

YARGI ÖĞRETİ İLİŞKİSİ

YARGITAY DERGİSİNİN HAKEMLİ OLMAYA BAŞLAMASI VESİLESİYLE
YARGITAY TARAFINDAN DÜZENLENEN KONFERANS

YARGITAY KONFERANS SALONU- 26 NİSAN 2016

PROF. DR. ÇİĞDEM KIRCA
TOBB EKONOMİ VE TEKNOLOJİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DEKANI

YARGI VE ÖĞRETİ İLİŞKİSİ

- **Yargı ve öğreti birbirlerini etkilemekte midir?**
- **Nasıl etkilemektedir?**
- Teori ve uygulama birbirinden kopuk, birbirinden bağımsız mıdır?
Teori bir çok hukuk öğrencisinin hukuk fakültesinin ilk yıllarında edindiği olumsuz izlenimdeki gibi, gereksiz bilgi yığını, işi zorlaştıran bir olgu mudur?
- Öğretinin uygulamayı, uygulamanın da öğretiyi onun verilerini kabul ederek önemli derecede etkilediği görülmektedir.

Türk Hukuk Uygulamasında

- Türk hukuk uygulanmasında yargı ve öğreti ilişkisi hep birlikte ele alınmış, ayrıca öğretinin yargıyı yargının öğretiyi etkilemesi üzerinde pek fazla durulmamıştır.

Yargı ve Öğretinin Biraraya Geldiği Sempozyumlar, Konferanslar veya Sürekli yayınlar

- Türk hukukunda yargının öğretilen ve aynı zamanda öğretinin yargıdan yararlanması çoğunlukla öğretinin dahil olduğu sempozyumlar, konferanslar ile gerçekleştirilmektedir. Bunlar arasında özellikle süreklilik taşıyanların, yapıldığı alanda yüksek yargı kararlarının oluşmasında büyük etkisi olduğu gözlemlenmiştir.
- Bu içerikte özellikle TİCARET HUKUKU VE YARGITAY KARARLARI SEMPOZYUMU gösterilebilir. 1984 yılından beri düzenli olarak her yıl yapılan bu sempozyumların 2016 yılında 30.sı yapılacaktır.
- 1984 yılından yapılan İlk sempozyumda Banka Ticaret Hukuku Enstitüsünün başkanı Sayın Prof. Dr. Karayalçın, *her yıl ticaret hukuku ile ilgilenen hukukçular, hakim avukat ve Üniversite mensupları bu sempozyumda bir araya gelerek Yargıtay'ımızın bir yıl içinde önemli kararlarını inceleyecek, değerlendirecek ve bu ortak çalışmalarla Türk hukuk hayatına hizmet etmeye çalışacaktır* demektedir.

- Aynı Sempozyumda konuşma yapan 11.Hukuk dairesi başkanı,
- *“bilindiği üzere yasalar hazırlanırken ülke koşulları ve ihtiyaçları göz önüne tutularak ona göre gerekli düzenlemeler yapılır. Yalnız şurası muhakkak ki , bir yasa yürürlüğe girdiği tarihte ne kadar mükemmel olursa olsun sosyal ve ekonomik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni sorunlar karşısında o yanın zamanla yetersiz kalması ve uygulamanın gerisine düşmesi mukadderdir. **Ne varki bu yazılı kurallar ilmi ve kazai içtihatlar sayesinde günün ihtiyaçlarına cevap verecek biçimde hayatıyet kazanır ve kalıplaşmaktan kurtulur. Böylece hukukun gelişmesine de hizmet edilmiş olur”***
- ilmi ve kazai içtihatların önemini vurgulamıştır.

- Yargıtay dergisinin hakemli olması, da öğreti yargı ilişkisinin bir başka görünümü olarak ortaya çıkmaktadır. Dergide yayınlanan makalelerin akademik kontrolden geçmesi öğretinin yargıya ulaşmasını kolaylaştıracak bir unsur olarak hizmet edecektir.

Öğretinin Yargıdan etkilenmesi

- Öğreti hukuki bir sorunun çözümünde görüşünü oluştururken, öğretideki diğer görüşler ve daha önce verilen yargı kararlarından etkilenmektedir. Bazen yargı kararında kabul edilen görüşe bazen de aksi bir görüşe katılmaktadır.
- Türk hukuk öğretisinin genellikle yargı kararlarını özel veya genel olarak sistemleştirme yolunu tercih etmediği, yargı kararlarını özellikle içtihat değişikliklerini doğrudan değerlendiren bir sistematik çalışmalarda oldukça az bulunduğu gözlemlenmektedir. Oysa Batı ülkelerinde hukuk öğretisinin en önemli görevlerinden biri yargı kararlarını değerlendirmek, bu konuda görüşlerini belirtmektir. Her yeni veya değişik yüksek mahkeme kararından onlarca değerlendirmeye ilişkin yayın çıkmaktadır.
- Öğretinin yargı kararlarını değerlendirebilmesi için **ona ulaşması gerekir**. Buna genellikle yargıtay kararlarının yayınlandığı kitap ve dergilerden son zamanlarda elektronik veri bankalarından ulaşılmaktaydı. **Bu konudaki Yargıtay'ın 2015 yılından itibaren kişisel verilerden arındırılmış bir şekilde verilen kararlara ulaşılabilir olması, çok büyük bir gelişme olarak karşılanmaktadır.**
- Türk hukukunda bu şekilde bir yolun tercih edilmesinin sebebi, TMK'nın 1. maddesinin 3. fıkrasının daha farklı yorumlanması ve uygulanması olabileceği gibi, yargı kararlarının değerlendirilmesinin akademisyenlerin atama yükseltmelerinde önemli bir yeri tutmaması da olabilir.

Öğretideki görüşlerin Yargı kararlarında yer bulması

- Yargı özellikle yeni olgular söz konusu olduğunda, kanundaki değişiklik ve yeniliklerde öğretinin görüşlerine önem vermektedir. Ancak kararlarına gerekçe olarak kullanması genellikle daha önceki içtihatlarını değiştirdiğinde söz konusu olmaktadır.
- Yargıtay'ın kararlarında dikkati çeken husus, öğretinin görüşlerine genellikle kendi görüşünü desteklediği ölçüde yollama yapmasıdır.
 - Bu halde de genellikle görüşün sahibi belirtilmeden doktrin ve içtihatlarda kabul edildiği üzere ifadesini kullanmaktadır.
 - Bazen de genel kavramları tanımlarken Genel sistematik eserlere veya ders kitaplarına atıf yapılmaktadır.
- Oğuzman, 317, Eren 264; Karayalçın, 117, Tekinay, 358; von Tuhr, 192; Reisoğlu 246, (Kazancı İçtihat Bankasında)
- Mahkeme uygulamalarında kanunun metodolojik yorumu konusunda öğretide de yer alan verileri kullanmanın oldukça düşük seviyede olduğu gözlemlenmektedir. Zira Türk hukuk öğretisinde de bu konuda kapsamlı çalışmalar yapılmamıştır.

Hukuk Bilimi

- Hukuk önemli ölçüde uygulamayı gerektirir. Bununla birlikte uygulamadan ayrı olarak bir hukuk ilmi bulunmaktadır. **Hukuk İlmî batı avrupa üniversiteleri vasıtasıyla geliştirilmiştir. 1926'dan beri Batı'nın modern kanunlarını iktibas eden ülkemizde Türk üniversitelerinde aynı yolda ileri atımlar atılmıştır ve atılmaktadır.**
- Hukuk normlarının *kabul edilişi (Anayasa-kanun-tüzük, yönetmelik) günlük hayatta genellikle politik bir faaliyet olarak değerlendirilir* ve bunun için özel bir bilgiye ve eğitime sahip olunması aranmaz.
- Buna karşılık **hukuk normların somut olaya uygulanması özellikle mahkemeler tarafından önlerine gelen hukuki uyuşmazlığa uygulanması, hukuki bir faaliyet olarak belli bir metoda ve kurallara göre yapılır ve özel bir eğitimi gerektirir.**
- **Kurallar gerçî kanunda yer almaktadır ancak kanunun kendisi ilke olarak ortaya çıkmaz.** Bu durumlarda **hukuk uygulamasının ve doktrininin görevi kanunda yer alan ilkeleri tespit etmek ortaya çıkarmaktır.**
- Diğer taraftan **bir ilke pozitif hukukun analiz edilmesiyle** ortaya çıkarılır. Bu analiz için somut kuralların soyutlaştırılmasıyla veya kuralların onun politik ve etik konteksi ile sınırlandırılmasıyla gerçekleşir.
- Ayrıca **mahkeme uygulamaları ve doktrin hukuk ilkelerini yeniden yaratabilir.** Bu durumda **pozitif dayanağın eksikliği pozitif olmayan etik ilkelerin kabul edilmesiyle giderilir.** Bahsettiğimiz bu üç metodun çoğulcu olarak uygulanması mümkündür.

- **Hukuk**, yaşamın gerçekliklerinde ve norm materyallerinde yer alan önemli bakış açılarını tespit eden, değerlendiren, tartan ve aralarında anlamlı bir ilişki kuran bir **bilimsel faaliyet** olarak kabul edilmektedir. (Müller). Bununla birlikte hukuk biliminin disiplinleri arasında yer alan *hukuk koymanın ve hukuku uygulamanın kendi metotlarıyla tek bir doğruyu bulacağı dolayısıyla kesin bir bilim olduğu iddia edilmemektedir.*
- Hukuk uygulamasının, bir bilim mi yoksa özel bir disiplin mi olduğu gerçekte **önem taşınmaz. Ancak hukuku kavramanın özel bir bilgi ve beceriyi gerektirdiği tartışmasızdır.**

Hukuk Bilimi

- Doktrin ve uygulama hukuk uygulamasının içeriksel sorunları konusunda birbirlerini öteden beri dikkate almaktadır.
- İçerik olarak hukukun uygulanması, **belli bir olayın örneğın belli bir davranışın belli bir normun kapsamına girip girmediğı**, böylece o normun o davranışa uygulanıp uygulanmayacağı sorunuyla ilgilendir.
- Hukuku uygulayanlar, hangi olayların **hangi hukuk normunun kapsamına gireceğini doktrindeki görüşlerden öğrenir.**

- Hukuk bilimi, kazuistik yargı kararlarını sistematize eder, bunlardan çıkan ilkeleri belirler.
- Bundan başka yorum yöntemlerinin seçiminde hukuk boşluğunun doldurulmasında ve takdir yetkisinin kullanılmasında yol gösterici rol oynamaktadır.
- **Hukuk öğretisi karşılaştırır, birleştirir, sınıflandırır, ilkeleştirir, sistematikleştirir, sistemleştirir. (Serozan, s. 2429). Hukuku bilimsel bir uğraş düzeyine çıkarana da budur.**

HUKUK

METODOLOJİSİ

- Hukukta metot doktrini normun içeriği konusunda doğrudan bilgi vermez, sadece normun içeriğini belirlemek için takip edilmesi gereken metodu gösterir.
- ✦ Teori ve uygulama Roma hukukundan beri karşılıklı olarak büyük bir rol oynamıştır ve oynamaktadır ve temelinde en azından kısmen genel hermenötik bilgisine ilişkin temel ilkeler yer almaktadır. Bununla birlikte normatif doğru metodun bulunması açısından kanunda bazı dayanak noktaları da bulunmaktadır.
- ✦ **Bu konudaki temel düzenleme TMK 1 olup, kanunun sadece lafzının zorunlu ölçü olmadığını ifade etmektedir (1. fıkra) ve diğer fıkraları kanunda boşlukların bulunduğunu ve bu boşlukların nasıl doldurulacağını belirtmektedir.**
- ✦ **Metoda ilişkin bir diğer kural TMK 4. maddesinin hakimin takdir yetkisini kullandığı zaman bunun “hukuka ve hakkaniyete” uygun olmasının gerektiğine ilişkin kuraldır.**
- ✦ **Vergi Usul Kanununun 3. maddesinin B fıkrası: Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır.**
- ✦ Ceza hukukunda temel kural: “kanunun açıkça cezalandırdığı olayların cezalandırılacağı”, kıyas yasağının bulunduğu.

- Hukukta metotta “anayasa hukukuna ve kamu hukukuna ilişkin belli esaslar” önem taşımaktadır:
 - ✘ a) Örneğin, anayasanın **eşitlik** ilkesine uygun davranmak bunlar arasında yer alan ilkelere aittir.
 - ✘ Pozitif eşit davranma ilkesinden, “eşit olana eşit şekilde davranmak” ilkesi çıkar. Hukuken eşit davranma ilkesinin negatif emrinden, “eşit olmayana eşit davranmama” ilkesi ortaya çıkar.
 - ✘ b) Metot doktrininde anayasanın “hakimin kanunlara bağlı olduğu” temel ilkesi , kuvvetler ayrılığı ilkesinden kaynaklanmakta olup, önemli bir yer tutar.
 - ✘ Ayrıca hukukun uygulanmasına ilişkin ***metot doktrininde, “normatif”, “dogmatik” bir öğreti*** oluşturulmuştur. Bu doktrin, hakimin belli hukuki verileri nasıl yorumlayacağını önceden belirlemiştir. Bunun yanında *dünya çapında hakimin hangi açıdan yorumlayacağına ilişkin bir çok araştırma* bulunmaktadır.
 - ✘ Genellikle hakim sosyolojine ve hakim psikolojisine ilişkin hukuk tarihi, hukuk ideolojisine ve karşılaştırmalı hukukta yapılan bu çalışmalar sonucunda yorumda bulunanın, ***bir çok durumda çok sübjektif, kişisel ve politik bir “ön yargı” ile hareket ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.***

- Eğer hakim veya yorumcunun gerçekten herhangi bir duygudan arınmış, kendine ait yani sübjektif değerlendirmeleri olmayan bir “bir nitelendirme otomati” olduğundan hareket edilecek olursa, gerçeklikten uzaklaşmış olur.
- Tartışmasız ve kaçınmasız olarak yorum faaliyetinin “kognitiv” (düşünüş; varsayış ile ilgili) unsurları bulunduğu gibi, bunun “volitive” (isteğe bağlı) unsurları da bulunmakta ve hakimin “kişiliği” tamamen göz ardı edilemeyen bir rol oynamaktadır.
- Hukukta *metot doktrinin görevi, bu alanın tamamen sübjektif ve keyfi olarak kullanılmamasını ve mümkün olduğunca çok daraltılmasını sağlamak ve yorumu mümkün olduğunca objektifleştirmek ve rasyonelleştirmektir.* Dolayısıyla metot doktrinin asla küçümsenemeyecek hukuk devletini gerçekleştirmeye yönelik bir fonksiyonu vardır.

TMK m.1

- TMK m. 1, Hukuku bulma ve uygulama arayışında uygulanmasında mahkemeye yol gösteren **en temel ilkeyi** düzenlemektedir.
- TMK'nin 1. maddesinin kenar başlığı "**hukukun uygulanmasıdır**".
- Diğer taraftan TMK 1, hukuk kaynakları arasındaki sırayı da göstermektedir. MK'nin 1. maddesi hukuk metodolojisi konusunda da bilgiler içermektedir. ***Hukukun bulunması konusundaki arayışta*** mahkeme kanununun "sözü ve özünü" araştırmalıdır. 2. fıkrada hükme bağlanan *hakim hukukudur; hakim kanun koyucu imiş gibi kanunu yaratması, kanunu tamamlamasıdır*. TMK'nin 1. maddesinin 3. fıkrası ayrıca mahkemenin kararında dikkate almak zorunda olduğu bir yardımcı aracı da düzenlemiştir: **Hakim karar verirken bilimsel görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanır**. Dolayısıyla kaynaklar arasında sıralama, **Kanun, örf ve adet ve denenmiş yargı ve öğretilerdir**.

TMK m.1'in Kabul Edilmesinin Altında Yatan Öğretiler/Ekoller

- Kavram Hukukçuluğu/Begriffsjurisprudenz (Friedrich Pucta, Bernhard Windscheid ve başlangıcında Rudolf von Jhering'dir.) Hukuk sistemi, itiraz edilemez/karşı konulamaz bir kavram sisteminden oluşur. Böylece mantıki metodlarıyla her türlü soruna nihai çözüm bulmak mümkündür. Bu görüş, hakimlerin bir atlama otomatı /Subsumtion automaten olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur.
- Kanuni Pozitivizm: 19. yy'ın son çeyreği, Hakimin hukuku uygulamasında dikkate alınması gerekenin, *kanunu uygulamak* olarak anlaşıldığı görülmektedir. Genel olarak kabul edilen, hukuku uygulamayı reddetme yasağı /rechtsverweigerung ile birlikte değerlendirildiğinde bu durum kanunların boşluksuz olduğu hatta hukuk düzeninin boşluksuz olduğu tezine götürmektedir. Örf ve adet hukuku kabul edilmektedir ancak gerçekte anlamsız kalmaktadır. Kanun metinsel olarak tüm olayları kapsayamaz, ancak kıyas veya aksiyle kanıt yoluyla tüm sorunlara çözüm bulur.
- Kanuni pozitivizm ile birlikte kavramlar içtihadı, hakimin hukuku uygulamasını, mantıki ve esas olarak değer yargılarından uzak bir faaliyet olarak ifade etmektedir. Buna karşılık kanuni pozitivizm, kavramlar içtihadının sistemin içerisindeki hukuk yaratmasını, kanunun içindeki hukuku bulmaya dönüştürmüştür. Kavram hukukçuları açısından kavramın içinden bulunan hukuk yaratma/Rechtsfortbildung geçerli ve kaçınılmazdır. Buna karşılık kanuni pozitivizmde herşeyin kanundan veya örf ve adetten okunabilir olması gerekir.

- Serbest Hukuk Okulu: 20. yy.ın başlangıcında ortaya çıkan serbest hukuk okulu dar, şekli kavramsal ve pozitivizmle damgalanmış görüşlere karşı çıkmıştır. Serbest Hukuk okulunun birinci derecede bir karşı hareket olarak anlaşılması gerekir. Bu okul hukuk düzenin çok geniş ölçüde tamamlanmamış/eksik Unvolstaendig olduğundan hareket eder. Sözcükler olsa da daha az boşluk olacağı iddia edilemez. Bunun üzerine mahkemelerin geniş ölçüde yaratıcı bir faaliyet yapmasına izin vermektedir. Hakimin bu yaratıcı faaliyetinin kaynağını pozitif hukuktan veya pozitif hukukun sistematiğinden değil, hakimin kendi düşüncesi/Hukuk duygusundan/Rechtsempfinden alır. Buna bağlı olarak serbest hukuk okuluna, Gefühljurisprudenz/duygu içtihadı, yada **hakim krallığı**/ hükümranlığı adı verilir. Serbest hukuku okulu, hakimin hukuku bulmasına rasyonel gerekçelerin eşlik ettiğini savunmakta olan Menfaatler İçtihadı ile bu açıdan farklılık göstermektedir.
- Menfaatler İçtihadı (Jhering, Philipp Heck, Heinrich Stoll ve Rudolf Müller Erzbach)

- **Ecole de l'exégèse/Şehçi okul/Yorumcu Okul** : Fransa'da gelişme farklı olmuştur. Sonuçta 19. yy'ın sonlarında pozitivizm hakim olmuştur. Bu okul şehçi okul denilmektedir... Daha sonra şehçi okul kanunun sözüne ve tarihi kanun koyucunun amacının esas alınmasına fixlenmiştir. Herhalükarda da bu metinlerin eksik olduğu görünüyorsa tarihi kanun koyucunun amacının araştırılmasıyla sonuçlanmaktadır.
- **Ecole de la libre recherche scientifique: Bağımsız bilim araştırmaları okulu.** Fransa'da pozitivist hukuk okulu olan şehçi okul gittikçe büyük eleştiriler almaya başlamıştır. Bunların başından François Geny 1899 yılında buna ilişkin eserini yayınlamış ve Alman serbest hukuk okulunun öncüsü olarak kabul edilmiştir. Geny'e göre yorumda sadece kanunun sözüne başvurulması isabetli değildir. Hukuk yaşamının düzenlenmemiş sorunları, mantıki boşluk doldurmalarla sadece kanuna değil, moral ve politika veya bilim gibi hukuki olmayan unsurlara başvurularak da cevaplandırılır. Böylece Geny, sözü geçen unsurlara özellikle eşyanın tabiatına başvurulmasını önerir.

- İsviçre Medeni Kanunu'nu kodifike eden ve İMK m. 1'e son şeklini veren Eugen **Huber**'in hakimlik hukuk yaratmasındaki metot konusundaki düşüncesi aslında gelenekseldir. Ona göre hakimlik hukuku uygulamasında, tüm kodifikasyonda geçerli olan, geçerli olmalıdır. **Kanun, bireysel menfaati ve genelin iyiliğini korumalıdır ve her seferinde bu iki değeri tartmalıdır....** Hakimin **yaratıcı işine vurgu yapılmakta ve boşluk olmayacağı dogmasına karşı çıkılmaktadır.** Bu çerçevede Eugen Huber geniş yorum kavramını Art. 1 Abs. 1'de esas almış, içinde kıyası da barındırmıştır. Oysa bu dönemde Almanya'da yorum ve boşluk doldurma, metodolojik olarak birbirinden sıkı bir şekilde ayrılmıştır.
- Huber'in yorum kavramı konusundaki ayırımı bugün dahi Fransız metodolojine uygundur.

İMK Art.1/TMK m.1

İMK 1

A. Anwendung des Recht

A. Application de la loi

A. Applicazione del diritto

TMK 1

A. Hukukun Uygulanması

1. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

1 La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione.

Kanun sözüyle ve özüyle deđindiđi bütün konularda uygulanır.

2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht¹ nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde

2 A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

2 Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

3 Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

3 Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.

UYGULAMA ALANI

- Hem birinci maddenin ikinci fıkrasını hem de ikinci fıkrasını kapsar. Yani hakim hem kanunu bulma ve içerigini belirlerken hem de boşlukları doldururken öğreti ve mahkeme kararlarından yararlanır.
- Maddenin Fransızca ve İtalyanca ifade ediliş tarzı genel bir ifade iken, Almanca versiyonu ikinci fıkraya işaret edecek şekilde kaleme alınmıştır.
- Maddenin İsviçre’de tarihi oluşumuna bakıldığında ilk önce ikinci fıkranın uygulanması için düşünüldüğü görülecektir. Dolayısıyla, bağımsız bir boşluk doldurma işlevinden hareket edilmiştir.
- Der von der Bundesversammlung beschlossene Absatz 2 lautete: «Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre und Überlieferung». Bu fıkra bu şekilde Parlamentoda kararlaştırılmıştır.
- 3. fıkranın ilk iki taslak metni 1. maddenin 1. fıkrası için uygulanacak şekildeydi. Buna göre birinci metin:
 - ***Hakim hem kanunun yorumunda hem hukukun uygulanmasında denenmiş öğreti ve uygulamaya danışır*** (beraten zu lassen).
 - İkinci metinde ise ***Öğreti ve Uygulama, hakimi Kanunun yorumunda ve hukukun uygulanmasında aydınlatır*** .
 - **Sonunda** redaksiyon komisyonu bugünkü İMK metninde karar kılmıştır. **Hakim denenmiş doktrini ve uygulamayı takip eder/yararlanır/dikkate alır.**

ÖĞRETİ

- Öğreti birinci dereceden ***hukuk bilimini*** ifade eder.
- *TMK 1, fıkra 3 anlamında öğreti veya doktrin*, genel olarak, özel hukuku sorunlarda, belli bir hukuk alanında veya tüm hukukta yapılan ***araştırma sonuçlarının tespit edildiği monografiler veya makaleleri ifade etmektedir***. Burada ağırlıklı olarak yürürlükteki hukuku göz önünde tutan ***hukuk dogmatığı*** söz konusudur. Doktrine genel ve sistematik eserlerde hukuk ders kitaplarında, kanun şerhleride ve içtihat derlemelerinde ileri sürülen görüşlerin de dahil olacağı kabul edilmektedir.
- Ancak bunun yanında *hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi* gibi temel araştırma alanları da öğretime dahildir. 3. fıkra anlamında öğretinin uluslararası araştırmaları da kapsadığı tartışmalıdır.
- Mahkemeler, yorum ve boşlukların doldurulmasında dayanak noktası bulmak için hukuk bilimi dışında *diğer alanların da araştırma sonuçlarını dikkate alır*. Bu anlamda örneğin *istatistik, psikoloji, psikiyatri veya tıp*, 3. fıkra anlamında öğretime dahildir.

Öğretinin Denenmiş Olması

- İMK m.1, f. 3'ün Almanca metni anlamında mahkemelerin **denenmiş (bewährthe) öğretiyi** takip etmeleri gerektiğini ifade eder. İtalyanca metni doktrin otoritelerini «dottrina più autorevole» ifade etmektedir.
- Türk hukukuna çevrilen, Fransızca metni ise sadece «**solutions consacrées par la doctrine**»den bahsetmekte, öğretinin denenmiş veya teyid edilmiş olmasına ilişkin bir ifade içermemektedir. TMK'daki ifadesi ise, hakim 'bilimsel görüşler'den yararlanır şeklindedir.
- İsviçre ve Türk hukukunda Almanca ve İtalyanca metnin esas alınarak dikkate alınacak öğretinin denenmiş, teyid edilmiş, doğrulanmış, benimsenmiş olmasını aramaktadır. (Edis, s. 223; Oğuzman, Barlas, s. 13), doğruluğunun denenmiş (İmre, s. 213). Belirli bir görüşün doktrinde kendisini kabul ettirmiş olup olmadığına gerçek bir otorite kazanmış olup olmadığına bakmak gerekir. Bir azınlığın kanaati doktrin yerine geçmez, buna karşılık bir bilginin özel fikri bir çok taraftar kazanmış olabilir (İmre, s. 214)
- Mahkemenin esas alacağı, **öğretide ileri sürülen görüşlerin tamamı değil, mahkeme tarafından ikna edici bulunandır.**
- Hangi öğretinin denenmiş veya ikna edici olduğuna mahkeme karar verecektir.
- Doktrinde belli bir görüş konusunda **ağırlıklı görüş veya oybirliği varsa bu görüşlerin doğrulanmış olduğu konusunda bir emare olduğu** kabul edilmektedir. Bu durumda mahkemenin bu görüşlerin denenmiş olduğunu ayrıca araştırması gerekmez.

Öğretinin Denenmiş Olması

- Bazı istisnai durumlarda hakim olan görüş daha sonra bu niteliğini kaybedebilir. Bu sebeple mahkeme görüşlerin yazarının kim olduğunu ve görüşün yayınlanıp yayınlanmadığını dikkate almalıdır.
- Ünlü İsviçreli yazar Peter **Gauch**, hukuk doktrini bir bilim olduğundan yararlanılan doktrin olarak nitelendirilmesi için yazarların **bilimsel bağımsızlığının** büyük bir önem taşıdığını ifade etmiştir.
 - Düşüncelerini açıklamada bağımsız olmayan yazarların yayınladıkları, **belli sponsorların, ekonomik çevrelerin veya diğer güç odaklarının menfaatlerini dikkate alan yayınlar hukuk doktrini olarak kabul edilemez.**
 - Benzer şekilde tarafların menfaatinin ortaya konmasına hizmet etmekten başka bir amacı olmayan, **taraf görüşü/Parteigutachten lerinin yayınlanmış hali de aynı gruba dahildir.**
- Öğretideki görüşlerin denenmiş olup olmadığında, görüşlerin sayısı değil, **ikna etme gücü önem** taşır. **Kabul edilmiş otoritelerin görüşleri** değerlendirmede genellikle önem taşır, ancak bu kriter **tek başına görüşün doğrulanmış/denenmiş olduğu anlamına gelmez.**
- Ayrıca görüşün doktrinde ne kadar zamandan beri de kabul edildiği de önem taşımaz. Önemli olan kararın verildiği zamanda doğru olduğuna ilişkin bir güvence yaratmasıdır.

Hakimin İkna Edici Öğretiyi Dikkate Alma/Takip Etme Yükümü

- İMK m. 1, f.3'in Almanca ve İtalyanca ifadeleri **denenmiş öğretinin takip edilmesi** («er folgt», «si attiene»), Fransızca ifadesi ise dikkate alınması («il s'inspire») şeklindedir. **Kabul edilen Fransızca metindeki gibi öğretinin hakim tarafından dikkate alınması, ondan yararlanılmasıdır.**
- Burada öğretinin birinci, asli hukuk kaynağı değil, ikinci, yardımcı kaynak olduğu kabul edilmektedir. Mahkemeler öğreti ile bağlı değildir. Öğreti hakimin hukuku bulmasında yardımcı bir kaynaktır.
- Ancak bunun anlamı İsviçre hukukunda, **mahkemelerin öğretilen yaralanıp yararlanmama serbestisi olduğu şekilde anlaşılmamaktadır.** TMK m.1 emredici bir normdur. Hakimin görevi, kararında denenmiş öğretiyi tartışması ve neden buna katılmadığına gerekçesinde yer vermesidir.
- Mahkeme denenmiş öğretiyi tahlil etmeli, içerik olarak ikna edici olup olmadığını açıklamalı, somut olayla bağlantısını kurmalıdır. Hakim doktrine gerekçesinde yer vermelidir. Mahkeme **hakim görüşü ikna edici bulmazsa onu uygulamak zorunda değildir, ancak neden uymadığını açıklamak zorundadır.**
- **Denenmiş öğretiden oybirliği ile kabul edilen görüşe göre, Mahkeme doktrindeki görüşü tartışma konusu yapacak ve sadece ve ancak sadece doktrindeki çözüm önerileri ikna edici bulunursa takip edecektir.**

İsviçre hukuk uygulaması

- İsviçre Medeni Kanunu'nu oluşturan, büyük Hukukçu **Eugen Huber**, öğretinin şartlı hukuk kaynağı olduğunu ifade etmiştir.
- Zürich şerhinin İMK 1. maddesini yazan **David Dürr**, hakimin bilimsel görüşlere başvurmaması halinde, bilimsel görüşler denenmiş olduğu halde denenmiş olmadığının ileri sürülmesi durumunda **hakimin hukuku bulma ve uygulama görevine aykırı hareket etmiş olacağını ifade etmektedir**. Bu şekilde hareket eden ilk derece mahkemesinin kararı temyiz edilebilir. Zira **kanunu uygulamak sadece sözünü uygulamak değil, onun özünü de uygulamaktır**. Hukuk bilimi bu özün ne olduğuna ilişkin çeşitli bilimsel araştırmalarda bulunmaktadır. Hakim de görevi gereği bunlardan denenmiş olanlarını bulma, bilme ve kararında gerekçelendirmelidir.
- İsviçre ve Türk doktrinde bazı yazarlar TMK 1.maddesinin 3 fıkrasının **lex imperfecta** niteliğinde olduğunu içerisinde doğrudan bir yaptırım barındırmadığını ifade etmektedirler (BenK- Meier Hayoz; Emmenegger/Tschenschler;). Ancak 3. fıkra doğrudan bir yaptırım içermese de, buna uymayan hakimin **dolaylı olarak uygun kanunu bulma görevine aykırı davranmış** olduğu konusunda herhangi bir tartışma yoktur.
- Büyük hukukçu Mayor-Hayoz isabetli olarak öğretini ve yargı arasındaki ilişkiyi şu şekilde ifade etmiştir: **Hukuk bilimi temel ilkeleri gösterir ve hakime bağlılığını sağlama yetkisi verilen sistemi kurar ve hakim bu sisteme bağlılığı sağlar**.

- İsviçre hukuk uygulamasında hem ilk derece mahkemeleri hem de yüksek mahkemeler ve Federal Mahkeme kararlarındaki gerekçelerinde **neredeyse istisnasız denenmiş öğretiyeye değinmekte**, ağırlıklı görüş varsa onu zikretmekte ve buna uymakta, uymadığı takdirde neden uymadığını gerekçelendirmektedir. Yapılan bir araştırmada İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarının **%70'inde öğretideki çoğunluk görüşünün kabul edildiği** belirlenmiştir.
- Federal Mahkeme içtihatlarını **değiştirdiğinde genellikle, doktrindeki görüşlerinin daha önceki içtihatlarına yaptığı eleştirileri gerekçe göstermektedir.**
- Ayrıca mahkemeler belli başlı standart hukuki sorunlarda, standart hukuki eserlere atıf yapmaktadırlar. **İsviçre'de basit bir kararda bile doktrinin dikkate alınmaması düşünülemez.**

Türk hukuk uygulaması

- Türk hukuk uygulaması TMK m. 1, f.3'ü yardımcı kaynak olarak kabul etmiş ve bunun anlamını hakim dilerse bu kaynağa başvuracağı şeklinde yorumlamıştır.
- Türk hukuk doktrini de TMK m.1, f.3'ün yardımcı bir kaynak olduğunu ifade etmiş, hakim denemiş doktrini kararlarında tartışma zorunluluğunu genellikle değinmemiş veya yeterince ifade edememiştir.
- Mahkemeler ve özellikle yüksek mahkemeler, doktrine ve özellikle doktrindeki hakim görüşe yer vermeyi, bunları kararlarında tartışmayı hukuku uygulama görevinin bir gereği olarak görmemişlerdir.
- Özellikle İstinaf mahkemelerinin kurulmasıyla yargıdaki ve özellikle Yargıtay'daki iş yükünün azalması ve böylece Yüksek Mahkeme kararlarında gerekçeye ve gerekçede de doğrulanmış öğretiye daha sıklıkla yer verilmesi dileğimizdir.

• *****