

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN MAKSADI ÖN PLÂNDÂ TUTAN KARARLARI ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Kemal Galip BALKAR

İslâm Hukukunda pek önemli bir esas vardır. Mecellenin ikinci maddesini teşkil eden bu hükme göre "bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir". Bu esası madde metninde "yani bir iş üzerine terettüp edecek hüküm ol işten maksat ne ise ona göre hüküm olur" diye bir açıklama yapıyor.

Bu esas hukukun alfabesi demek olduğundan üzerinde fazla durmağa ihtiyaç bulunmadığını sanıyoruz.

Uyuşmazlık Mahkemesi bu maksat kelimesiyle hemen aynı anlama gelen gaye kelimesini hedefle değiştirerek fertlerin giriştikleri dâva hareketlerinde bu noktaya çok dikkat etmektedir. 3.2.1962 tarihindeki toplantısında yüksek mahkeme esas 1961/38, karar 1962/2 sayılı örnek kararında bu esası aydınlatmıştır.

Dâvacı Şerife Millî Savunma Bakanlığı aleyhinde Sakarya Asliye Mahkemesi Birinci Hukuk Hâkimliği huzurunda bir dâva açmıştır. Dâvacı miras bırakanı Mehmet'in 11.8.1330 tarihinde askere alınıp Ardahan cephesinde şehit olduğu halde nüfus kütüğünde sağ görülmesi sebebiyle şehitliğinin tesbiti için Sakarya Asliye Mahkemesi Birinci Hukuk Hâkimliğinde açtığı dâvanın görev yönünden reddedilip kesinleştiğini, karar gereğince Danıştay'da açılan dâvanın da görev yönünden reddolunmuş bulunduğunu ileri sürerek görev uyuşmazlığının giderilmesini istemiştir.

Karar metninden tam metin halinde aktardığımız bu açıklama "selbi görev uyuşmazlığı" karşısında bulunduğumuzu anlatıyor. Bununla beraber hukukî olay mahiyetinde bunun herhangi bir tesiri yoktur.

Yüksek Mahkeme dış görünüşün altında gizlemeğe çalışılan hukuk olayını meydana çıkarmakta tereddüt etmemiştir. Görev uyuşmazlıklarında ister icabî ister selbi olsun, yapılacak olayın hukuk yönünden mahiyetini, hüviyetini teşhis etmektir. Bu yapılırca tatbik edilecek hukuk kaidesini tayin etmek kolaydır. İncelenen Asliye Hâkimliği ve Danıştay dosyalarına göre dâvanın nüfus kütüğündeki yazının düzeltilmesi dâvası olmayıp şehitliğin tesbiti dâvası olduğu yüksek mahkemece kabul edilmiştir. Bu neticeye varılması lâzım geleceği dâvanın Millî Savunma Bakanlığı aleyhine açılmasından anlaşılıyor. Alelâde bir ölüm ile ölmüş bir kimsenin nüfus kütüğündeki kaydının yaşamakta olduğunu gösterdiğini düşünelim. Bu kaydın düzeltilmesi için mahkemeye müracaat etme-

ğe ihtiyaç görülürse bunun için Millî Savunma Bakanlığını hasım göstermeğe lüzum yoktur. Millî Savunma Bakanlığını hasım göstermek, onu ilzam edecek, onun aleyhine hüküm ifade edecek bir karar elde etmek maksadına dayanmadan bir manâ taşımaz.

Uyuşmazlık Mahkemesi şöyle devam ediyor : “Dâvacının, bununla kendisine şehit maaşı bağlamağa idareyi zorlayıcı bir hüküm elde etmeği hedef tuttuğu açıktır. Maaş bağlanması gibi idarî bir tasarrufa esas olacak bir olayın tesbiti dâvası da hukukî niteliği bakımından bir tam kaza dâvasıdır. O halde uyuşmazlık (Danıştay Kanununun 23 üncü maddesi hükmünce) Danıştay’da çözülmelidir.

Yüksek mahkeme bu neticeye vardıktan sonra idarî yargının görevli olduğuna ve Danıştay Beşinci Dairesinin görevsizlik kararının kaldırılmasına oybirliğiyle karar veriyor.

Burada prensip değeri taşıyan düşünce “idareyi idare sahasında bir tasarrufta bulunmağa zorlayıcı bir hüküm elde etmeği hedef tutan dâva” keyfiyetidir. Bu tasarruf idare sahasında tasavvur edilebilen bütün çeşitleri içine alır. 3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin A bendi “idarî fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar” a idare aleyhine dâva açmak yetkisini vermiştir. Her ne kadar bu bendin başında “rüyeti adli mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkındaki” kaydını koymuş ise de bu kaydın konmasının sebebi ne olduğunu Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisinin 1955 yılında çıkan onuncu cildinin birinci sayısındaki “3546 sayılı kanunun 23 üncü maddesinin A bendi” başlıklı etüdümüzde uzun ve etraflı bir şekilde açıklamış bulunuyoruz. Kanunların yapılışında ne gibi düşüncelerin etkisi altında metinlerin nasıl değişiklikler geçirdiği bilinmeden kuru ibarelerden hukukî hakikatlere ulaşamayacağı bu yazımızda gösterilmiştir.

Esas incelemenin gerektirdiği bu açıklamadan sonra sadede dönebiliriz : “İdareyi idare sahasında bir tasarrufta bulunmağa zorlayıcı hüküm elde etmeği hedef tutan dâva” prensibini koyan, yahut mevzuatın koyduğu bu esası benimseyen yüksek mahkeme, bu mutlak hükmü ara sıra bizim akıl erdiremediğimiz, yahut hukuk dışı bulduğumuz tarzda kayıtlamaktadır. Meselâ bir karar veya fiilin idarî olup olmamasındadır. Eğer fiil veya karar idarî ise bundan da üçüncü şahısların hukuku muhtel olmuş ise muhtel olan hukukun tamiri, tazmini dâvasının idarî kazada bakılması gerekir; çünkü gerek 491 sayılı eski Anayasamız, gerek 334 sayılı Anayasamız 51 ve 140 ıncı maddelerinde mutlak olarak idarî dâvaları görmek görevini Danıştay’a vermişlerdir. Aralarındaki fark yenisinin kanunlarla yeni idarî yargı mercileri ihdas edilmesine imkân sağlamasıdır. Bu açıdan dâva konusu uyuşmazlıklar incelenirken bunların

tabiat ve mahiyetlerinin idarî olup olmadığına dikkat etmek gerekecektir. Eğer dâva tabiat ve mahiyeti idarî olan bir hadiseden doğmuş ise bunun bakılacağı kaza mercii kanunların başka idarî yargı merciine bırakmadığı hallerde Danıştaydır. Bu esasa aykırı olarak idarî olmayan kaza mercilerine görev veren kanunların açıkca Anayasaya aykırılığını iddia etmek yerinde bir hareket olur. Şu duruma göre Uyuşmazlık Mahkemesinin idarî mahiyetinde şüphe edilmeyen vakıalardan ileri gelen dâvalarda şu kanundan bu kanundan doğduğunu düşünerek adlî kazayı vazifeli sayması mevzuat dışına ve üstüne çıkması demek olur.

Anayasa Mahkemesinin bizce hatalı olan bu görüşüne en çok motorlü vasıta kazalarından çıkan tazminat dâvalarındaki icabî görev uyuşmazlığında verdiği kararlarında rastlanır. Misal olarak yüksek mahkemenin 3.2.1962 tarihinde ittihaz eylediği esas 1961/37, karar 1962/1 sayılı alabiliriz. Karardaki hülâsaya göre dâvacı vekili, dâvalının kullandığı goför Cemil'in trafik esaslarına aykırı olarak sürdüğü otoyolu müvekkili ortaklığı sigortalı Ahmet'e ait 14914 Ankara plâkalı otomobile çarptırması sonucu adı geçene ödemek zorunda bıraktığı 1160 liranın faizi ile birlikte dâvalıdan alınmasını istemiştir.

Dâvalı tarafın hangi esasa dayanarak görev itirazında bulunduğu hülâsaya geçirilmemiştir. Bu hususu raportörden alalım. Raportöre göre dâvalı vekili, erin olay anında vazifeli olması halinde mahkemenin görevsiz, aksi halde Bakanlığın hasım olamayacağını savunmuştur. Gene raportöre göre mahkeme sebep göstermeksizin yalnız "iddianın mahiyetine binaen vazife itirazının varit bulunmadığı neticesine varmıştır".

Şu hülâsadan anlaşılıyor ki hâkimin üzerinde durmak istemediği ve görevli yargı mercinin tayininde baş rolü oynayan iddianın daha doğrusu dâvaya yol açan olayın mahiyeti tartışma konusudur.

Düşündüklerimizin açıklanmasını sonraya bırakarak yüksek mahkemenin kararını ele alalım. Karar metninde "dâva, trafik esaslarına aykırı davranış sonucu meydana gelen zararın ödetilmesini hedef tutan ve Borçlar Kanununun 41 ve 55 inci maddelerine dayanan bir tazminat isteğinden ibarettir. Dâvacı sigorta ortaklığının dâva hakkı, Türk Ticaret Kanununun 1301 inci maddesi ile kabul edilmiş olan haleflik esasına dayanmaktadır. Trafik Kanununun uygulanmasıyla ilgili tazminat dâvalarının özel hukuk dâvaları olduğu Uyuşmazlık Mahkemesinin kökleşmiş içtihatlarından. Buna göre, zarar görenin kanunî halefi olan ortaklıkca açılmış bulunan bu dâvanın da adalet mahkemesinde görülmesi gerektir." denilmektedir.

Düşündüklerimiz bu kararda dayanılan esasların karşısında yer almaktadır. İcabî görev uyuşmazlığı olaylar adlî ve idarî yargı organları

arasında Anayasanın çizdiği görev sınırı üzerinde çıkan bir görüş ve anlayış ihtilâfıdır. Bu bakımdan önemi pek büyüktür. Ve tarafların üzerinde bir anlaşmaya varmalarına cevaz yoktur. Bundan dolayı dâvacının Borçlar Kanunu hükümlerine dayanması mahkemeler için mutlaka dâvayı o istikamette hüküm verme mecburiyeti doğurmaz. Öyle olsaydı zaten bu nokta ile anlaşmazlıklar Uyuşmazlık Mahkemesine gidilmesi için 4788 sayılı kanun hüküm koymazdı. Şu hale göre Uyuşmazlık Mahkemesi kararında dâvanın görüşü tesbit edildikten sonra dâvalının itirazı da yazılmak gerekirdi. Bu cihet noksan bırakıldığı için karardan görev itirazının esaslara dayandığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi kararları üzerinde yapılacak bilim incelemelerine ışık tutabilmesi için kararların bu boşluğunun doldurulmasında fayda vardır.

Karar bundan sonra haleflik esası üzerinde durmakta ve Türk Ticaret Kanununun 1301 inci maddesi ile bu hususun kabul edildiğini açıklamaktadır. Adliye mahkemesinde dâvalı bu nokta üzerinde herhangi bir itirazda bulunmamıştır; bulunmuş olsa dahi böyle bir itiraz Uyuşmazlık Mahkemesinin inceleme sahası dışındadır; o halde bu haleflik meselesinin Uyuşmazlık Mahkemesi kararında yer alması kararın görev çerçevesi dışında çıkması demektir; bu ise sakınılması gereken asıl üzerinde durulması gereken karar kısmı bundan sonraki bölümdür. Yüksek mahkeme diyor ki Trafik Kanununun uygulanmasıyla ilgili tazminat dâvaları özel hukuk dâvalarıdır. Bununla yetinilerek bu hususun Uyuşmazlık Mahkemesinin kökleşmiş içtihatlarından bulunduğunu eklemek lüzumunu hissediyor.

İşin can alacak noktası bizim ikiye böldüğümüz yüksek mahkemenin bu cümlesi içindedir. Görülüyor ki hizmet kusuru ile ilgili görev itirazı burada kalın bir sükût perdesi ile örtülmüştür. Yüksek mahkemenin çözeceği uyuşmazlık hâdisenin hizmet kusuruna bağlı olmak yüzünden kazandığı hukukî vasıfla ilgilidir.

Dâvalının görüşü şudur : Ortada er şoförün kusurundan doğma bir zarar varsa ve bunun idarece tazmini gerekiyorsa bu durumun Borçlar Hukuku ile alâkası olmamak gerekir; çünkü eğer şoförün Trafik Kanununa aykırı hareketi varsa bu hareket ya şoför için şahsî kusur dediğimiz sakatlığı meydana getirir, yahut bir hizmet kusuru teşkil eder. Eğer şoför için şahsî kusur meydana gelmiş ise idare bundan sorumlu tutulamaz; şayet bu hadise hizmet kusuru sayılırsa - ki ancak bu takdirde idarenin sorumu bahis konusu olabilir - o zaman da görevli yargı mercii Danıştay'dır.

Görülüyor ki vazifesizlik itirazının dayandığı bu görüş üzerinde yüksek mahkemenin kararında tek kelime yoktur, olmayınca da karar hukuk yönünden doyurucu olamaz.

Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercilerinden hangisinin bir anlaşmazlık meydana gelmesi halinde görevli olduğunu tayin edeceğine göre anlaşmazlığa düşen tarafların görüşlerini karşılıklı olarak incelemek zorundadır. Bunu yapmadan verilen karar bilimce gerekli incelemelerin yapılmadığı kanaatini uyandırır.

Bizim düşüncemiz yukarıki mülâhaza sebebiyle incelemenin idare hukuku cihetini eksik bırakmış olduğu merkezindedir.

İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörlerinden sayın Lütfi Duran'ın da bir yazısında işaret ettiği gibi yüksek mahkeme kararında delil olarak gösterilen "Uyuşmazlık Mahkemesinin kökleşmiş içtihadı" daima oy çokluğu ile verilmiş kararlardır. Bundan bu kararlar son sekiz yıl içinde Uyuşmazlık Mahkemesinin dördü Yargıtay'dan, üçü Danıştay'dan olmak üzere yedi Yargıdan teşekkül etmek suretiyle motörlü vasıta kazalarından doğan tazminat dâvalarının bakılması görevini adalet yargı mercilerine verdiği doğru ise de buna "kökleşmiş içtihad" demekle fikrimizce isabet yoktur. Hukuk dilimizce en çok suiistimal edilen istilahlardan biri "İçtihad" tabiridir. Bu kararda da içtihad kelimesi yerinde kullanılmamıştır.

Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi öğrenciler için bir dergi sanılarak hukukçularımız tarafından gereği kadar önem verilmediği şüphesi bende uyanmaktadır. Bu derginin 1955 yılında çıkan onuncu cildinin birinci sayısında "İçtihad" tabirinin şark ve garp hukukundaki anlamını belirtmeğe çalışmıştık. O yazının bu konuya dokunan kısmını buraya aktarmakta fayda görüyorum. Rahmetli Seyit beyefendinin (Usulü Fıkıh) ünvanlı 1333 yılında Matbai Amire'de basılmış eserinin birinci cüzününün 169 uncu sahifesinde içtihadın lügat manâsını söyledikten sonra istilâh da içtihad (ahkâmı şeriyeyi zanniyeyi edilei tafsilîyesinden istinbata bezli makdaret) manâsına nakil ve tahsis olunmuştur, demektedir. Devrimin şöhret sahibi bilginlerinden Mahmut Esat efendi merhum 1309 tarihinde neşrettiği (Telhisi Usulü Fıkıh) namıyla maruf kitabında "sahife 391 ve sonrakiler) aynı esasları beyan eylemektedir. Mecellenin 14 üncü maddesindeki (mevrîdi naste içtihadı mesağ yoktur) kaidelerini de yukarıki bilgilere eklersek islâm hukuku bakımından içtihad müessesesi hakkında bir nebze bilgi edinmiş oluruz.

Garo hukukunda "İçtihad" mefhumuna gelince Berne Üniversitesi profesörlerinden Pierre Tuor'un 1942 tarihinde Fransızcaya çevrilen (Lecodı civil Suisse, escpose systematique tenant compte de la jurisprudence du Tribunal Fédéral) adını taşıyan kitabına müracaat ettim. Kanunu medenimizin birinci maddesinin hakimlerimize verdiği geniş selâhiyet hakkında bu müellifin fikrini öğrenmek istedim. Bilindiği gibi bu

madde hâkime karar ittihazı için verdiği bu müstesna yetkiyi bir takım kayıtlarla çerçevelemiştir. Hattâ sadece çerçevelemekle kalmamış o çerçeve içinde bir takım yollardan yürüyerek neticeye varmasını, karar vermesini emreylemiştir. Üzerinde düşünebilmeyi sağlamak için birinci maddenin metnini buraya alıyorum.

Kanun lâfziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer'idir. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve adete göre, örf ve adet dahi yoksa kendisi vazı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder.

Hâkim, hükümlerinde ilmî içtihadlardan ve kazaî kararlardan istifade eder.

Meselenin izahına girişmeden metnimizin İsviçre Kanunu medeninin birinci maddesine ait Almanca ve Fransızca metinlerine nazaran bir tertip değişikliğine uğramış olduğuna işaret etmek lâzımdır. İsviçre metinlerinde madde üç fıkra halinde tertip olunmuştur. Aslında birinci fıkrada sadece "Kanun lâfziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer'idir" cümlesinden ibaret olup bizim birinci fıkranın geri kalan kısmı ikinci fıkrayı yapmaktadır; böylece bizim ikinci fıkra da İsviçre metninde üçüncü fıkra olmaktadır.

Bu kanun durumuna göre hâkim için tatbiki kabil esası ilk önce kanunun metninde veya ruhunda aramak zaruridir. Bu Medenî Kanunun koyduğu en önemli ve en büyük esastır. Gerçi kanunun ruhunu anlamak metnini kavramağa nisbetle daha güç ve bu itibarla daha büyük çapta bir iş telâkki edilmek gerekirse de metinsizliğe kıyaslanınca daha kolay olduğunda şüphe yoktur. Burada diğer hususlara geçmeden şu önemli noktayı kaydetmek gerekir ki kanun kelimesi en geniş anlamında mevzuat manâsında anlaşılacak icap eder.

Eğer hakkında lâfziyle veya ruhiyle temas eden bir mesele ile karşılaşırsa o zaman hâkim örf ve adete göre hüküm verecektir. Şüphesiz ki örf ve adetin, varlığının tesbitinden muhtevasının tayinine kadar, tatbik kabiliyetini kazanmak için bir çok incelemelere konu olması gerekecektir; hâkim bunlarla meşgul olacaktır; bu ise kanunun ruhu ile meseleye temas edip etmediğini düşünmekten külfetli iştir. Fakat her görevin kendisine göre bir takım güçlükleri yenmek suretiyle ifa edildiği söz götürmez.

Bu cihetleri istirdat kabilinden hatırlattıktan sonra Profesör Pierre Tuor'u dinlemeğe sıra gelmiş bulunuyor. Tuor diyor ki :

HUKUKUN HÂKİM TARAFINDAN YARATILMASI (1)

Eskiden, bir kanunda mevcut kaidelerin bu kanunun sahasına giren bütün meselelerin halline müsait oldukları umumiyetle zannolunuyordu. Bu bir vahimedden başka bir şey değildi. Beşerî her eser gibi kanun da natamamdır, mükemmel değildir. Fazla olarak çok defa natamam olmak ister ve bunun haklı sebepleri vardır. Kanunu Medenî, kendi kifayetsizliğini kabul etmek hususunda oldukça açık sözlüdür; bir hâdisenin halli için gerekli kaidenin metinden istihraç edilememesi ihtimaline karşı tedbirler almıştır. Kanunda boşlukların bulunduğunu açıkca teslim ediyor, fakat aynı zamanda hukukta boşluklar bulunabileceğini de reddediyor. Kanun ve hukuk bir birine tetabuk etmez. Birincisi, çok daha ehemmiyetli olmakla beraber, hukukî nizamın ancak bir kısmıdır. Yazılı hukukun yanı başında yazılı olmayan hukuk vardır. Hâkim, kanunun kendisine cevap vermediği anda bu yazılı olmayan hukuka başvurmalıdır.

Bununla beraber, kanunun bir hâdiseyi sarahaten derpiş etmediği bütün hallerde boşluktan bahsetmekten içtinap etmelidir. Bu sükût, mutlaka kanun vazınının bir ihmâl veya nisyanını ifade etmez; derpiş edilmeyen faraziyenin, kanunun hükmü dışında mütalâa edilmesi ve makûs kaideye tabi tutulması icap eylediğini tazammun edebilir. Bu hususta hüküm verebilmek için kanunu tefsir etmek lâzımdır; metin ile hükmün bulunduğu yer ve bu hükmün istihdaf ettiği gaye göz önünde tutulmalıdır. Bir veya müteaddit muayyen hâdiseleri istihdaf eden kaidenin muhtemel diğer hâdiselere kabili tatbik olmadığını müşahadeye sevk eden muhakeme tarzına mefhumu muhalif denir. Federal mahkemenin kararları bu muhakeme tarzı hakkında bir çok misaller vermektedir. Bunlardan birini zikreylemekle iktifa edelim. Büyük ana ve babaların torunları ile şahsî münasebetlerde bulunmağa ve bunlara nezaret etmeğe hakları olup olmadığının tayini bahis mevzuu idi; bilhassa büyük ana ve babası tarafından büyütülmüş bir çocuğun vaziyeti göz önünde tutuluyordu. Federal Mahkeme, kanunda bu hususta bir boşluk bulunduğunu kabul etmedi. Kanunu Medenî bu hakkı ana ve babaya temin ediyor; büyük ana ve babalarla torunlar arasındaki münasebetleri tanzim ederken bu haktan bahsetmiyor; bundan çıkan netice şudur ki, kanun mezkûr hakkı büyük ana ve babalara bahsetmiyor. Bu mantıkî neticeyi, tarihî istihale ve aksine bir hal şeklinin doğurabileceği mahzurlar teyit eylemektedir; büyük ana ve babalardan her biri torunları üzerinde nezaret veya bunları ziyaret hakkı iddia edecek olursa torunlar ana ve baba ile büyük ana ve babalar arasında çok bocalarlar.

(1) Yukarıda adı geçen eseri, Almancadan Fransızcaya tercüme eden : Henri Desehenaux. Sahife : 34-37.

Hâkim, kanunun hakikî bir boşluğu karşısında kalırsa nasıl hareket etmeli? Mühakkak olan şey şudur ki hâkim objektif ve umumî bir kaide aramağa koyulmalıdır; bunu yaparken, sübjektif kıstasların, kendi sempati ve antipatilerinin, şahsî mülâhazalarının ve kendi hislerinin tesiri altında kalmamalıdır. Kanunu Medenî sırf hissî olan içtihadı olduğu kadar kanunun lâfzına gözü kapalı bir itaate de muarızdır.

Kanun boşluğunu doldurmak için başvurulması lâzım gelen ilk kaynağın örf ve adet olduğunu gördük. Ancak örf ve adetin de cevap vermemesi muhtemeldir. O zaman ne yapmalı? Bu kabil hallerde Roma Hukukçuları hâkimin akliselinden (naturalis ratio), iyi ve adilâne (ex bono et aequo) olandan ilham alarak kararını vermesini istiyorlardı. Onlardan çok evvel de, eski çağın en büyük filozofu Aristo, meşhur olan bir formül teklif etmişti. Kanunların umumî bir şekilde ifadei meram ettiklerini fakat umumî kaidenin tevafuk etmeyeceği hallerin mevcut olduğunu belirtiyor. O zaman "kanun vazı güçlük karşısında kalmış olsaydı ne yapacak idiyse o yolda karar vermek suretiyle" kanun vazını çok umumî olan kendi metninde derpiş etmediğini tamamlamak icap eder, diyordu.

Kanunu Medenî Aristo'nun bu formülünü kısaltarak birinci maddenin ikinci fıkrasında, ele almıştır. Kanundan veya örf ve adetten kaide hizmetini göreceğ hiç bir esas istihraç edilemediği zaman hâkim "kendisi kanun vazı olsa idi tesis edeceği kaidelere göre" hükmünü verir. Hukuku yaratmak umumî olarak kanun vazına has olduğundan Kanunu Medenî, hukuku yaratmak mevkiinde kalan hâkime örnek olarak kanun vazının hareket hattını göstermiştir. Hakikî kanun vazı keyfî, tesadüfî veya hissî olarak hareket etmez. Kendisinin bu husustaki rehberi : Vazedilecek kaidenin doğru ve adilâne hareketi, eşyanın mahiyeti, karşı karşıya bulunan menfaatlerin mukayesesi, umumî menfaat, hukukun emniyeti muamelâtın ve kredinin selâmeti, halkın ve alâkalı muhitlerin kanaatleri ve bilhassa, yeni esasın taarruz etmemesi lâzım gelen bizzat hukukî nizam gibi objektif ve umumî mülâhazalardır. Hâkim, yüksek vazifesinin mes'uliyetini, azametini ve ehemmiyetini mudrik olarak aynı şekilde hareket edecek ve hukukun diğer kaynaklarının halletmedikleri güçlükleri tesviye etmesine imkân verecek olan kaideyi objektif mülâhazalardan çıkaracaktır.

Bunun için hâkimin, yeni kaideyi kanunda bulunan ve fakat hüküm verebilecek olan hâdiseye haddi zatında taallük etmeyen bir hükme bağlamak suretiyle tesis etmesi ekseriya mümkün olacaktır. Bu, bir kanun hükmünün tatbik sahasını genişleten "kıyas yolu ile tefsir" dir; halbuki "mefhumu muhalif" yolu bu sahayı tahdit eder. Hangi metodu kul-

lanmalı? Buna karar verilirken varılacak neticenin muvafık, adilâne, makul olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Şimdi, nazariyat sahasını terk ederek mahkeme kararlarına bir göz atacak olursak görürüz ki Federal Mahkeme müteaddit vesilelerle 1 inci maddenin 2 nci fıkrasında verilen selâhiyeti kullanmış ise de bu hususta daima büyük bir ihtiyatla hareket etmiştir. Buna dair bir kaç misal zikredelim.

Kanunu Medenî, hiç bir yerinde defin masraflarının kimler tarafından ödeneceğini söylemez. Federal Mahkeme bu masrafları ilk safta müteveffanın terekesinin yüklenmesi lâzım geldiği kanaatindedir, fakat "birinci maddenin ikinci fıkrasındaki manâsında, yazılı olmayan hukukun bir prensibi olarak" şunu kabul ediyor ki müteveffa varlıktan mahrum olarak ölmüş ise kendisine kanunen bakmak mükellefiyetinde olanlar (karı veya kocalar, çocuklar, ana ve baba) cenazenin mücip olduğu masrafların ödenmesini temin etmekle mükelleftir.

Karı kocadan birinin diğerine karşı hâkimin himayesini talep etmesini sağlayan Kanunu Medenin 169 uncu maddesi (Türk Medenî Kanunu, madde : 161) dâvaya bakmaya selâhiyetli mahkemenin tayinini ihmal etmiştir. "Burada, 144 üncü madde (Türk Medenî Kanunu madde : 136) ya kıyasen halli gereken bir kanun boşluğu bahis konusudur; şöyle ki, selâhiyetli hâkim dâvacı tarafın hâkimidir."

Borçlar Kanunu, tadilinden önce, nama muharrer senetlerin iptali hususunda hiç bir hüküm sevketmemiştir. Bu bir kanun boşluğu idi. Bu boşluğu, hamiline muharrer senetlerin iptaline müteallik hükümleri kıyas yoluyla tatbik ederek doldurmak icap ediyordu.

Bir şirket müdürünün bu şirket namına kendisi ile bir akit yapıp yapamayacağı meselesi bahis konusu olmuştur. Müdür, meselâ, şirkete ait Vaud kantonu şaraplarından 2890 şişe şarabı kendisine satmış ve şirket nezdindeki hesabına 2890 frank zimmet kaydetmişti. Şirket iflâs etti ve masa bu şarapların iadesini istedi. Bu iş, "kendi kendisiyle akit yapma"nın muteberiyeti meselesini ortaya koydu. Kanun u Medenide bu konuda hiç bir hüküm yoktu. Bu hususta bir örf ve adet de mevcut değildi. Federal Mahkeme, birinci maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları mucibince, gerek teşrii mülâhazalardan ve gerek mahkeme kararlarının ve doktrinin (ilmî içtihad) ın kabul ettikleri hal şekillerinden ilham alarak karar verdi. Keza, Borçlar Kanununun 436 (Türk Borçlar Kanunu madde : 427) nci maddesinden istihraç olunan mefhumu muhalif de rolünü oynadı. Bir mümessilin kendisi ile yaptığı muamele, temsil edilen için ancak hiç bir zarar tehlikesi mevcut olmadığı takdirde meşrudur; aksi halde aktedilen mukavelenin butlanına karar verilir.

Bu açıklamaların ışığı altında Uyuşmazlık Mahkemesinin "kökleşmiş içtihad" dediği şeyin köksüz ve içtihad anlamı ile hiç ilgisi bulunmayan hatalı bir karar olduğu meydana çıkar.

Uyuşmazlık bu hususta içtihadı yoktur; çünkü yüksek mahkeme metinlerin mevcut olduğu konuda bu metinlere aykırı karar veriyor. Buna içtihad denemez. İkinci olarak Uyuşmazlık Mahkemesi ilmî içtihadları hiç dikkate almadan, idare hukukunun sorum konusundaki şahsî kusur, hizmet kusurunu kararının semtinden dahi geçirmeden kökleşmiş içtihattan bahsederek hatalı görüşüne kök temin edemez.