne göre de *her nevi ticaret yapmak,* gayrimenkul alıp satmak iştigal mevzuuna girmektedir. Kaldı ki, şirketin herhangi bir işi yetkili kişilerin arzusuyla arızî olarak yapması da mümkündür. Mukaveleyi şirketin kununî mümessili imzaladığına göre bu yönden bir geçersizlik de bahis konusu olamaz.

5— Davacı vekili müvekkilinin mukavelenin tatbikinden temin edeceği menfaatlerden davalının haksız hareketiyle mahrum kaldığını iddia ederek mahrum kalınan menfaatin zararını teşkil ettiğini iddia etmiştir. Filhakika parsellerin m^2 sinin 17 liranın üstünde satılmasında aradaki fark davacıya kalacağına göre, mukavelenin haksız ihlâli sebebiyle bu farkı zarar ziyan olarak isteyebilir. Kartal Tapu Sicil Muhafızlığının 5.5.1972 tarihli yazısında *5.8.1971 tarihinden sonra* satılan parsellerin numaraları ve bedelleri gösterilmiş olup, davacı vekili 63621 m^2 arsanın 22, 61 liradan satıldığına göre müvekkilinin mahrum kaldığı menfaatin 3.374.610, 40 lira olduğunu söylemiş davalı vekili de yapılan hesaba itirazı bulunmadığını beyan etmiştir.

Davalı vekili davacının müvekkilini *ibra* ettiğini iddia etmekte ise de, ibra, davacının ödünç paraya tekabül eden satışlar hakkında olup *umumî bir ibra mevcut olmadığından* davalı vekilinin bu itirazı da yerinde görülmemiştir.

Binaenalyh: A— Davacının zararına karşılık talep ettiği 750.000 liradan 5. İcra'nın 971/10271 sayılı dosyasıyla takip edilen 60.000 lira borcunun takas ve mahsubundan sonra geri kalan 690.000 liranın davanın açıldığı 23.11.1971 gününden itibaren işliyen %10 faiziyle birlikte davalıdan *tahsiline,*

B— Davacı şirketin 5. İcra'nın 971/10271 sayılı dosyasıyla takip edilen borcu kabul ve alacağıyla mahsubu yapıldığından artık mezkûr dosya ile borçlu olmadığının tesbitine, mezkûr dosyada depo edilen paranın iadesine, ancak bu durum alacağı ile takas yapıldıktan sonra hasıl olduğundan davacı vekilinin tazminat talebinin reddine,

C— .....
D— .....
E— .....

ANLAŞMA

Bir taraftan İstanbul Harbiye Cumhuriyet Caddesi K. apt. da mukim S. ile diğer taraftan İstanbul, Lâleli O. Caddesi No. da mukim BAS *Limited Şirketini* temsil eden müdür R.C. arasında aşağıda yazılı hususlar hakkında bir anlaşmaya varılmıştır. Bu anlaşmada taraflar S. ve *şirket* olarak tesmiye edilmiştir. Şöyle ki:

1— S. sahibi bulunduğu K. köyü 149 ve 150 paftalarda 1420 ilâ 1502 adalardaki *2005 adet parselden* ibaret arsalarının tamamını bulacağı müşterilere peyderpey satmak, bedellerini ahzu kabz eylemek, tapu takrirlerini vermek, *beher metre karesi için S.'ye 17.00 (on yedi lira) ödemek ve satış bedellerinin bundan fazlası kendisine kalmak üzere şirkete mezuniyet ve selâhiyet vermiştir.*

Şirket 2005 adet *parselden* ibaret bu arsaları *azamî iki yıl sonuna kadar* tamamen tasfiye ederek *metre karesi 17.00 lira* hesabiyle *bedellerini S.'ye ödeyecektir.*

2— *Şirket,* satış ve tasfiye zımnında kendisine tanınan işbu mezuniyet ve *selâhiyete karşılık* S.'ye ipotek tesisi sırasında *500.000, — (Beşyüz bin) TL. sı verecektir. Buna karşılık S. sahibi bulunduğu* bu arazilerden 149 paftada:

Ada	*Parsel ve adet*	*Metrekare*
1432	1 ilâ 24	6240
1433	1 ilâ 24	6240
1434	1 ilâ 24	6240
1446	1, 3 ilâ 12, 14, 16 ilâ 23, 25, 26, 22	5825
1447	1 ilâ 28	7880
	122	32425 *Metre kare*

lik *122 adet parsel* araziyi 1. derecede birinci sırada iki yıl vadeli olarak *540,000, —TL.'sına şirket lehine ipotek yapacaktır. Şirket istediği anda bu parselleri üçüncü şahıslara dilediği şartlarla satabilecektir.* Bunun için ipotek kaldırma ve satış *selâhiyetli* bir vekâletnameyi şirkete verecektir. Bu vekâletnamelerden de diğerleri gibi şirketi asla *azledemeyecektir.* İpotek masrafları şirkete aittir.

Bu suretle ipotek esnasında kendisine ödenecek, beşyüzbin TL.'sı nakit ve 91 vadeli 40.000,—liralık bono karşılığında S. yukarıda numaraları ve miktarı yazılı 122 adet parselin bedelini şirketten peşinen ve tamamen tahsil etmiş sayılacağını kabul, beyan ve ikrar eder.

3— Tasfiyenin salim bir şekilde devam ve intacı için *şirketin her talebinde* S. satış bedelini 2/3 nakit, ve 1/3'ü arsaları satın alan şahısların verecekleri 1 ilâ 9 ay vadeli *şirketçe cirolu bonolar* olmak üzere kendisine *ödendiğinden* ödenen bedel miktarınca ve *şirketin talep ettiği kısımlardaki parsellerinin satışı* için şirkete satış yetkisini haiz vekâletname verecektir.

4— S. şirkete verdiği bu vekâletnamelerden satış *yetkisi* verilen parsellerin *satış bedelleri* bu vekâletnamelerin tanzminde üçüncü maddede belirtildiği şekilde *ödenmiş* olacağından, şirketi *asla azledemiyeceği, bu sözleşme konusu taşınmazları başkalarına satamayacağı gibi hiç bir hakla takyit edemeyecektir.*

5—Şirketin satış yetkisini havi vekâletname istediği parselleri S. ipoteksiz, tedbirsiz yani satışı geciktirebilecek hiç bir mani olmadan *şirkete teslim edecektir.* Aksi takdirde arsalara resmî ve hususî şahıslarca yeniden satışa mani tedbirler konulduğu ve maninin en geç iki ay içinde kaldırılmadığı takdirde şirket 9. maddeden ayrı olarak S.'den zarar ve ziyan talebinde bulunabilecektir. Maninin kaldırılmasını teminen S.ye verilen azamî bu iki aylık süre 8. maddedeki iki yıllık süreye ilâve edilecektir.

6— Şirketin 3. şahıslara yapacağı satışlarda satış bedellerinden 1700 liraya *isabet edecek bilcümle satıcıya ait tasarruf bonosu ve yüzde üç teminat ve şahsına tahakkuk etmiş vergiler S.'ye ait olacak onun tarafından ödenecektir. Bakiye vergi ve harçlarla bilûmum masraflar şirkete aittir.*

7— Gerekli satış hazırlıkları, aplikasyon ve imar yapılabilmesini teminen S. arazinin tamamını şirkete teslim etmiştir.

8— *İşbu anlaşma iki yıl sürelidir.* Şirket bu müddet zarfında bu parsellerin tamamını *satmadığı takdirde* taraflar anlaşmayı devam ettirip ettirmemekte serbest kalacaklardır. *Ancak bedeli ödenen ve satış yetkisi verilen parsellerin S.'ye iadesi ve bedelinin geri istenmesi söz konusu olmayacaktır.*

9— İşbu anlaşma hükümlerinin ihlâli halinde ihlâl eden taraf diğer tarafa 500.000,— TL.'sı tazminat ödeyecektir.

10— İşbu anlaşmadan doğacak bilcümle ihtilâfların hal mercii İstanbul Ticaret Mahkemeleri ve icra daireleridir.

Harç ve Damga Pulları Daire nüshasına yapıştırılmıştır.

Klişe imzalar 26.10.1970

İstanbul Yedinci Noterliği resmî mühürü ve imza

NOT: ANLAŞMA metni, imlâsına sadık kalınarak aynen yukarıya çıkarılmıştır.

Anlaşmaya eklenen İstanbul Yedinci Noteri'nin tek yaprağında : "*mahallinde* imzalanan bu anlaşma altındaki imzaların ve klişenin S. ile aşağıya çıkartılan müstenit mucibince *BAS Limited Şirketi* namına hareket eden R. Ç.'nin olduğunun tasdikine dair noter vekilinin şerhi ve bunu tâkiben müstenit şirket sirküleri metninde BAS Limited Şirketi'ni temsile, şirket müdürü R.Ç.'nin yetkili olduğu gösterilmiştir.

Demek ki, münhasıran imza tasdiki vardır. "ANLAŞMA" metni, noter kâğıdına bile yazılmış değildir.

İBRANAME

S. ile aramızda şimdiye kadar K. mevkiinde bulunan *gayrimenkuller hakkında vaki anlaşma* * bu kerre S. bu mevkideki gayrimenkuller hakkında tasarrufta bulunmak üzere R. Ç.'ye *vekâlet vermiş ve bu vekâletnamelerden azletmiş idi.* Ayrıca bu yerde bulunan arsaların bir kısmı üzerinde S. 1.414.808,00 TL. için ipotek vermiş ve bu ipotek mukabili BAS Limited Şirketinden bono ve nakit almış idi. Bu kerre S. ipotek mukabili almış olduğu meblâğa karşılık gayrimenkulü BAS Limited Şirketine takririni vermiş ve bu suretle bu güne kadar ki bilûmum münasebetlerden dolayı *BAS Limited Şirketi ve müdürü R. Ç.* şahsen S.'nin *zimmetini tamamen ve en geniş mânada ibra eylediklerini* beyan ve ikrar ile BAS Limited Şirketi şimdiye kadar vâdesi hulûl eylememiş ve aşağıda müfredatı yazılı bonoları vadesinde tediye eylemez ise R. Ç. bunların tutarı, 256.761,00 TL.'sına kadar S.'ye karşı müteselsil kefildir.

Vade	*Tutarı*
25.8.1971	: 70.000.— TL.
1.10.1971	: 10.000.— TL.
29.8.1971	: 50.000.— TL.
1.8.1971	: 10.000.— TL.
29.10.1971	: 40.000.— TL.
1.11.1971	: 5.600.— TL.
29.11.1971	: 53.261.— TL.
Muhtelif tarih müşteri senetleri	17.900.— TL.
	256.761.— TL.

(*) İbraname aslının imlâsı fotoğraf sadakatiyle aynen alınmıştır.

B

Sorunun Çözümü

BOZMA TALEBİNİN SEBEPLERİ

1— Davacı şirket, talep hakkını, taraflar arasında aktedilen 26.10.1970 tarihli "ANLAŞMA" başlıklı mukaveleye dayandırmakta ve *gayrimenkul tellâllığı ile karz akti olarak* tavsif edip geçerli olduğunu iddia ettiği bu anlaşmanın, davalı tarafından ihlâl edildiğinden bahisle, *cezaî şart* olarak 500.000,— lira ve *kâr yoksunluğu* yani müsbet zararına mahsuben 250.000,— lira ki, cem'an *750.000,— liranın* % 10 faizi ile birlikte tahsilini, icra yoluyla kesinleşmiş bulunan 60.000,— lira borcunun, bu tazminat alacağından takas ve mahsubu ile borçlu olmadığının tesbitini, Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen tedbir kararının dava sonuna kadar uzatılmasını, icra veznesine depo edilen 60.000,— liranın ve %15 teminatın davacı şirkete geri verilmesini, yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin davalıya yükletilmesini dava etmiş bulunmaktadır.

1— Bu mukavelenin, aktedildiği tarihte yürürlükte bulunan 3456 numaralı *Noterlik Kanunu*'nun 35, 44 ve 51. maddelerinde resmî senetler için kanunen şart koşulan niteliği *taşımayıp,* bilâkis davacı şirket vekilinin 25.2.1972 tarihli lâyihasında (s. 1) geçen ibare gereğince: "Anlaşma, *âdi yazılı şekilde yapılmış,* imzalar ayrıca İstanbul 7. Noterliği'nde *tasdik edilmiş*" olduğundan, olayda *noter tarafından resen tanzim edilmiş resmî bir senedin söz konusu olmadığı* vakıasında, ihtilâf yoktur. Şu halde, davacının, ileri sürdüğü talep hakkına temel teşkil eden "ANLAŞMA" başlıklı belgenin resmî senet olmadığının, ancak tarafların imzalarının noterlikçe tasdikine *münhasır âdi* bir senet olduğunun ilâmda belirtilmesi gerekir idi. Halbuki ilâmın 4. sayfasında: "Davacı şirketle davalı S. arasında Beyoğlu 7. Noterliği'nde *tanzim* olunan 26.10.1971 tarihli anlaşma..." ibaresine yer verilmesi, hatta ve hatta, aslının bir nüshası dosyaya ibraz edilmiş bulunan bu "ANLAŞMA"nın *noter* kâğıdına bile değil, dikkati hemen çekecek kadar büyük puntolarla *davacı şirketin* "BAS Ltd. Şti." *başlıklı kâğıdına* yazıldığı daha ilk bakışta bile gözlerin önüne serilmiş, üstelik bu "ANLAŞMA"ya eklenen ve sadece tarafların imzalarının tasdikine münhasır tek sayfalık noter kâğıdında bu anlaşmanın "*mahallinde*" yani noter dairesi *dışında* imzalandığı açık açık yazılı iken, ilâmın 5. sayfasının 10. satırında: "Mukavele *noter huzurunda* tarafların serbest beyanları ile *tanzim* edilmiş olup..." denilmiş bulunması, yazılış tarzı itibariyle, noterce *tanzim* edilmiş resmî bir senet karşısında bulunulduğu hakkında bir *zehap* uyandırmaya müsait olduğu için sakat ise de, mahkemenin, vardığı hükümdeki isabetsiz kabul suretine göre, hâdisede yazılı şeklin yeteceğini ilâmında zikretmekle; senedin *resmî olmadığını,* böylece ancak dolayısıyla ifade etmiş bulunduğunu kaydetmek zorundayız.

2— Yine, hukukî bakımdan arada büyük fark olduğu halde, ilâmda "İddia ve müdafaanın tetkikinde" başlığını takip eden kısımda (s. 4), -dava konusu anlaşmanın 1. ve 2. maddelerinin *birlikte* dikkatlice mütalâası takdirinde gözden kaçmaması gerekmesine rağmen- tamamı 2005 parselin, hukukî yönden iki ayrı katogoriye ayrıldığının, 2005 parsele dahil 1122 parsel hakkında 1. maddedeki anlaşmadan *farklı* bir anlaşmaya varıldığının belirtilmiş bulunması, mahkemece verilen hükmün isabetinin *Yargıtay*'ca incelenebilmesi bakımından *esaslı* bir önem taşıdığı için elzem iken, buna hiç özenilmemiş; 2. maddeden kısaca bahsedilmekle beraber, asıl *esasa* müessir *ayırım,* ilâmda açık olarak ortaya konmamıştır.

3— Bundan başka, anlaşmanın diğer maddelerinde, taraflar arasındaki hukukî münasebeti kanunen doğru olarak tayin etmeye esas olacak *önemde* hükümler mevcut olduğu halde, ilâmda (s. 5) bunlar: "Mukavelenin diğer maddeleri ise aradaki münasebeti tanzim eden *talî* şartları göstermektedir" denilmekle yetinilerek, tek bir cümle ile geçiştirilmiştir. Halbuki ileride sırası gelince değineceğimiz gibi, bu hükümlerin ihmali, *isabetsiz* hukukî bir teşhis ve hükme yol açmaya yardım edecek bir mahiyet arzeder ve nitekim varılan sonucun yanlış olmasına ayrıca âmil olmuştur da.

II— Bu durum karşısında, "ANLAŞMA"nın metin ve özellikle ruhuna da sadık kalmakla beraber, davacı vekillerinin de isteğine uygun olarak *Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinin rehberliği altında,* tarafların kullandıkları tâbirlere ve isimlere bakmaksızın, onların *hakikî ve müşterek maksatlarını* tesbite imkân verecek tarzda ve tamamen basite irca ederek, ilkin bu anlaşmayı özetlemek zorundayız, zira doğru ve isabetli *hukukî tavsif,* bu vazifenin titizlikle yerine getirilmesine bağlı bulunmuştur:

a) Davalı S. Tapuda kayıtlı belli ve müşahhas 2005 adet parselden ibaret büyük bir arazinin malikidir.

b) Anlaşmanın 2. maddesi, bu 2005 parsele dahil, fakat parsel numaraları açıkça zikredilen ceman 32425 m^2lik 122 adete mühhasır bir kısmını ayırarak *özel bir hukukî hükme* ve hukukî kategori ve statüye bağlanmıştır.

c) Anlaşmanın süresi *iki* yıldır (m. 8 ve 1. maddenin 2. fıkrası).

ç) Mukavelenin 1. maddesinin 1. fıkrası metnine göre "S. arsalarının tamamını, bulacağı müşterilere peyder pey satmak, bedellerini ahzu kabz eylemek, tapu takrirlerini vermek, beher metrekaresi için S.'ye (çıkıntı halinde yazılı bulunan 17.00-onyedi lira) ödemek ve satış bedellerinin bundan fazlası kendisinde kalmak üzere *şirkete* mezuniyet ve *selâhiyet* vermiştir".

2. fıkra metni ise aynen şöyledir: "Şirket 2005 adet parselden

ibaret bu arsaları azami iki yıl sonuna kadar tamamen tasfiye ederek metrekaresi (çıkıntı halinde x işareti konarak böylece 17.00-onyedi lira kastedilmiş oluyor) hesabıyla *bedellerini* S'ye ödeyecektir".

Mukavelenin 2. maddesiyle, 2005 parselden 122 adedi özel bir hükme bağlanmış olduğu için bu rakam çıkarılırsa (2005 - 122 = 1883), geriye kalan *1883 parsel* için hak ve borçlar bakımından tarafların durumları şudur:

aa) Parsellerin maliki S. *bir mükellifiyet* yani hukukî bir borç *altına girmiştir,* o da, malik olduğu parselleri, davacı *şirket talep ettiği takdirde, her talebinde* (m. 3, satır 2), *talep edeceği, parselleri, şirketin göstereceği müşteri üçüncü şahıslara satmaktır. Oser/Schönenberger*'in dediği gibi, S. *gayrimenkulleri satın alma yoluyla iktisap etmek selâhiyetini* o şirkete bahşetmiştir. Davacı şirket, bu satın almak *hakkının* şirketçe kullanılması *takdirinde,* üçüncü şahsa vaki olacak satış hadisesi gerçekleşince *üçüncü şahıs müşteri ile şirket arasında serbestçe kararlaştırılacak satış bedelinden,* S. metrekare itibariyle *yalnız 17, — lira alacak,* bunu aşan miktar yani fazlası *şirkete* kalacaktır. S.'nin şirkete tanıdığı bu *hakkı* şirketin rahatça kullanabilmesi için, arsaların tamamını, satışı geciktirebilecek hiçbir mani olmadan şirkete teslim edecek (m. 5), ayrıca satış yetkisini ve satış bedelini ahzu kabz selâhiyetini muhtevi şümullü bir vekâletnameyi şirkete verecek ve şirketi asla *azledemeyecek* (m. 2 fıkra 1, m. 3), *taşınmazları başkalarına satamayacak,* hiçbir hakla da takyit edemeyecektir (m. 4).

bb) İkinci madde ile ayrı bir hükme bağlanan 122 adet parseldeki özel hukukî durum bir tarafa bırakılırsa, 1883 parsel bakımından, *şirketin hiçbir satın alma taahhüdü, mükellifiyeti* yani hukukî manada böyle bir borcu *yoktur; sadece kullanılması kendisinin tek taraflı iradesine tabi inşaî (yenilik doğuran) selâhiyeti, daha doğrusu bir hakkı vardır: bildireceği parsellerin, tayin edeceği üçüncü şahıslara satılmasını istemek;* başka bir söyleyişle, kendi âkidi S.'ye metre karesi 17,— liradan ödemek üzere, tayin edeceği üçüncü şahıslar için *satın almak hakkı.*

Mukavelenin 2. maddesinin tanzim ettiği 122 adet parsele ilişkin hüküm müstesna, şirkete satın alma mükellefiyeti yükletildiğine dair bir sarahate rastlanmamakta, bilâkis anlaşmanın sadece iki yıl süre ile tahdit edilmiş bulunması ve nitekim 8. maddesinin ilk iki cümlesinde aynen: "İşbu anlaşma iki yıl *sürelidir.* Şirket bu müddet zarfında bu parsellerin tamamını *satmadığı* takdirde, taraflar anlaşmayı devam ettirip ettirmemekte *serbest kalacaklardır*" denilmiş olması, şirket için bu arsaları üçüncü şahıslara behemehal satın aldırmak yolunda hukukî bir mükellefiyetinin söz konusu bulunmadığını açıkça göstermektedir.

Gelelim mukavelenin 2. maddesi hükmüne: Olayımızda mukavelenin 2. maddesinde belirtilen ve parsel numaraları sarahaten

zikredilen toplamı 32425 metrekare tutan *122 adet parsel hakkında taraflarca varılan anlaşma,* hükümde sarahaten tesbit edilmiş olduğu üzere, *işbu 122 adet parselin,* şirket tarafından istendiği anda üçüncü şahıslara, *şirketin* dilediği şartlarla S.*tarafından satılması mükellefiyeti olacağı,* bu maksatla davalı S.'nin satış selâhiyetini havi bir vekâletnameyi şirkete vereceği, bu vekâletnameden şirketi asla azledemiyeceği, şirketin bu 122 adet parselin *mukabil ivazını* teşkil eden *540.000,— lirasından* 500.000,— lirasını, tesis edilecek ipotek ânında nakten ve ayrıca verilecek 91 gün vadeli 40.000,— liralık bono olmak üzere, böylece *ödemiş* bulunacağını ve bundan dolayı S.'nin, madde metninde aynen yazılı olduğu üzere: "...yukarıda numaraları ve miktarı yazılı 122 adet parselin *bedelini* şirketten *peşinen ve tamamen tahsil etmiş* sayılacağını kabul, beyan ve ikrar" ettiğidir. Ayrıca 8. maddenin 2. cümlesinde: "Ancak *bedeli ödenen* ve satış yetkisi verilen parsellerin S.'ye iadesi ve bedelinin *geri istenmesi söz konusu olmayacaktır*" hükmü dercedilmek suretiyle, bu 122 adet parsel hakkında taraflar arasında bu gayrimenkullere ilişkin *bir satış vaadi* mukavelesi vücut bulduğu meydana konulmuş bulunmaktadır. Zira tarafların *karşılıklı hak ve borçları açısından* bu hüküm tahlil edilince, *davacı şirketin* sözü edilen 122 adet parselin *kesin* bedelini teşkil eden 540.000,— liraya karşılık, bu parselleri, ileride şirketin irae edeceği müşterilere yani üçüncü şahıslara devir ve temlik edebilmek üzere, *satın almak taahhüdünü tekabbül ve bunu vaad eylediği,* S.'nin de bu parselleri, 540.000,— lira bedel mukabilinde, şirketin irae edeceği şahıslara *satmak vaad ve taahhüdünde bulunduğu* ve böylece tam manasiyle bir *satış vaadi sözleşmesinin* inikat ettiği, ancak kesin satış resmî senedinin tanzimi ve gayrimenkullerin mülkiyetinin ferağına intizaren satış vaadi konusu parselerin karşılığını teşkil eden 540.000,— liranın *teminatı* olmak üzere bir ipotek tesis edilmesinin, fer'i şart olarak kararlaştırılmış bulunduğu, açık ve seçik ortadadır.

III— Mukavele münderecatını ve tarafların gerçek maksadını doğru aksettirip böylece maddi vakıaları tesbit ettikten sonra, sıra, bu hukukî münasebetin hukukî adını koymaya; başka bir deyimle, *nitelemeye* gelmiştir. Hukukî bir meselenin doğru çözümü nitelemenin doğruluğuna bağlıdır*.

Hataya düşmemek için ilkin hukuk eserlerine göz gezdirmek suretiyle olaya değinen *kanunî dayanakları* belirtmeye çalışalım:

Hususî hukukumuzda, mehaz İsviçre Medenî Kanunu'nun 683. maddesine ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 216. maddesine tekabül eden Türk Medenî Kanunu'nun 660 ve Borçlar Kanunu'nun 213. maddesinde bahsi geçen ve mehazın Almanca metninde "*Kaufsrecht*", Fransızca metninde ise 683. maddede "*droit d'emption*", Borçlar Kanunu'nun 216.

(*) Bkz. yukarda s. 17.

maddesinde ise "*pacte d'emption*" terimi ile ifade edilip, Medenî Kanun'umuzun 660. maddesinde doğru olarak "mukaveleden mütevellit *iştira hakkı*" diye tercüme edildiği halde, Almanca aslındaki deyimin aynı olmasına rağmen Borçlar Kanunu"nun 213. maddesinde isabetsiz bir tarzda "istimlâk mukavelesi" diye çevrilen ve ilim sahasında "*iştira hakkı*" (öz Türkçe karşılığı: *alım hakkı*) diye vasıflandırılan hukukî bir müessese vardır ki, kanunda bunun tarifi yoktur. Fakat gerek doktrin, gerekse yerli ve yabancı mahkeme kararlarında* bunun tek ve açık bir tarifi vardır. Meselâ *Federal Mahkeme* 18.7.1962 tarihli bir kararında, bir gayrimenkul üzerinde *iştira (alım) hakkının* kurulmasına ilişkin sözleşmenin, hak sahibinin yenilik doğuran irade açıklamasıyla hükümlerini doğuracak olan *şarta bağlı bir alım-satım sözleşmesi olup,* şekil yönünden, gayrimenkul alım-satımı hakkındaki kuralların uygulanacağını belirtmiş, *Tahir Sebük,* 1951 yılında İstanbul'da yayınlanan "*Türk Medenî Kanunun'da Şüf'a, Vefa ve İştira Hakları*" adlı eserinin 25. sayfasında *iştira hakkını,* mukaveleye veya vasiyetnameye istinat eden ve hak sahibine bir taraflı bir irade beyanı ile muayyen bir şeye müteallik olmak üzere kendisi ile mükellef arasında bir bey münasebeti tesis eden inşaî bir hak olarak tarif etmiştir. En kısa tarifi ünlü Zürich şerhinde (V. cilt: Das Obilgationenrecht, 2. kısım, 2. bası, Zürich 1936, m. 216, No. 38, s. 896) Dr. *Hugo Oser* ve Dr. *Wilhelm Schönenberger* vermişlerdir: "Die Einräumung eines *Kaufsrechts* verschafft einer Person die *Befugnis*, eine Sache käuflich zu erwerben" (Bir *iştira* hakkının bahşedilmesi, bir şahsa bir şeyi satın alma yoluyla iktisap etmek *selâhiyetini* sağlar).

Hepsi aynı mealde: *Yargıtay 1. Hukuk Dairesi*'nin 28.3.1946 tarih,

---

(*) Yargıtay'ın 28.11.1945 tarih, E. 13 ve K. 15 sayılı **İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde** de : "...Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber **yorumlarda ilmî içtihatlardan da faydalanılabileceğine** göre, bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz" yolunda yer alan cümle, her uygulayıcıya, başvurması zorunlu bulunan esaslı bir kaynağı hatırlatmaktadır. Hele ister hâkim, ister avukat veya hukuk müşaviri olarak tatbikatta görev alacak olanlar için Prof. E. *Hirş*'in yayınlamış olduğu "**Pratik Hukukta Metot**" adlı değerli eserin ikinci basımının (Ankara 1948) 75. sayfasındaki şu satırlarının doğruluğunun yanında, olayımız bakımından önemini ayrıca belirtmeye lüzum olmasa gerektir:

"...Lâkin bulduğumuz **akit tipinin** vakıaya uyup uymadığını **kontrol** için, yalnız mantığa dayanmak doğru olmaz. Araştırmanın bu kısmı **mutlaka kitaplara** dayanmalıdır, yani **teşhisimizin doğruluğunu ancak ilmî ve kazaî içtihatların** yardımıyla kontrol edebiliriz". Şu halde, muhakemenin bitmesinden sonra, temyiz safhasında kanunun izin vermediği yeni delil ikamesi durumundan farklı olarak, **kanunun hâdiseye doğru uygulanmasına** ışık tutacak **ilmî içtihat** ve **kazaî kararların** Yargıtay duruşması münasebetiyle zikredilmesi, yalnızca caiz değil; üstelik muhterem Daire'nin anılan prensip kararında da veciz olarak ifade edildiği üzere, aynı zamanda hem makbul, hem de kanunun uygulayıcılarına ve onların yardımcısı bulunan avukatlara düşen bir görevdir de.

E. 7371 ve K. 1292 sayılı kararı (*Sebük,* age. s. 245 ve 246), Prof. Dr. *Halûk Tandoğan,* "Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri", C. I, Ankara 1969, s. 184; Prof. Dr. *Necip Bilge,* "Borçlar Hukuku. Özel Borç Münasebetleri", Ankara 1971, s. 104; Prof. Dr. *Safa Reisoğlu,* "Türk Eşya Hukuku" C. I, Ankara 1969, s. 184; Prof. Dr. *Ferit H. Saymen* - Doç. *Halit K. Elbir,* "Türk Eşya Hukuku", İstanbul, 1954, s. 402; Prof. Dr. *P. Tuor* "Das Schweizerische Zivilgesetzbuch", Zürich 1948, 5. bası s. 502; Zürich şerhi takımından Prof. *Robert Haab,* "Das Sachenrecht" Zürich 1935, m. 683 No. 1, s. 426, Bern şehrinde *H. Becker,* C. VI, Obligationenrecht, II. Kısım, Bern 1934, m. 216, No. 3, s. 118), Prof. *Theo Guhl,* "Das Schweizerische Obligationenrecht", Zürich, 1972, 6. bası, s. 300).

Tahir Sebük, sözü geçen eserinde, *iştira hakkının* tesisi için *resmî bir senedin* şart olduğunu, bunda hakkın kullanılmasının sadece hak sahibine ait olup, iştira hakkında bedelin muayyen veya kabili tayin olmasının aktin esâslı bir unsuru bulunduğunu (s. 26), iştira hakkının bazen *kâr temini maksadıyla* tesis olunduğunu, bu takdirde hakkın istimali anında piyasa vaziyeti lehine olan tarafın, aradaki fiyat farkından istifade ettiğini (s. 29), iştira hakkı mukavelesinin muhteva itibariyle, tarafları, yani hak sahibi (alacaklı) ve mükellefi (mal sahibi) *ve eğer hak üçüncü bir şahıs lehine tesis olunuyorsa* onu, tarafların hak tesisine müteallik irade beyanını, hakkın mevzuunu teşkil eden şeyi ve iştira hakkındaki bedeli içine alması gerektiğini, bedelin aktin esas unsurlarından olduğunu (s. 40) ve özellikle, şüf'a ve iştira hakkının sahibinin muayyen bir şahıs olabileceği gibi *tayin edilebilir* bir şahıs da *olabileceği;* iki şahsın, aralarında yapacakları mukavele ile *üçüncü şahıs* lehine bir şüf'a veya *iştira* hakkı tesis edebileceklerini, bu takdirde hak sahibinin mukaveleye yabancı bir şahıs bulunduğunu, üçüncü şahıs lehine vefa tesisinin mümkün olmadığını, böyle bir halde, ancak bir *iştira* hakkı tesis edilmiş olacağını (s. 47), iştira hakkının kaynağının daima hukukî muamele olduğunu (s. 50) izah etmektedir. Bilindiği gibi, şuf'a ve vefa hakları, iştira hakkının bir nevi olup ana mefhum *iştira* hakkıdır (*Sebük,* sözü geçen eserin Önsöz'ü).

Homberger'in şerhinde yer alan açıklamalar, *Sebük*'ün eserindekilere uygundur. Nitekim *Homberger,* iştira hakkından bahseden 683. madde şerhinde, bu hakkın, çok çeşitli amaçların gerçekleştirilmesine elverişli olup, çok kere *spekülasyon maksadıyla* tesis edildiğini (m. 683 No. 1), bu hakkın daima bir hukukî muamele ile vücude getirildiğini; mukavelenin, tarafları ve mukavele konusu şeyi tayin ettikten başka, hak sahibinin, hakkını kullanması halinde hangi şartlar altında şeyi iktisap edebileceğini belirtmesi ve satış bedelinin muayyen veya kabili tayin olması gerektiğini, *bu hakkın kullanılacağı sürenin tesbitinin* maksada uygun bulunacağı, menkullerden farklı olarak *gayrimenkullerde*, hak sahibinin keyfine göre, kullanılması mümkün olan

iştira hakkının mükellef için birlikte getirdiği şümullü bağlılık sebebiyle, *kanunun resmî senet şartını aradığı* (m. 683 No. 2), mukavelenin süjesi ve objesi hakkında m. 681/82 şerhi münasebetiyle 26. ve ardısıra gelen bahislerde ortaya atılan görüşlerin iştira hakkı konusunda da cari bulunduğunu, ilgililerin -ister iştira hakkının tesisi sırasında, ister daha sonraki bir zamanda- *devir kabiliyetini kararlaştırmış bulunmaları halinde, üçüncü şahsın muvafakatine lüzum bulunmadığını,* hatta kabili devir olmamak üzere tesis edilmiş bulunan bir iştira hakkının bile, mükellefin muvafakatiyle devrinin mümkün bulunduğunu, zira kabili devir olmama keyfiyetinin, ne kanuna dayandığını, ne de hukukî münasebetin mahiyetinden doğduğunu, bilâkis tarafların iradesinden meydana geldiğini, *Schönenberger ve Becker*'in şerhlerine atıfta bulunmak suretiyle açıklamaktadır (m. 683 No. 4). *Homberger*'in atıf yaptığı, kendi şerhinin 681/82. madde ile ilgili 28 numaralı bahiste aktif tarafta değişikliğe temas ederken, "*devir kabiliyeti*" yan başlığını takiben, İsviçre doktrin ve tatbikatında hâkim olan anlayışa göre şûf'a hakkının, münhasıran şahsa merbut bir hak *olmadığını,* tarafların -gerek hakkın tesisi anında, gerekse sonra- *hakkın devredilebileceğini kararlaştırmalarına hiçbir engel olmadığını* ayrıca belirtmektedir. İşte aynı görüş *satış vaadi sözleşmesi hakkında bile Yargıtay*'ca benimsenmiş bulunmaktadır. Nitekim *4. Hukuk Dairesi*'nin yayınlanmış matbu metni 8.1.1959 tarih, E. 3392 ve K. 82 sayılı kararında ezcümle şöyle denilmiş bulunmaktadır:

> "Gayrimenkul satış *vaadi* aktinden, *almayı vaat eden lehine doğmuş bulunan hakların* yani akitten doğan alacakların satış vaadinde bulunanın rızasına bakılmaksızın, *devri muteberdir.* Zira alacağın devri borçlunun rızasına bağlı değildir. Alacak iki taraflı bir akitten doğsa *bile,* yine onun devri borçlunun rızasına *ihtiyaç göstermez.* Bu sebeple davalı tarafın gayrimenkulü satış vaadinden doğan alacakları *devralmış bulunan* davacıya akit konusu gayrimenkulü temlike mecbur olmadığı yollu itiraz, kanuna aykırıdır..."

Senai Olgaç tarafından İstanbul'da 1970 yılında ikinci baskısı çıkarılan "TÜRK BORÇLAR KANUNU" adlı eserin II. cildinin 250, 151 ve 252. sayfalarında yapılan açıklamalarla 304. sayfasında zikredilen *Yargıtay 1. Hukuk Dairesi*'nin 10.4.1953 tarih, E. 2476 ve K. 1279 sayılı kararı, 304 ve 305. sayfasında bulunan *6. Hukuk Dairesi*'nin 29.12.1952 tarih, E. 985 ve K. 3045 sayılı, *1. Hukuk Dairesi*'nin 28.3.1946 tarih, E. 7371 sayılı kararları ile *1. Hukuk Dairesi*'nin 25.12.1943 tarih, E. 3230 ve K. 4473 sayılı kararı ve nihayet *Federal Mahkeme*'nin 306. sayfada anılan 26.1.1960 tarihli kararı, temyiz itirazlarımızın doğruluğunu açıkça teyit eder.

IV— Esasen *Yargıtay* yerleşmiş sayısız kararlarında *satış vaadi aktini* veciz olarak tarif etmiş bulunmakta, *bunun resmî bir senede*

dayanmaması halinde muteber olmayıp, yokluk ifade edeceğini ve tarafların bundan her zaman rücu edebileceklerini, muteber olmayan böyle bir akit zımnındaki cezaî şartın da hükümsüz bulunduğunu etraflı gerekçelerle belirtmiş bulundu. Ezcümle *3. Hukuk Dairesi*'nin 7.12.1962 tarih, E. 11107 ve K. 9507 sayılı kararı 13.10.1962 gün, E. 392 ve K. 6553 sayılı kararı, 21.10. 1965 tarih, E. 3671 ve K. 4478 sayılı kararı, *Yargıtay Ticaret Dairesi*'nin 16.3.1965 tarih, E. 4052 ve K. 952 sayılı kararı, *Birinci Hukuk Dairesi*'nin 13.2.1965 tarih E. 7579 ve K. 705 sayılı kararı, *Hukuk Genel Kurulu*'nun 20.5.1964 tarih, E. 751/D-3 ve K. 383 sayılı kararı, *3. Hukuk Dairesi*'nin 11.10.1972 tarih, E. 7287 ve K. 7588 sayılı kararı, *5. Hukuk Dairesi*'nin 16.3.1959 tarih ve E. 1626 ve K. 1501 sayılı kararı, 30.11.1950 tarih, E. 4742 ve K. 4220 sayılı kararı, *Yargıtay 3. Hukuk Dairesi*'nin 14.12.1961 tarih, E. 7464 ve K. 7175 sayılı kararı, 12.12.1961 tarih, E. 9080 ve K. 7158 sayılı kararı, 12.12.1961 tarih, E. 9173 ve K. 7141 sayılı, 9.12.1961 tarih, E. 8378 ve K. 7090 sayılı kararı, 3.11.1960 tarih, E. 6609 ve K. 5837 sayılı kararı, 12.12.1961 tarih, E. 9069 ve K. 7145 sayılı kararı, 15.12.1963 tarih, E. 10019 ve K. 9825 sayılı kararı.

Bu açıklamalardan sonra "ANLAŞMA" *başlıklı sözleşmenin 2. maddesi hükmüne ve mahkemenin isabetsiz nitelendirmesine dönelim;* Mahkemenin, sözleşmenin 2. maddesi ile taraflar arasında vücut bulan hukukî münasebeti, davacı vekilinin nitelendirmesini aynen kabul ve benimsemek suretiyle, bunu bir "*karz*" akti olarak ele alması, *kesin kanunî sarahate aykırı* bir karar vermeye yol açacak mahiyette büyük bir hatadır; çünkü satış vaadi hakkında kanunda açık bir tarif bulunmamasına karşılık, *karz aktini bizzat Borçlar Kanunu'nun 306. maddesinin tarif etmiş bulunduğu,* bilinen bir vakıadır. Kaldı ki, kanundaki bu tanımlama hiç mevcut olmasaydı bile, "karz" dediğimiz hukukî müessesenin mahiyeti yüzyıllar boyunca, hukukî aksiyomları da aşacak kadar bilinen ve bu itibarla gerek teoride, gerekse pratikte aksine tek bir görüş ve karara rastlanamayacak kadar *ana unsurları* bilinen bir akittir. Nitekim *Borçlar Kanunu*'nun 306. maddesinde "*tarifi*" matlabı altında, bu akit aynen şöyle tarif edilmektedir: "Karz, bir akittir ki, onunla *ödünç* veren, bir miktar *paranın* yahut diğer bir mislî şeyin mülkiyetini *ödünç* alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri *geri vermekle* mükellef olur". Bu metinde geçen "karz" teriminin öz Türkçe karşılığı "ödünç"tür. Nitekim *Hıfzı Veldet Velidedeoğlu* tarafından Türk Dil Kurumu yayınları arasında çıkarılan "Türkçeleştirilmiş Metinleri İle Birlikte Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu" adlı eserin ikinci cildinde şimdiki 306. maddeye tekabül eden öz Türkçe metinde "ödünç" terimi kullanılmış bulunmaktadır.

Davacı vekilinin ilkin iddia ettiği ve mahkemece benimsenen tavsif tarzına göre, bu münasebet nasıl bir karz akti olarak kabul edilebilir ve bu ne biçim bir ödünçtür ki, *işbu 540.000,— liranın S. tarafından şirkete*

geri verilmesinin asla söz konusu olmayacağı üstelik mukavelenin 8. maddesinin 2. cümlesi ile ayrıca perçinlemiştir. Halbuki *Borçlar Kanunu'nun 312. maddesi,* ödünç alınan paranın *geri verilmesi mükellefiyetini,* aktin *ana unsuru olarak tesbit etmiştir.* Nitekim bu açıklığı ayrıca açıklamış olmak için *Senai Olgaç,* 1970 yılında İstanbul'da yayınlanan "Kazaî ve İlmî İçtihatlarla TÜRK BORÇLAR KANUNU" adlı eserinin II. cildinin 2. basısının 794. sayfasında *Federal Mahkeme*'nin bir kararına ve *Funk*'un eserine atıf suretiyle aynen: "Karz, ödünç verilen şeyin teslimi ile değil, akdin kapsamına uygun özel *geri verme borcu* ile *tanınır*" demektedir. Diğer taraftan herkesin bildiği hayat realitesi icaplarına göre, böyle önemli bir tutarın mutlaka faize tabi tutulması tabiî bulunmuş iken, bu hâdisede bir ödünç bahis mevzuu olmayıp, işbu bedel, alım ve satım vaadi bedeli karşılığı olduğu için herhangi bir faizin kararlaştırılması akla dahi gelmemiştir ve gelemezdi de.

V— Taraflar arasındaki hukukî münasebetin gayrimenkullerin büyük kısmını teşkil eden *1883 parsel için, başkasına devredilebilmek selâhiyetinin de kararlaştırılmış bulunduğu* bir "*iştira hakkı mukavelesi*" ve 122 adet parsel için ise, "*satış vaadi sözleşmesi*" olarak vasıflandırılmak gerektiği, yukarıda etraflıca izah edilen *hukukî mesnetlerle, yerli ve yabancı müellif ve mahkeme içtihatları ile müeyyet bulunan, hukukî bakımdan riyazî denilebilecek bir kesinlikle ortaya çıkınca,* bunların kanunî şeklini ve şayet şekle bağlı iseler, şekle riayetsizliğin hukukî müeyyidesini tesbit etmek, artık bir mesele değildir; çünkü *her ikisinin şeklini kanunlarımız,* ilmî ve kazaî içtihatlara müracaata lüzum bırakmayacak bir açıklıkla *tesbit ve tayin etmiş bulunmaktadır.* Gerçekten de, *Borçlar Kanunu'nun 213. maddesinin 2. cümlesi, iştira hakkı mukavelesinin resmî senede raptedilmedikçe muteber olmadığını açıklamış; satış vaadi sözleşmesi, gayrimenkul satımı mukavelesinin bir ön akti olduğundan, 213. maddesi delâletiyle aynı Kanun'un 22. maddesi gereğince, bunun sıhhati resmî senet olarak tanzimine bağlı tutulmuştur.* Esasen bu konuda gerek *ilim sahasında,* gerekse *tatbikatta,* aksine tek bir düşünceye rastlamak mümkün değildir (*Bilge,* age., s. 105; *Tandoğan,* age., s. 164; Prof. *Necmeddin Feyzioğlu,* "Borçlar Hukuku, Hususî Kısım, C. I, İstanbul 1970, s. 73, *Guhl,* age., s. 297).

Bir daha önemle belirtelim ki, *iştira hakkının temliki kabildir.* Böyle olunca, bir satıcının belli bir kimseye karşı, gayrimenkulünü, o kimse istediği takdirde, *ona veya onun irae yahut tayin edeceği diğer bir şahsa* satmayı vaad ve taahhüt etmesine, kanunî hiçbir engel yoktur. *Aslına bakılırsa, iştira hakkı; satıcı tarafından müstakbel alıcıya veya müstakbel alıcının göstereceği bir şahsa gayrimenkulün satılması vaad ve taahhüdünü içeren ve sadece satıcıyı bağlayan tek taraflı bir satış vaadinden ibarettir. İşte sadece satıcıyı tek taraflı olarak, gayrimenkulü kendi âkidine veya onun göstereceği bir şahsa satma borcu veya mükellefiyeti altına sokan mukavele, hukukî mahiyeti itibariyle bir iştira*

hakkı sözleşmesinden başka bir şey değildir. Gerçekten de, bu kabil tek taraflı satış vaadlerinde, münhasıran satış vaadinde bulunan kimse hukukî bir taahhüt altına girmiş bulunmaktadır. Diğer taraf ise, yani alıcı *namzedi,* kendi arzusuna göre, kesin resmî satış senedinin yapılmasını isteyip istememekte, kendi yerine bir başka şahsı tayin ve ikame edip etmemekte *serbesttir.* Böyle bir satış vaadinin lehdarı, hukukî bir borç altına girmeksizin, kendi lehine haklar bahşettirdiği için satış vaadinde bulunan onu, müstakbel alıcı olarak bir kimseyi tayine zorlayamaz. Kendisi veya tayin edeceği şahıs lehine yaptırılan tek taraflı böyle bir vaadde, yerine geçecek şahsın tayini, *ya menfaatsiz yahut da menfaat karşılığında vukua gelebilir.* Fakat her iki halde, satış vaadinin lehdarı, bir hakka sahip bulunmuş olduğu ve bu hakkı üçüncü bir şahsa devrettiği cihetle, bir devir ve temlikte bulunmuş olur. Bilhassa *İsviçre*'de, uygulamada daha çok, kendisi veya göstereceği şahıs lehine tek taraflı satış vaadi haline rastlanmaktadır. Bununla beraber tek taraflı bir satış vaadinde, lehdar hem kendisi taahhüt altına girmemesine rağmen, daha başında, bu muameleyi kendisi için değil, daha sonra tayin edeceği üçüncü bir şahıs için yaptığını beyan edebilir. Bu takdirde, satış vaadinde bulunan kimsenin, diğer âkidin ona bildireceği başka bir şahıs lehine taahhüt altına girmesi pekâlâ mümkündür.

Esasen, *Senai Olgaç* tarafından yayınlanan "Kazaî ve İlmî İçtihatlara göre Türk Medenî Kanunu Şerhi" adlı eserin (İstanbul 1967) 656. sayfasının 2 numaralı bahsinde, *iştira hakkının temliki kabil olduğu* kaydedildikten sonra, *Homberger ve Haab*'ın şerhlerine atıfta bulunulmak suretiyle, ancak bu hakkın temlik edilemeyeceğinin sözleşmede gösterilmiş veya durum ve şartlardan devredilemeyeceğinin anlaşılması halinde, bu hakkın temlik edilemeyeceği zikredilmektedir.

Şunu da kaydetmek yerinde olur ki, mukavelenin 6. maddesinde, yapılacak satışlarda satış bedelinden metrekare itibariyle 17 liraya isabet edecek miktar yönünden, satıcıya ait tasarruf bonosu ve yüzde üç teminat ve şahsına tahakkuk etmiş vergilerin S.'ye ait olacağı ve onun tarafından ödeneceğinin tasrih edilmiş bulunması, *taraflar arasındaki münasebetin, parsellerin esas kısmı bakımından iştira hakkı ve 122 adet parsel bakımından satış vaadi olduğunu ayrıca teyit etmektedir;* çünkü 930 numaralı "*Tasarruf Bonoları İhracı Hakkında Kanun*"un 2. maddesi gereğince tasarruf bonoları karşılığının *satıcı* tarafından ödenmesi ve *Finansman Kanunu*'nun 42. maddesi gereğince devir ve temlik dolayısıyla kendilerine ödenecek meblâğın %3'ünün, gayrimenkul kıymet artışı vergisinin teminatı olarak, vergi mükellefi mevkiinde olan keza *satıcılar* tarafından vergi dairesine yatırılması zorunludur.

Sözü geçen kanun maddelerinde aranan *resmî şekil ile hedef tutulan amaç, âkidlerin acele ile karar verip borç altına girmelerini önlemek olduğundan, şekle riayetsizlik, mutlaka aktin hükümsüzlüğü,*

hatta bazı *Yargıtay kararlarında geçen deyimle,* yokluğu sonucunu doğurur. *Akit hükümsüz olunca, onun zımnında kararlaştırılan cezaî şart gibi müeyyidelerin de geçersiz kalacağı, hukukî bir aksiyondur.*

Resmî şekilden maksat, olay tarihinde mer'i bulunan *Noterlik Kanunu*'nun *35, 44 ve 51. maddelerinin aradığı şartlara uygun olarak resen tanzim edilmiş bulunan senettir.* Olayımızda ise bu *şekil yoktur.*

Her durumda, davacının istinat ettiği mukavelenin 2. maddesinde sözü geçen 122 adet parsele ilişkin gayrimenkuller hakkındaki hukukî münasebetin *satış vaadi akti* olduğu muhakak olup, *mukavele resmî bir senet olarak tanzim edilmiş olmadığından, doğrudan doğruya hükümsüzdür.* Bu durum karşısında, *tarafların müşterek ve hakikî maksadına göre, mukavelenin 2. maddesi hükmü olmaksızın, aktin yapılmayacağı muhakkak olduğu için Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi gereğince aktin tamamı,* bu sebeple de *bâtıldır.*

Taraflar arasındaki hukukî ilişkinin parsellerin büyük kısmı için *iştira hakkı sözleşmesi* ve 122 adet parsel için ise *satış vaadi mukavelesi* olduğunda en küçük bir tereddüt bulunamayacağını göre, artık, davacı tarafın, şekil yönünden bile hükümsüzlüğü muhakkak bulunan akti, bu mukadder sonuçtan kurtarabilmek ümidiyle, taraflar arasındaki esas ilişkiyi *gayrimenkul emlâk tellâllığı* olarak nitelendirmek istemesi karşısında, böyle bir görüşün neden varit bulunamayacağının sebeplerinin açıklanmasına vakit ayırmaya hacet kalmamaktadır. Bununla beraber gayet kısaca şunu ekleyelim ki, her türlü tellâllıkta, kanunen başta gelen unsur, aracılık olup, bu aracılık karşılığında tellâl, ücret alır. Gayrimenkul tellâllığında *satış bedelinin* tellâl tarafından *ödenmesi* söz konusu olamayacağı gibi, gayrimenkullerin zilyedliğini devir alması da, gayrimenkul tellâllığına yabancı kalır. *Federal Mahkeme'nin* 5.6.1957 tarihli yayınlanmış kararında belirttiği üzere tellâlın temel yükümü, vekâlet verene *mümkün olan en yüksek fiyata satış yapmak olanağını sağlamaktır; yoksa metrekaresi 17 liradan satın almak hakkını kendine verdirip, malik aleyhine olarak kendisine aşırı kazançlar sağlamak değil.* Bundan başka, iş sahibinin, tellâlı her zaman *azletmesi* kanunen caiz ve bu cevaz mutlak olduğundan mukavelede kararlaştırılmış bulunan "*azledememe*" şartı dahi, tekbaşına, taraflar arasında 1883 adet gayrimenkul ile ilgili olarak varılan anlaşma itibariyle *bir iştira hakkı sözleşmesi* karşısında bulunduğumuzu göstermeye yeterlidir.

VI— "ANLAŞMA"nın *tüm olarak geçersiz bulunması karşısında,* aslında, başkaca temyiz itirazlarının ileri sürülmesine bile ihtiyaç kalmamaktadır. Fakat sırf ihtiyata riayet için, davaya karşı verdiğimiz cevap lâyihasının II numaralı bendinde dermeyan edilmiş, fakat mahkemece iltifat görmeyen bir müdafaa sebebini tekraren, davacı şirketin, dava konusu "ANLAŞMA"yı *işletme konusu itibariyle aktetmeye*

ehliyeti bulunmamış olduğunu tekrar edelim. Her ne kadar mahkeme, ilâmının 5. sayfasında davacının bir limited şirket olup, "ana statüsüne" göre *her nevi* ticaret yapma, gayrimenkul alıp satmanın iştigal mevzuuna girdiği ve kaldı ki, şirketin herhangi bir işi arızî olarak yapmasının da mümkün olduğundan bahisle, bu müdafaa sebebimizi varit görmemiş ise de, bu gerekçe, *yeni Türk Ticaret Kanunu*'nun *prensip ve düşüncesiyle bağdaşmaz*. Çünkü kanun, şirket mevzuunun hudutlarının şirket mukavelenamesinde açıkça gösterilmiş olmasını, *emredici hüküm* niteliğini haiz bir prensip olarak koymuştur (ezcümle kollektif şirket için m. 155 son fıkra, komandit şirket için 244. madde delâletiyle 155. maddenin son fıkrası, bütün ticaret şirketleri için 137. maddede kabul edilen *emredici* genel hüküm). Bir şirket mukavelesinde, işletme mevzuu olarak, mücerret "*her nevi ticaret*" gibi *uçsuz bucaksız* bir ibare konmakla, bu prensibin hâkimiyetinden sıyrılınabileceğini kabul etmek, hukukî tefekkürle bağdaşmaz ve kanun koyucunun işletme konusunun belirtilmiş olması lüzumuna ait kanunî hükümlerin sevk amacına zıt düşer.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1474. maddesi gereğince kanun metnine dahil olduğu için nazara alınması lüzumu açık bulunan 137. maddesini "Hükmî şahısların *ehliyeti*" kenar başlıklı hükmünde, ticarî şirketlerin hükmî şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde *yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartı ile* bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilecekleri belirtilmiş olmasının varlık nedeninin başka türlü anlamak kabil olamaz. Nitekim *Ticaret Kanunu* GEREKÇESİ'nde bu konuda aynen şu satırlara rastlamaktayız:

> "Millî iktisadiyatın en önemli cüzü tamları olan anonim, *limited* ve kooperatif ortaklıkları için müsaade sisteminin muhafazasının elzem bulunması itibariyle, ticaret ortaklıklarına bahşedilen tüzel kişilik, Medenî Kanun'un 46. maddesindeki *genişliği arzedemez*. Bu sebepten dolayı hiçbir şüphe ve mahal bırakmamak için Tasarı'nın 137. maddesinde, ticaret ortaklıklarının tüzel kişiliği haiz olmakla beraber *yalnız ortaklık* sözleşmesinde yazılı konunun çerçevesi içinde kalmak *şartiyle* bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilecekleri *prensibi* açıkça ifade edilmiştir..."

Hâdisemizde davacı şirketin esas mukavelenamesinde şirketin gayrimenkul alım ve satımı, *şirketin gayesinin tahakkuku maksadıyla tahdit ve takyit edilmiş olup,* şirketin iştigal mevzuu, fabrika veya atelye kurmak, kiralamak ve işletmek; muhtelif mevzularda acentelik, bayilik, temsilcilikler almak, gerekirse ithalât işleri yapmaktan *ibaret* bulunduğuna göre, gayrimenkul satın almak veya satın almayı vaad etmek ehliyeti, *şirket gayesinin tahakkuku* yani şirketin *işletme konusu mefhumu ile takyit edilmiş bulunduğundan,* bu yönden davalı şirketin davada dayanılan anlaşmayı yapma *ehliyeti mevcut değildir.* O halde,

dava bu yönden *reddedilmeli idi.*

VII— İBRANAME'ye gelince 21.8.1971 tarihli olup, *mahkeme kasasında* mahfuz bulanan ve *yüce Daireniz*'in incelemesini kolaylaştırmak bakımından işbu lâyihamıza *bir fotokopisini* iliştirdiğimiz bu ibraname altındaki imzanın davacı şirketin *müdürüne aidiyeti* ve altındaki *21 Ağustos 1971 tarihinin doğruluğu, itiraza uğramamıştır.* Hasmın bu ibranamenin münderecatına vermek istediği yanlış mana bir tarafa bırakılacak olursa, iliştiği yönler, bu ibranamenin münferit bir borcu ortadan kaldırdığı ve ibranamenin altında, mücerret, şirket *kaşesinin* bulunmaması sebebiyle, *bu bakımdan* şirketi ilzam etmeyeceğidir; yoksa *imzanın, şirketi tek başına temsile yetkili müdür R.Ç.'ye ait olduğu kabul ve teslim edilmektedir.* Esasen dava konusu "ANLAŞMA" başlıklı mukavelenin, tarafların imzasının tasdikine münhasır ek noter yaprağında ve İstanbul Ticaret Sicili Memurluğu'nun 19.2.1971 tarih ve 1421/666 sayılı belgesinde, ilk üç yıl için R.Ç.'nin şirket müdürü seçildiği ve kendisinin münferit imzası ile şirketi temsil ve ilzam eylediği açıkça yazılıdır.

Taraflar, *5 Ağustos 1971 tarihli azilnamelerin* ve "ANLAŞMA" başlıklı mukavelenin hükümsüz olduğu ve bu itibarla *davalı* S.'yi *bağlamayacağı hakkında müvekkilin beyanını muhtevi keza 5 Ağustos 1971 tarihli açıklamasının noter marifetiyle davacı şirkete 7 Ağustos 1971 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine,* arada çıkan ihtilâfa son vermek için "ANLAŞMA"başlıklı âdi senette parsellerin, müşteri üçüncü şahıslara devir ve ferağının öngörülmüş bulunmasına rağmen, fiilen bu mukavele hükmünden ayrılınmak suretiyle, "ANLAŞMA"nın 1. maddesini şümulüne dahil *1883 adet parselden bir kısmının doğrudan doğruya şirket tarafından* satın alınıp mülkiyetinin iktisap edilmesi ve böylece aradaki münasebetin *kesilmesi hususunda mutabık kalınarak,* bu itibarla 21.8.1971 tarihli resmî satış akti gereğince resmî senette zikredilen belli parseller S. tarafından doğrudan doğruya davacı şirkete satılıp, mülkiyeti devredilmiş ve evvelki "ANLAŞMA" dışında taraflar arasında başka bir hukukî ilişki bulunmamış olmakla beraber *arada hiçbir ilişkinin kalmadığını teyiden ifade etmek maksadıyla, mübrez ibraname, azilnamelerden ve davalı S.'nin "ANLAŞMA"nın kendisini bağlamadığı hakkındaki irade beyanını davacı şirkete tebliğ ettirdiği 7 Ağustos 1971 tarihinden sonraki 21 Ağustos 1971 tarihini taşımaktadır.* Bunun önemi açıktır, bahusus ki 16.5.1972 tarihli dördüncü celseye ait *muhakeme zabıtnamesi* (s. 4, satır 11-13) *ile mevsuk olduğu üzere,* davalı vekilinin, taraflar arasındaki bağlantının hangi tarihte çözüldüğünün davacı vekilince açıklanmasını istemesi üzerine, *davacı vekili aynen: "...davalı taraf, bağlantının çözüldüğünü 5.8.1971 tarihli yazı ile bize bildirmişlerdir"* cevabını vermiş ve ayrıca daha sonraki 18.5.1972 tarihli lâyihasının "Sonuç" kısmında aynen: "... taraflar arasındaki *bağlantının çözüldüğü 5.8.1971 tarihinde..*" ibaresi ile aktin bozulmuş ve ortadan

kalkmış bulunduğunu ikrar eylemiş olduğuna göre, *bu halin tahaddüsünden ve davalı tarafça üstelik kesin olarak bilinmesinden sonraki* bir tarihi taşıyan bir *ibranamenin, tarih itibariyle daha önceki bir zamana rastlayan ihtilâfı da kapsayacağı* kendiliğinden anlaşılır. O halde, artık, ibraname münderecatında bu azil hâdisesinden hiç bahsedilmemiş olsaydı dahi, madem ki ibranamenin metninde, davacı şirketin davalı S.'yi "...bugüne kadar ki *bilûmum münasebetlerden* dolayı BAS Limited Şirketi ve müdürü R.Ç. şahsen S. nin zimmetine *tamamen ve geniş manada ibra eylediklerini beyan ve ikrar* ..." etmişlerdir, diye yazılıdır ve madem ki ibraname 21 Ağustos 1971 tarihinde imza edilmiştir, o halde taraflar arasında 21 Ağustos 1971 tarihine kadar mevcut bulunmuş olan münasebetlerden doğmuş veya doğabilecek bütün talep haklarından davacı şirketin feragat eylediği manasının çıkarılması gerektiği *doğru tefsire* ait hukukî prensipler gereğidir; çünkü Mecelle'nin küllî kaidelerinin 64. maddesinde ifadesini bulup, çağdaş hukukumuzun yorum hakkındaki umumî hukuk prensibine tekabül eden hukukî vecize mahiyetindeki hükmü gereğince : "*Mutlak, ıtlakı üzere câri olur.* Eğer nassan yahut delâleten takyid delili bulunmaz ise," (Ali Himmet *Berki*, "Mecelle" Ankara 1958, s. 13). Hâdisemizde ibranamede geçen ve davacı şirketin "*bilûmum münasebetlerden dolayı*" S.'nin zimmetini *tamamen* ve *en geniş manada ibra eylediği hakkındaki mutlakiyeti* takyit eden herhangi bir delil bulunmak şöyle dursun, tam aksine, ibranamenin ilk satırlarında *dava konusuna giren gayrimenkuller hakkında taraflar arasında daha önce vaki anlaşmadan* ve bu anlaşma sebebiyle S.'ye *vekâlet vermiş* ve bu vekâletnamelerden R. Ç. yi *azletmiş* bulunduğu sarahaten zikredilmek suretiyle böylece bu yüzden arada çıkan ihtilâfın, arsalardan bir kısmının tapuda doğrudan doğruya davacı şirkete ferağ takriri verilmek suretiyle halledilmiş bulunması karşısında, davacı şirketin hiçbir talep hakkı kalmadığının *ihtiyaten* teyit ettirilmesi amacı ile bu ibranamenin verilmiş olduğu, ayan beyan ortadadır. Eğer ibraname münderecatındaki mutlak ibarelerin açıklandığı *umumî* ibra karşısında, "ANLAŞMA"ya dayanan hukukî münasebetin devamı kararlaştırılmak istense idi, bu ibranamenin tanzimi için *makul bir sebep düşünülemeyecek olduktan başka,* bu takdirde, davacı şirketin, vaki azle ve "ANLAŞMA"nın hükmünden fiilen ayrılınmak suretiyle davacı şirketin doğrudan doğruya aynı gün tapuda gayrimenkullerin bir kısmını satın alıp, mülkiyetini iktisap etmesine rağmen evvelki "ANLAŞMA"nın yürürlükte kaldığının belirtilmesi ve buna matuf *bir ihtirazî kaydı* davacının dercettirmesi gerekir idi.

Nitekim davacı şirketin müdürü, geçmiş muameleler bakımından şirket için bir sakınca doğurabileceğinden endişe ettiği için metinde mevcut 8 kelimeyi çizerek karalamış, *fakat diğer ibarelere hiç ilişmemiştir.* Gerçekten de çizilen ibare, rahatça okunabildiği üzere; "...*ve şekil bakımından geçersiz ve tarafları bağlamaz olmakla...*"

kelimelerinden ibaret olup, şirkete izafeten müdürü tarafından çizilmesi, *âm, şamil ve mutlak olan ibranamenin kuvvetine halel getirmek, ona zaaf iras etmek maksadiyle değil, böyle bir ibareye dayanarak, davalı S.'nin, ibraname tarihine kadar yapılmış olup sona ermiş muamelelerden dolayı şirkete karşı herhangi bir talep hakkı ileri sürebilmesi, geçersiz bir anlaşmaya dayanan evvelki satışların hükümsüzlüğünü ortaya atabilmesi ihtimalinin akla getirdiği bir endişeyi gidermek maksadına münhasır bulunmuştur.*

VIII— Davalı S.'nin, resmî senet tanzimi yerine âdi senet imzalamak suretiyle böylece kanunî şekil yoksunluğunu maksatlı olarak, bilerek yaratmış olduğu davada isbat edilmiş olmak şöyle dursun, dava arzuhalinde ileri bile sürülmemiştir. Kaldı ki, olayda *kısmî* bir şekil eksikliği değil, anlaşmanın *âdi senede* dayanması itibariyle, kanunun aradığı şekle *hiç* riayet olunmaması durumu vardır. Esasen *Federal Mahkeme*'nin, şekil *eksikliğine* ilişkin kararlarında bile ifade edildiği üzere: "Resmî şeklin sağladığı hukuk güvenliği ve tarafları düşüncesiz kararlara karşı koruma amacı, acele ve *yetersiz olarak* senetlenmiş bir satım sözleşmesi, yapanın menfaatinden önce gelir". Nerede kaldı ki, hadisemizde anlaşmanın yetersiz olarak senetlenmesi halinin çok ötesinde, resmî senede *hiç bağlanmamış* bulunması hali söz konusudur.

IX— *Emredici* hükümlere dayandığı için, duruşma esnasında ileri sürülmemiş olsa bile, *Yargıtay*'ca dahi resen nazara alınması gereken ve "ANLAŞMA"nın hükümsüzlüğü sonucunu doğuran bir sebep daha vardır; o da, davacı şirketin, anlaşma konusu parselleri doğrudan doğruya kendi satın alıp, ondan sonra müşterilere devretmesi halinde, emlâk alım vergisi ve damga vergisi vermek zorunda kalacağından, bu anlaşmadan faydalanarak amme mükellefiyetlerinden *sıyrılmasına* sebep olacak bir mahiyet taşıdığı için, anlaşmanın bu yönden de geçirsiz sayılması gerektir.

X— ÖZET

1— Taraflar arasındaki münasebet, 1883 parsel için *iştira hakkı sözleşmesi,* 122 adet parsel için ise, *satış vaadi mukavelesi* olup, sadece *âdi senede* dayandığı için *sözleşmeler hükümsüz iken* bunların gayrimenkul tellâllığı ve karz olarak vasıflandırılıp yazılı şeklin yeterli görülerek anlaşmanın geçerli sayılıp, cezaî şart ve tazminata hükmedilmesi;

2— Şirketin ehliyetinin işletme konusu ile mahdut olup, dayandığı "ANLAŞMA"yı aktetmeğe esasen *ehliyeti de olmadığının* nazara alınmaması;

3— *Mutlak olan ibraname* münderecatına yanlış mana verilerek, bu yönden de davacının bir talep hakkı dermeyan *edemeyeceğinin* göz

önünde tutulmaması;

4— "ANLAŞMA"nın, davacı şirketin, emlâk alım vergisi damga vergisi gibi amme mükellefiyetlerinden sıyrılmasına müncer olacak bir mahiyet taşıması itibariyle yine *hükümsüz olduğunun* düşünülmemiş bulunması;

kanuna ve hâdiseye *aykırıdır.*

SONUÇ: İlkin icranın *tehirine,* temyiz incelemesinin *duruşmalı* olarak yapılmasına, taraf vekillerine davetiye çıkarılmasına, gerek temyiz lâyihamızda beyan edilen ve duruşmada arz ve tafsil edilecek, gerekse resen görülecek sebeplerden dolayı, *davanın reddine karar verilmesi gerektiğine işaret buyurulması suretiyle, kanuna aykırı* bulunan hükmün, *davalı müvekkilimiz yararına bozulmasına,* masraflarla mürafaa avukatlık ücretinin davacı şirkete yükletilmesine karar verilmesini üstün saygılarımızla dileriz.

Davalı S.'nin Vekilleri

BANKA ve TİCARET HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ
2004-2005 YILI YAYIN LİSTESİ

404. **Prof. Dr. Sabih ARKAN:** Ticarî İşletme Hukuku, 7. bası, Ankara 2004/I, XX+395 s.

405. **Prof. Dr. Ali BOZER/Prof. Dr. Celal GÖLE:** Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, 17. bası, Ankara 2004/I, XXIV+298 s.

406. **Prof. Dr. Ali BOZER:** Sigorta Hukuku, Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, Ders Kitapları Serisi - 1, Ankara 2004/II, XIX+234 s.

407. **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu** Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2004/VII, X+199 s.

408. **Ar. Gör. Seda Ulaş KISA:** Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, Ankara 2004/VI, XXIII+120 s.

409. **Prof. Dr. Nahit TÖRE/Derya SEVİNÇ:** Bankacılar İçin Dış Ticaret ve Kambiyo Bilgisi, 10. bası, Ankara 2004/VI, XV+198 s.

410. **Prof. Dr. Ahmet GÖKDERE:** Bankacılar İçin Ekonomi Bilgisi, 10. bası, Ankara 2004/VIII, XVI+262 s.

411. **Doç. Dr. Çiğdem KIRCA:** Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004/X, XL+229 s.

412. **Prof. Dr. Tuğrul ANSAY/Doç. Dr. Aynur YONGALIK:** Bankacılar İçin Şirketler Hukuku Bilgisi, 20. bası, 2004/IX, XVI+156 s.

413. **Prof. Dr. Ali BOZER/Prof. Dr. Celal GÖLE:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ders Kitapları Serisi - 2, Ankara 2004/X, XVIII+250 s.

414. **Dr. Burçak YILDIZ DESTANOĞLU:** Yatırım Fonu Katılma Belgeleri, Ankara 2004/XII, XXVIII+290 s.

415. **Prof. Dr. Ali Naim İNAN:** Medenî Hukuk, Ders Kitapları Serisi - 3, Ankara 2005/II, XLVI+350 s.

416. **Bankacılık Sorunları Sempozyumu** Bildiriler-Tartışmalar-Paneller, Ankara 2005/II, VIII+333 s.

417. **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu** Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2005/II, XII+139 s.

418. **Prof. Dr. Tuğrul ANSAY:** Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Ankara 2005/III, XIX+63 s.

419. **Prof. Dr. Celal GÖLE:** Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi ve Ticarî Senetler, Ankara 2005/IV, XVIII+204 s.

420. **Türk Ticaret Kanunun Tasarısı, Konferans**, Bildiriler - Tartışmalar, Ankara 2005/VII, XII+228 s.

Adres: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 06590 Cebeci - Ankara

Tel : (312) 319 11 41 - 562 16 01
Fax : (312) 319 86 65
Web (url) : http://bthae.ankara.edu.tr
E - Mail : bthae@law.ankara.edu.tr