ISSN 2146 – 7129

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

MİHBİR ÖZEL SAYISI

MEDENÎ USÛL VE İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI TOPLANTISI – XII

HMK ÇERÇEVESİNDE
YARGILAMAYA HAKİM OLAN İLKELER

18-19 Ekim 2014 - ISPARTA

Cilt 4, Sayı 2, Yıl:2014
Vol: 4, No: 2, Year 2014

Suleyman Demirel University
Faculty of Law Review

Sahibi / Owner
Prof. Dr. Faruk TURHAN

Editör / Editor
Prof. Dr. Faruk TURHAN

Editör Yardımcıları / Sub Editors
Prof. Dr. Metin TOPCUOĞLU Prof. Dr. Yüksel METİN
Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman KAVASOĞLU

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof.Dr. Osman İSFEN	Prof.Dr.Faruk TURHAN
Prof.Dr. Metin TOPCUOĞLU	Prof.Dr. Yüksel METİN
Doç.Dr. Fahrettin ÖNDER	Doç.Dr. Haluk SONGUR
Yrd.Doç.Dr. Vahdettin AYDIN	Yrd.Doç.Dr. Süleyman DOST
Yrd.Doç.Dr.Abdurrahman KAVASOĞLU	Yrd.Doç.Dr.Banu BOZKURT BOZABALI
Arş.Gör.Meliha AKGÜL ALTIKAT	Arş.Gör.Abdurrahim ALTIKAT
Arş.Gör.Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş.Gör.Veli ÇİÇEKKAYA
Arş.Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş. Gör. Hikmet TOKGÖZ
Arş.Gör. Ömer YILDIRIM	Arş.Gör. Fatih KARATUĞ
Arş.Gör. Ömer ÇON	Arş.Gör. Neslihan DEMİRKOL
Arş.Gör. Zühre ELVAN	Arş.Gör. Selman Yavuz GÖKÇE
Arş.Gör. Burak ERECE	Arş.Gör. Fırat KESKİN
Arş.Gör. Aysel Can YALÇIN	Arş.Gör. İsmail AKBAŞ
Arş.Gör. Fatma SIRTKAYA	Arş.Gör. Zehra KORKMAZ

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD)
yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir.

Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir.
Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayınlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design
S.D.Ü. Basın ve Halkla İlişkiler

Dizgi / Type Setting
Oğuz Erkan TOPLU

Baskı / Published By
SDÜ Basımevi Isparta
ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html
SDÜ Hukuk Fakültesi ☎ : 0 246 211 0002
Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi Fax : 0 246 237 07 71
32260 **ISPARTA** e-mail : hukukdergi@sdu.edu.tr

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Ahmet GÖKÇEN	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyesi
Prof.Dr.Dr. h.c.Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (emekli müdür) /Almanya
Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Cumhur ŞAHİN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erdal TERCAN	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof.Dr. Ethem ATAY	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Feridun YENİSEY	İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Güzin ÜÇIŞIK	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan TUNÇ	TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İlyas DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Osman KAŞIKÇI	Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Ömer ULUKAPI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Sami SELÇUK	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut für ausländisches und internationales Strafrecht /Almanya
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Timur DEMİRBAŞ	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yavuz ATAR	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Dekan)
Prof.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF (Dekan)
Prof.Dr. Ali Cem BUDAK	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Selçuk ÖZTEK	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Mart ve Eylül) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine gore ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.

3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayınlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.

6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine

uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.

7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.

8- Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 8 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, hukukf@sdu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlar* da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

11- Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, *yazarın soyadı,* gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007),* s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, "5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=5651 SAYILI KANUNA İSTİNADEN BAZI İNTERNET SİTELERİNE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ TEDBİRLERİNE

ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM&kimlik=-225475448&url=makaleler/sbozbel - 5.htm, 23.02.2011).

(4) Yargıtay kararları

Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler

ESER, Albin, "Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri", Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslar arası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK **11**
Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği Başkanı

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Talip TÜRCAN **13**
Süleyman Demirel Üniversitesi Rektör Vekili

Prof. Dr. Faruk TURHAN **14**
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK **17**
İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK **19**
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Av. Ali ARABACI. **20**
Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi

BİRİNCİ GÜN

(18 Ekim 2014)

I. OTURUM

Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ **23**
Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi

Yrd. Doç. Dr. Nesibe Kurt KONCA **65**
Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması

II. OTURUM

Doç. Dr. Varol KARAASLAN **97**
Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki

Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN **133**
Doğrudanlık İlkesi

III. OTURUM

Doç. Dr. Seda ÖZMUMCU **145**
Resen Araştırma İlkesi

Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN **173**
Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları

IV. OTURUM

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK **215**
Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yargılama Giderlerine İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Ulusal Ekonomisi İlkesi

Tartışmalar **231**

İKİNCİ GÜN

(19 Ekim 2014)

Prof. Dr. İbrahim ERCAN **249**
Boşanma Davalarına Hakim Olan İlkeler

Prof. Dr. Recep AKCAN **271**
Hakimin Vasıfları

CONTENTS

PREFACE

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK **11**
President of the Association of Civil Procedure and Bankruptcy Jurists

OPENING SPEECHES

Prof. Dr. Talip TÜRCAN **13**
Süleyman Demirel University (Deputy Rector)

Prof. Dr. Faruk TURHAN **14**
Süleyman Demirel University (Faculty of Law's Dean)

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK **17**
İstanbul Aydın University (Faculty of Law)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK **19**
Kocaeli University (Faculty of Law)

Attorney Ali ARABACI. **20**
Board Member of Union of Turkisch Bar Associations

FIRST DAY

(18TH OF OCTOBER 2014)

SESSION I

Asst. Prof. Dr. Nedim MERİÇ **23**
Scope of non ultra petita and ex-officio assessment in Civil Procedure of Law and Current Decisions of Turkish High Court

Asst. Prof. Dr. Nesibe Kurt KONCA **65**
The Restriction Of The Principle Of Publicity In Civil Procedure Law

SESSION II

Assc. Prof. Dr. Varol KARAASLAN **97**
The Relationship between Impartiality of Judge and Enlightenment Duty of Judge

Asst. Prof. Dr. Aziz Serkan ARSLAN **133**
Principle Of Immediacy

SESSION III

Assc. Prof. Dr. Seda ÖZMUMCU **145**
Principle Of Ex Officio Examination

Assc. Prof. Dr. Cumhur RÜZGARESEN. **173**
Appeals for violation of Judicial Economy

SESSION IV

Assc. Prof. Dr. İbrahim ERMENEK **215**
Some Current Problems Arisen Regarding Judicial Costs after the Code of Civil Procedure Became Effective and the Principle of Judicial Economy

Discussion **231**

2ND DAY

(19TH OCTOBER 2014)

Prof. Dr. İbrahim ERCAN **249**
Procedural Principles on Divorce Cases

Prof. Dr. Recep AKCAN **271**
Qualifications of Judges

Önsöz

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Birliği'nin 2014 yılında, Süleyman Demirel Üniversitesi'nin ev sahipliğinde Isparta'da yapılan on ikinci yıllık toplantısının konusu, bir yıl önce, 2013 yılında yapılan toplantımızda "HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler" olarak belirlenmişti. Organizasyon komitesinde tebliğ vermeyi arzu edebilecek öğretim üyelerimizi belirlemeye çalışırken, öncelikle bu konuda tez ve monografi düzeyinde eser vermiş olan meslektaşlarımıza başvurmayı düşündük. Hatırımıza gelen isimleri birbirimizle paylaşınca, medeni usul hukukunun en çetin çalışma alanlarından biri olan "ilkeler" konusunu tez ve monografi düzeyinde işleyen Türk eserlerinin sayısının hiç de az olmadığını gördük. Nitekim, yayımlanmamış yüksek lisans tezleri hariç olmak üzere, ilkeler konusunu tez ve monografi düzeyinde inceleyen ondan fazla eser mevcuttu.

Genişleyen medeni usul ve icra-iflas hukukçuları ailesinin bu zengin bilimsel birikimi toplantıda sunulan tebliğlere ve yapılan tartışmalara da yansıdı. Toplantımız, her yıl olduğu gibi, Yargıtay üyelerinin, Adalet Bakanlığı mensuplarının ve çevre barolara mensup avukatların da katılım ve katkıları ile daha da zenginleşti.

Artık "geleneksel" sıfatını hak eden toplantımız, yine her yıl olduğu gibi, eski dostlar arasında hasretleri gidermeye, yeni dostlukların temeli olacak tanışmalara ve genç meslektaşlarımızla hocalarımızı bir araya getirmeye mutlu bir vesile oldu. Bu vesileyle başta akademisyenler olmak üzere bütün katılımcılara ve toplantımızı zenginleştiren tebliğleri böylesine seçkin bir izleyici topluluğu karşısında büyük bir vukufla sunan değerli meslektaşlarımıza sonsuz teşekkürlerimizi sunuyoruz. Bu çerçevede, elinizdeki kitapta bir araya getirdiğimiz tebliğ ve toplantı tutanaklarının okuyuculara yararlı olmasını temenni ediyoruz.

Toplantımıza verdikleri destek için Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı sayın Prof. Dr. Faruk Turhan'a ve Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı sayın Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman Kavasoğlu'na özel bir teşekkür borçluyuz. Süleyman Demirel Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. İlker Hüseyin Çarıkçı ve önceki Rektörü Prof. Dr. Hasan İbicioğlu'nun şahsında, Üniversitenin toplantının organizasyonunda her türlü kolaylığı ve konukseverliği gösteren akademik ve idari birimlerine de yürekten teşekkür ederiz. Ayrıca, toplantıya maddi ve manevi destek veren Türkiye Barolar Birliğine de şükranlarımızı sunuyoruz.

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Birliği toplantılarının şimdiye kadar hep olduğu gibi artan bir ilgi ile devamlılığını diliyoruz. Toplantılarımızın yapılabilmesi ve Türk hukukuna yararlı olabilmesi ancak Birlik üyelerinin katkı ve destekleriyle mümkün olabilecektir.

Saygılarımızla.

Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
ORGANİZASYON KOMİTESİ

Doç. Dr. Müjgan Tunç YÜCEL Prof. Dr. Ali Cem BUDAK

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Prof. Dr. Talip TÜRCAN
Süleyman Demirel Üniversitesi Rektör Vekili

Sayın Bakanım Sayın Yargıtay daire başkanı ve üyelerim, sayın cumhuriyet başsavcım, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesi misafirimiz, adalet komisyonu başkanımız, çok kıymetli hocalarım, değerli misafirler, hepiniz üniversitemize hoş geldiniz. Kıymetli misafirler, değerli hukukçular, değerli hocalarım malum-u alileriniz olduğu üzere hukuki düzenlemelerin üç amacı var. Onlardan birisi adaleti gerçekleştirmek, diğeri toplumsal ihtiyaçları karşılamak ve toplumsal düzeni sağlamaktır. Hepimiz çok iyi biliyoruz ki bunlar arasındaki ilişki kimi zaman çelişik hale gelebilmektedir. Hukukun üstünlüğüne bağlı toplumsal düzenlerin açığa çıkabilmesi bunlar arasındaki ilişkinin ve dengenin sağlanabilmesine bağlıdır. Toplumsal ihtilafların çözümünde başvurduğumuz usul kuralları temel itibariyle şekli ve bir düzeni salamaya yönelik kurallardır. Dolayısıyla insanlığın önünde bir ideal olarak duran adalet idesine ulaşmamız ve toplumsal ihtiyaçları gerektiği biçimde karşılayabilmemiz için bu kuralların hem adaleti gerçekleştirecek biçimde olması hem de toplumun ihtiyaçlarını karşılaması gerekmektedir. Üniversitemizde gerçekleştirilen bu toplantının bu ideale katkıda bulunacağından eminim. Sizleri burada görmek çok kıymetli misafirlerimizi burada ağırlamak bize onur vermektedir. Tekrar hepinize hoş geldiniz diyor saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Sayın Yargıtay Daire Başkanım ve Daire üyelerim,
Sayın Cumhuriyet Başsavcım,
Türkiye Barolar Birliğinin Sayın Yönetim Kurul Üyesi
Sayın Adalet Komisyonu Başkanım,
Isparta Baromuzun sayın temsilcisi,
Sayın Dekanlarım,
Hukuk biliminin duayeni saygıdeğer hocalarım,
Değerli Meslektaşlarım,
Değerli Konuklar,
Sevgili Öğrenciler

Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği (MİHBİR), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Türkiye Barolar Birliği'nce organize edilen, **"HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hakim Olan İlkeler"** konulu toplantıya hepiniz hoş geldiniz.

Yeni yürürlüğe giren, hem teori hem de uygulama açısından önem taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun önemli ilkelerinin,hukuk biliminin duayenleri, Yüksek mahkememizin saygıdeğer üyeleri, konunun uzmanı olan siz öğretim üyeleri ve elamanları tarafından bir buçuk gün boyunca tartışılacağı böylesi önemi bir toplantıya ev sahipliği yapmaktan, toplantının düzenlenmesinde görev almaktan Üniversitem ve Fakültem adına duyduğum mutluluk ve onuru huzurlarınızda ifade etmek istiyorum.

Bu toplantıyı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliğinin Başkanı, eski Adalet Bakanımız Sayın Prof. Dr. Selçuk Öztek hocamızın gayret ve özenli çalışması ve ekibi Prof. Dr. Ali Cem Budak ve Doç. Dr. Müjgan Tunç Yücel'in katkıları ile gerçekleştiriyoruz. Kendileri, bu toplantının Üniversitemizde yapılması kararı öncesinden başlayarak, süreci en ince detayına kadar büyük bir dikkat ve itina ile takip etmiş, toplantının hazırlanmasında büyük emek sarf etmiştir. Huzurlarınızda kendilerine teşekkür ediyorum.

Diğer taraftan böylesi önemli ve büyük bir organizasyonun mali yönden finansmanı açısından talebimize tereddütsüz evet diyerek, toplantının yapılmasını birlikte üstlenen Türkiye Barolar Birliği Genel Başkanı Sayın Prof. Dr. Av. Metin Feyzioğlu ve nezdinde TBB Yönetimine teşekkür ediyorum. Sayın Başkan yurt dışı toplantısı nedeniyle katılamıyorlar; kendilerini TBB Yönetim Kurulu Üyesi Sayın Av. Ali Arabacı temsil ediyorlar.

Fakültemizin diğer etkinliklerinde olduğu gibi bu toplantının gerçekleştirilmesinde de Isparta Barosu Başkanı sayın Gökmen Gökmenoğlu Bey destek verdiler. Kendisine ve Isparta Barosuna teşekkür ediyorum. Isparta Barosunun Genel Kurul Toplantısı nedeniyle kendileri daha sonra toplantımıza katılacaklar.

Saygıdeğer Hocalarım, değerli konuklar,

Bu toplantı vesilesiyle Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi hakkında kısa bir bilgi vermek ve Türkiye'de hukuk öğretimi ile ilgili güncel bir sorunu da dile getirmek istiyorum. 2008 yılında kurulan Fakültemiz, 2009 yılında eğitim öğretime başlamış ve bu yıl ikinci mezunlarını vermiştir. Fakültemiz, 2013 yılında kendi binasına taşınmış, modern bir ortamda eğitim öğretim faaliyetlerini sürdürmektedir. 10 kadrolu öğretim üyesi ve 7.si yurt dışında olmak üzere22 araştırma görevlisi ile genç ve dinamik bir öğretim kadrosu ile Fakültemizde iyi bir hukuk eğitim öğretimi verdiğimizi düşünüyorum.

Türk hukuk öğretiminin günümüzdeki en önemli sorunlarından birisi artan öğrenci sayısına karşın yeterli öğretim üyesinin bulunmamasıdır. 2009 yılında Fakültemiz eğitim öğretime başladığı zaman Türkiye'deki hukuk fakültesi sayısı 50civarında iken bu gün (Kuzey Kıbrıs'taki 5 fakülte dahil) toplam hukuk fakültesi sayısı 77'ye çıkmıştır. Bunlardan 4'i hariç hepsi eğitim-öğretim vermektedir. 2009-2010 eğitim öğretim yılında hukuk fakültelerinin birinci sınıfın kayıt yaptıran öğrenci kontenjanı 8.358 iken, bu sayı aradan geçen beş yıl içinde 2014 Eylül ayında 16.000'e çıkarak (15.800 civarında) ikiye katlanmıştır. Ancak öğrenci ve fakülte sayısındaki bu artışa paralel olarak öğretim üyesi ve araştırma görevlisi sayısında bir artış sağlanamamıştır. Tek başına bu sayısal veriler bile hukuk öğretimi için endişe vericidir. Bu açıdan yeni öğretim üyelerinin yetiştirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Ümit verici olan durum, MİHBİR gibi hukuk kuruluşlarının yaptıkları faaliyetlerle genç akademisyenlerin önünün açılmasıdır. Büyük bir mutlulukla görüyorum ki, toplantıya katılanların önemli bir kısmını araştırma görevlisi meslektaşlarımız oluşturmaktadır. Yöneticiler ve hocalar olarak genelde Türk Hukuk öğretimine, özelde, medeni usul ve icra iflas hukuku öğretimine verebileceğimiz en önemli desteklerden birinin, kanaatimce, bu genç meslektaşlarımızın önünü açmak, onlar için yüksek lisans ve doktora kontenjanlarını arttırmak ve onların iyi tezler yazmasını sağlamak olduğunu düşünüyorum. Bu toplantıya yoğun ilgileri nedeniyle genç meslektaşlarımı tebrik ediyorum.

Son olarak toplantının gerçekleştirilmesine bize destek veren sayın Rektörümüze ve Üniversitemiz yönetimine de teşekkür ediyorum. Sayın

Rektörümüz görevi nedeniyle il dışında bulunmaktadır. Kendisinin toplantının başarılı geçmesi dileklerini ve hepinize selamlarını iletmek istiyorum.

Böyle bir toplantı, Fakültemiz öğrencilerinin Medeni Usul Hukukunun duayen hocalarını da tanıma, onları dinleme imkanı sağladı. Yoğun katılımları için öğrencilerimize de teşekkür ediyorum.

Yarın öğleye kadar sürecek toplantının verimli geçmesini diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Değerli misafirler, hepinize hoşgeldiniz diyor saygılar sunuyorum. Tabii öncelikle bir teşekkür borcum var. Medeni usul ve icra iflas hukuku toplantıları bu branşın öğretim elemanlarının ilgisi olmasaydı böyle güzel bir şekilde hiç kuşkusuz gerçekleşemezdi. Türkiye'nin hemen hemen bütün hukuk fakültelerinin medeni usul ve icra iflas hukuku kürsüsü öğretim elemanlarının bizzat kendileri veya en azından büyük çoğunluğu burada. Bu yakın ilgi organizasyon komitesi olarak bizleri gerçekten çok duygulandırdı ve şevk verdi. O itibarla her şeyden önce medeni usul ve icra iflas hukukçularının toplantıya gösterdiği bu ilgiye teşekkür etmek istiyorum.

Teşekkür etmek istediğim bir diğer grup, sunum sahibi arkadaşlar. Doğrusu medeni usul ve icra iflas hukukunun en önde gelen bütün alimleri önünde sunum yapmak cesaret ister, özgüven ister, derin vukuf ister, yani yürek ister. Dolayısıyla sunum sahibi meslektaşlarım bütün bu meziyetlerine sahip olduklarını sunum yapmayı kabul etmekle gösterdiler. Hepsine en derin teşekkürlerimi sunmak istiyorum. Onlar olmazsa bu toplantı da olmazdı. 2013'te Antep'teki toplantıda çıta çok yükselmişti. Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Mehmet Akif Kütükçü ve Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Sayın Yrd. Doç. Dr. Derya Keskinci onur konuğu olarak toplantımızı teşrif ettiler. Kendilerine unutulmaz Antep günleri için tekrar teşekkür ediyorum. Ama hemen de belirtmek istiyorum. Sayın Dekan hiç kıskanmasın Isparta'da bu çıtayı yakaladık. Belki de hatta biraz da geçtik. O itibarla bu bağlamda hemen Süleyman Demirel Üniversitesi'ne özel teşekkürlerimi sunmak istiyorum ve rektöründen dekanına, öğretim elemanlarına, idari personeline kadar tam bir seferberlik içinde oldular. Bu bağlamda Rektör Prof. Dr. Hasan İbicioğlu'na, Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Faruk Turhan'a, Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Sayın Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman Kavasoğlu'na, Hukuk Fakültesi ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Sayın Fahrettin Önder'e, Hukuk Fakültesi Sekreteri Esin Özkan'a Fakültenin bütün akademik ve idari personeline teşekkürlerimi sunmak ve minnettarlığımı ifade etmek istiyorum. O kadar içten, samimi ve canhıraş bir gayretin içinde oldular ki tekrar tekrar kendilerine teşekkür ediyorum. Tabii devlet üniversitelerinde bu tür organizasyonları gerçekleştirmek ödenek kısıntıları, bürokratik engeller vs. nedenleriyle son derece zor. Bunu hepimiz biliyoruz. İşte burada imdadımıza Türkiye Barolar Birliği yetişti ve Hukuk Fakültesinin ricası üzerine maddi destek sağlayarak adeta bir ilim meseli oldu. Onun için Türkiye Barolar Birliği'nin değerli yönetim kurulu üyesi Sayın Ali

Arabacı'nın şahsında Türkiye barolar Birliği'ne ve Başkanı değerli dostum meslektaşım Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na sonsuz teşekkürler. Şimdi biz doğrusu bütün görevlilerle birlikte başta Hukuk Fakültesi Dekanı olmak üzere toplantının en iyi şekilde cereyan etmesi için elden gelen gayreti gösterdik. Ben Salı akşamından beri buradayım. Organizasyon komitesinin iki üyesi de Çarşamba gününden itibaren burada. Şimdi hiç aksama olmadı mı şimdiye kadar? Mutlaka oldu. Bundan sonra olmayacak mı? Mutlaka olacak. Bizleri lütfen mazur görün. İyi niyetle bir şeyler yapmaya ve gerçekleştirmeye çalıştık. Böylesine kapsamlı bir organizasyonu gerçekleştirmek hiç kolay değil. Onun için benimle birlikte Çarşamba gününden itibaren Isparta'da yoğun bir gayretin içinde olan Prof. Dr. Ali Cem Budak'a ve Doç. Dr. Müjgan Tunç Yücel'e, Arş. Gör Nurcan Demirtaş'a içten teşekkürlerimi sunuyorum. Bu bağlamda bir diğer hususa işaret etmek istiyorum. Biliyorsunuz akademik kariyerin en önemli safhalarından birisi doktoradır. Hatta Almanya'da doktor unvanını nüfus siciline tescil ettirmek bile mümkündür. Fakat en önemli safha doktora olmakla birlikte en zor safhası da doçentliktir. Sıkıntılı yorucu heyecanlı stresli bir dönemdir bu doçentlik dönemi. Onun için kısa bir süre önce bu zor safhadan başarıyla geçen Doç. Dr. Müjgan Tunç Yücel, Doç. Dr. Serdar Kale ve Doç. Dr. Cumhur Rüzgaresen'i kutluyorum darısı diğer genç meslektaşlarımın başına. Bugün benim doğum günüm. Sizlerle birlikte olmaktan daha büyük bir hediye düşünemiyorum. Hepinize bu vesileyle teşekkürlerimi sunuyorum, saygılar sunuyorum. Toplantının hayırlı olmasını umuyorum.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kıymetli misafirler ben de hepinizi saygıyla selamlıyorum. Program konusunda birkaç söz söyleyeceğim. Nasıl hazırlandık, programı nasıl hazırladık? Bu konularda kısaca bilgi vereceğim. Geçtiğimiz toplantının son oturumunda bu toplantımızın konusunun ne olacağını tartıştık ve hatta oya koymuş idik. O vakit Muhammet Özekes Hoca'mızın teklif ettiği "Öğreti ve Uygulamada Yargılamaya Hakim Olan İlkeler" başlığı en fazla oyu almıştı. Başlığı bir parça değiştirerek bu toplantının HMK çerçevesinde yargılamaya hakim olan ilkeler üzerinde olabileceğini düşündük. Acaba kimler sunum yapabilir tebliğ sunabilir, konusu üzerinde çalıştık. Kolay bir şey değil. Çünkü bu sabah Sema Taşpınar Ayvaz Hoca'mızla bir yayın dolayısıyla görüşüyor idik. Dedik ki: "Ne kadar büyük bir aile olduk". Gerçekten çok büyük, genişleyen bir aile… Öyle ki bundan otuz yıl evvel almışım ben medeni usul hukuku dersini. Bana medeni usul hukuku dersini okutan Hocamız Profesör Yavuz Alangoya Hocam ilkeler konusunda belki ilk monografik edesi yazmıştı. Çalışmanın başlığı, malumunuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler. Yayım yılı 1979. Ondan sonra, bir yanlışlık yapmak istemem, ama öyle zannediyorum ki, en son bu konuda yapılan yayın da yine tesadüfen şimdi birlikte çalışmaya başladığımız aynı kürsüyü paylaşmaktan onur duyduğum arkadaşım Varol Karaarslan'a ait. O da Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi başlıklı bir çalışma yaptı. Bu iki çalışma arasında ben saydım oniki tane tez ve monografi düzeyinde çalışma yapılmış. Dolayısıyla biz şöyle bir şeyden hareket ettik: Bir defa, ilk toplantıdan beri benimsediğimiz prensibe sadık kalarak, öncelikle yeni doçent yahut profesör olmuş olan hocalarımıza teklif götürmek ve bilhassa bu alanda tez yahut monografik çalışmış bütün hocalarımıza ulaşmak istedik. Aslında tebliğ sayısının çok fazla artmasını da istemedik. Çünkü geçtiğimiz toplantıdaki eleştiri konularından biriydi bu. Bugün yedi tane tebliğimiz var. Yarın da iki tan. Fakat toplantıda soru ve cevap kısımlarını her sunumdan sonra yapmayacağız. Soru ve cevaba iki saatlik bir süre ayırıyoruz. Yarın sabahki ikinci oturumumuz Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği'nin kapalı toplantısıdır. Ben bunları arz etmek istedim. Toplantının başarılı geçmesini diliyor, saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

İstanbul Aydın Üniversitesi

Aslında ben neden buradayım? Toplantıda açılış konuşmasını yaparken "Aksaklıklar olmadı mı? Oldu. Olmayacak mı? Olacak." demiştim. Bütün bunlar için bizi mazur görmenizi rica etmiştim. Nitekim ciddi bir aksaklığa mahal verdik. Ciddi bir gaf yaptık aslında. Türkiye Barolar Birliği temsilcisi Yönetim Kurulu Üyesi Sayın Avukat Ali Arabacı'ya açılış konuşmaları arasında söz vermeyi unuttuk. En içten özürlerimi kendilerine sunmak istiyorum. Sözü şimdi ona bırakacağım. Çünkü Başkan'ın mesajını iletecek. Kendisini kürsüye davet ediyorum.

Avukat Ali ARABACI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesi

Teşekkür ediyorum Sayın Hocam. Gerçi en önde de oturuyordum ama herhalde fark edilmek için Metin Feyzioğlu kadar ünlü olmak gerekiyor. Ama özre filan da gerek yok tabii ki… şimdi değerli hocalarım değerli katılımcılar, Türkiye Barolar Birliği ve şahsım adına hepinizi saygıyla sevgiyle selamlıyorum. Ben de Türkiye Barolar Birliği adına hepinize hoş geldiniz demek istiyorum. Türkiye Barolar Birliği bu tür etkinlikleri asli bir görev olarak algılıyor ve yerine getirmeye çalışıyor. Böyle bir toplantıya katkıda bulunduğumuz için kendimizi şanslı hissediyoruz. Aslında ekim ayı bizim için kongreler ayıdır. İki yılda bir baro seçimlerimiz yapılır. Bu telaş nedeniyle Sayın Başkan'ımız gelemedi. Bu nedenle sizlere özürlerini sundu ve toplantının başarılı geçmesi dileğinde bulundu. Değerli konuklar, gerek özel hukukta gerek kamu hukukunda usul kurallarının ne kadar önemli olduğunu adalete ulaşmanın yolu olduğunu biliyoruz. Ne var ki mahkemelerimizde bu kuralların her zaman anlam ve amacına uygun uygulandığını söylemek zordur. Adeta her mahkemenin kullandığı farklı usul kuralları vardır. Sanırsınız ki her mahkeme ayrı usul kurallarına tabidir. Böyle olunca adaleti yakalamak ancak bir şans olabiliyor ülkemizde. Diğer yandan en önemli usul kuralının hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı olduğu hepimizce malum. Eğer yargıda bağımsızlık ve tarafsızlık yoksa diğer usul kurallarının pek bir önemi yoktur diye düşünüyorum. Eylül 2010 referandumuyla hakim bağımsızlığının büyük ölçüde zaafa uğratıldığı yargıya olan güvenin neredeyse yok olduğu kabul gören bir düşüncedir. Özellikle HSYK'nın yapısı yürütme organının Anayasa ve yasaları ihlali göze alarak yargı mensuplarına müdahaleden çekinmemesi, bu yolla yolsuzlukların üzerinin örtülmek istenilmesi, son HSYK seçimlerinde izlenen yöntem, kuvvetler ayrılığı kuralının ağır ihlali, bu düşünceleri güçlendirir

niteliktedir. Şimdi böyle bir yönetim anlayışına ve giderek yok olan bir adalet sistemine karşı biz hukukçular, hak ve adaletin ne olduğunu göstermeye çalışanlar ne yapıyor? Sadece Türkiye Barolar Birliği bu konuda demokratik mücadele veriyor. Hukukçularımızın da bu bilinçle hareket etmesi gerektiğini belirterek bu toplantının başarılı geçmesi için temennide bulunuyor ve saygılar sunuyorum.

I. GÜN

I. OTURUM

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA TASARRUF VE TALEPLE BAĞLILIK İLKESİNİN KAPSAMI VE BAZI GÜNCEL KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ[H]

Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ[*]

ÖZET

Bu çalışma ile medeni yargılama hukukunun amaç ve işlevi sorgulanmış olup, bu kapsamda taraf iradesinin yargılama faaliyetine yansıması ele alınmıştır. Çalışmanın taraf iradesine yönelik yönü özellikle hak arama özgürlüğü ve maddi hukuk sahasına ait işlemlerle birlikte değerlendirilmiştir. Çalışmanın getirdiği diğer bakış açısı taraf iradesi karşısında hâkimin konumudur.

Anahtar Kelimeler: medeni yargılama hukukunun amacı, taraf iradesi, hakim, yargılama faaliyeti, medeni yargılama ilkeleri

ABSTRACT

In this study, the aim and function of civil procedure law is inquired, in this context, the reflection of intention of parties to the legal proceedings is examined. One aspect of this study which deals with the intention of the parties is considered with access to justice and parties's transactions on substantive law. The other aspect of this study considers the status of the judge in terms of the intention of the parties

Key Words: The aim of civil procedure law, intention of parties, judge, legal proceedings, principles of civil procedure

---

[H] Hakem incelemesinden geçmiştir.

[*] Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Giriş ve Kavram

Medenî yargılamanın amacı, işlevi ile taraf ve hâkimin medenî yargısal faaliyet içindeki konumları, birbirleriyle bağlantılı hususlardır. Bu bağlantı içinde tarafların ve hâkimin konumu ve bu konumlarına ilişkin medenî yargılama normlarının taşıyacağı anlamın tartışılarak, taraf irade özgürlüğünün medenî yargılama sahasına yansımasına ilişkin nasılının ve nereye kadarının ortaya konulmasında yarar vardır. Özellikle hak arama özgürlüğü ve maddî hukuktaki işlem özgürlüğünün, medenî yargılama faaliyetine ilişkin taraf özgürlüğüne etkisinin belirlenerek gözden geçirilmesi bir gereklilik oluşturmaktadır.

Medenî yargılama hukuku dalının temelinde, tarafların maddî hukuktan kaynaklanan sübjektif hakları bulunup, konusunu bu sübjektif hakların tanınması, bunların ihlâli halinde temin edilmesi veya ihlâl tehlikesi durumunda korunması oluşturur. Bu sebeplerle birey, devlete başvurur ve bu başvuru ile bir yargılama ilişkisi kurulmuş olur[1]. Kurulan ilişki davacının belirli somut bir menfaati dolayısıyla hukukça tanınan, korunan ya da temin edilmesi öngörülen bir hakka ya da yetkiye[2] ilişkin istemini konu almakta[3] ise dava ilişkisi; istemin niteliği, sayı olarak fazla başvurunun gerçekleştiği, istem konusunun hızlı ve kolay çözümlendiği, kanun koyucunun sadece bir objektif hukuk kuralının uygulanması olarak *değerlendirdiği* bir talebin karşılanmasına yönelmiş ise çekişmesiz yargı işi[4] ve hukukî bir menfaatin teminine, korunmasına ve yerine

---

1 **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım,** Medenî, s. 17; **Ansay,** Hukuk, s. 200; **Belgesay,** Teoriler, s. 129 vd.; **Berkin,** Dâva ve Kaza, s. 404; **Tuluay,** Dava İlişkisi, s. 101; **Üstündağ,** Medenî, s. 272, 273; **Mitsopoulos,** s. 117.

2 Objektif hukuk sahasında hak sahipliğine bağlı olmayan ya da başvuru sahibinin kendisine özgülenmeyen bazı iradelerin kullanılması da söz konusu olabilecektir. Haksız zilyedin eşyanın iadesini istemesine dayalı başvuruları veya çevre, tüketici hukuku gibi alanlarda başvuru sahibine tanınan irade ile kurulan dava ilişkileri bu kapsamda değerlendirilecektir. **Umar,** Ders Kitabının, s. 486 vd. Bu halde objektif hukukun yansıma etkisinden veyahut da bir hukuk refleksinden söz edilebilecektir.

3 Sübjektif bir hakkın varlığı gerekli bir unsur olarak aranmaksızın sadece menfaatin varlığı aranacak. **Umar,** Ders Kitabının, s. 497; **Gottwald,** Bewältigung, s. 245.

4 **Budak,** Çekişmesiz, s. 129; **Kuru,** Nizasız, s. 24 vd; **Özekes,** Çekişmesiz, s. 687; **Postacıoğlu,** Medenî, s. 27 vd; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** Zivilprozessrecht, § 11 kn. 8, 9 (s. 72). Hangi faaliyetlerin çekişmesiz yargıya ait olduğu hususunun tespiti, çekişmesiz yargıya ait bir tanımın yapılamaması nedeniyle, kanunlarda yer alan çekişmesiz yargıya ilişkin işlerin şeklî anlamda belirlenmesini gerektirmektedir. **Yıldırım,** Çekişmesiz, s. 48. Çekişmesiz yargıya ilişkin ayırımın izlerini *Kleinfeller*'in 1905 tarihli "Lehrbuch des Civilprozesses" adlı eserinde bulmaktayız. *Kleinfeller*'e göre kişinin dava hakkı 3 çeşit olup ilki şeklî anlamda dava hakkı (soyut dava hakkı), diğeri maddî anlamda dava hakkı, üçüncüsü ise medenî hukuktaki dava hakkı. Medenî hukuktaki dava hakkı, davalıya yönelik maddî hukuktaki bir yaşam ilişkisine dayanır. Oysa maddî anlayıştaki dava hakkı, devletten kamusal hukuksal hukukî bir korumanın istendiği ve varolan hukukî durumun ayakta kalmasında menfaate ilişkin maddî bir gerekçenin bulunduğu davadır. **Hellwig,** Klagrecht, s. 8. Çekişmesiz yargı işinin, medenî yargı ile değil, idarî işlev olarak görülmesi ve tanımlanması gerektiği hakkında bkz. **Umar,** Ders Kitabının s. 486 ve **Belgesay,** Teoriler, s. 49.

getirilmesine ilişkin geçici nitelikte hukukî önlem alınmasına yönelmiş bir başvuru ise geçici hukukî koruma ilişkisi kuracaktır[5]. Devletin yargılama organı olan mahkemeler, sözü geçen bu ilişkilerde, öngörülen kurallar çerçevesinde hareket ederek talebin karşılanması görevi görecektir. Devletin bahsi geçen bu faaliyetlerde hukukî korunma talebinin muhatabı olması, anayasal temellere dayanmakta olup, medenî yargılama hukuku açısından bağlantı noktasını; *"Yargılama faaliyeti nasıl, hangi esaslara bağlı kalınarak gerçekleştirilecektir?"* sorusu oluşturmaktadır.

I. İLKE VE TEMEL ESAS AYIRIMI

Esas (Grundsatz), bir şeyi sağlam, sıkı bir şekilde sınırlandıran kural anlamına gelmektedir[6]. Hukuk alanında bu kavram, hükümlerin düzenlenmesinde ve medenî hukuk yargılamasının yerleşmesinde temel alınacak kuralı ifade etmektedir. Bu kural ise, hukuk süjesi olmaya dayalı temel haklara dayanmakta olup, anayasal güvence ile temin edilmeyi gerektirir. Anayasal güvence altında olan bu değerleri, *sabit değer* olarak nitelendiren *Özekes,* hukuk politikasından bağımsız olarak hukuk devleti ilkesi gereğince uygulanmasının kanun koyucunun tercihine bırakılmamış olduğunu belirtir[7]. İlkeler (Maxime) ise, devletin hukuk politikası ile bağlantılı olarak yargılama organının tercihine bırakılmış ve yargısal faaliyetin görülmesine ilişkin hâkimiyet sahasının taraf ile hâkim yetkilerine göre paylaştırıldığı veya bunlardan kural olarak birine tevcih edildiği, bu sebeple esnek yapısı olan medenî yargılamanın üst kurallarıdır[8]. Bu anlamıyla ilkeler bir medenî yargılama kanununun ve düzenlemelerinin teknik donanımına şekil vermekte[9]; kuralları ile istisnaları kanun koyucu tarafından oluşturulabilmektedir[10]. Bunlar yargılamanın ilkeleri olarak anılırlar ve yargılamaya karakterini verirler. Yargı organı da bu ilkelere göre düzenlenen yargılama hukuku normları üzerinden görevini ifa eder. Hatta medenî yargılama hukuku sahasına ait açık olmayan normlar ile boşluk oluşturan noktaların da

---

5 **Özekes/ Erişir,** s. 1236.

6 Duden, Das Stilwörterbuch, 7. Bası, Mannheim-Wien-Zürich 1988, s. 340.

7 **Özekes,** Hukukî Dinlenilme, s. 82; **Özekes,** İcra Hukukunda, s. 7; **Bettermann,** Verfassungsrechtliche, s. 67; **Leipold,** Verfahrensbeschleunigung, s. 330; **Rieß,** s. 386, 387. *Gönner*'in ilkeleri ortaya çıkardığı eserini dikkatle incelediğimizde ulaştığı bu ilkelerden ayrı olarak hukukî dinlenilme hakkından bahsettiğini ve onu bir temel esas (grundsatz) olarak nitelendirdiğini görmekteyiz. İlkeleri ortaya koyma çabasında olan *Gönner*'in taraflarca getirme ilkesi ve kendiliğinden araştırma ilkesi için maxime kavramını kullanması ile hukukî dinlenilme hakkından bahsederken grundsatz kavramını kullanması farkında olmadan yapılan bir tespiti içermektedir. Ona göre önemli olan her bir düzenlemenin içine gireceği hukuk kuralını tespit etmek olacak ve bu da kanun koyucunun tercihine göre ya taraflarca getirme ilkesi ya da kendiliğinden araştırma ilkesi olacaktır.

8 **Özekes,** Hukukî Dinlenilme, s. 82.

9 **Kölz,** s. 2; **Leipold,** Verfahrensbeschleunigung, s. 330.

10 **Grunsky,** Grundlagen, s. 12; **Gygi,** s. 41; **Kölz,** s. 2.

doğru yorumlanabilmesi yine söz konusu bu ilkelere göre olacaktır[11]. Günümüzde ilke kavramı, üst kural anlamında kullanılmaktadır[12].

Şu durumda temel esasın, bir şeyi sağlam şekilde sınırlayan kuralı ifade ettiği, hukuk devletinin gereği olarak, yargılamada kanun koyucunun tercihine bırakılmamış olan hususları kapsamına aldığı, anayasal temele (güvenceye) sahip olduğu, katı bir yapıyı belirtip, üzerinde değişiklik yapılamayacağı ve sayısal istisnalarının çok az olduğunu söyleyebiliriz. İlkenin ise, alt kurallara hiyerarşi oluşturan üst kural ile kanun koyucunun hukuk politikasına bağlı olarak tercihine bırakılmış hususları ifade ettiğini, yargılama sistemi ile ilgili olarak tarafın veya hâkimin egemenliğine (en azından biri ağırlıklı olarak) dayanan teknik norm kuruluşunu gösterdiğini, ilkenin esnek bir yapıya sahip olup, bir egemenlik sahasından diğerine geçişin mümkün ve istisnalarının fazla olduğunu söyleyebiliriz.

II. İLKELERİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARAF EĞEMENLİĞİ DÜŞÜNCESİ

Medenî yargılamaya hâkim olan ilkelerin ortaya çıkması, 18. yüzyılın sonuna doğru, doğal hukuk öğretisinin akla dayalı olarak açıklanma gayretlerine dayanır. Söz konusu dönemde, matematik ve fizikte olduğu gibi hukukta da doğruluk ve kesinliğin tespit edilmesi beklenmekteydi. Bu beklentiyi karşılama amacıyla 18 yy. sonlarında yapılan çalışmalar arasında ilk ciddi eser *Grolman'ın* 1800 tarihli *"Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten"* adlı eseridir. Yazara göre, medenî yargılama sübjektif haklara ilişkin talebin karşılanması amacını taşıdığından her usûlî işlem ve bu işleme ilişkin normlar sübjektif hakların gerçekleşmesine yönelmelidir[13]. Dolayısıyla medenî yargılama normları bu yönelme içinde değerlendirilmelidir[14].

İlk basımı 1801 tarihi olan *"Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses"* adlı eser ile *Gönner,* pozitif hukuk kurallarının aklî gerekçelere

---

11 **Lüke,** Streitgegenstand, s. 41; **Menger,** s. 433.

12 Duden, Das Herkunftwörterbuch, 2. Bası, Mannheim-Leipzig-Wien-Zürich 1997, s. 449.

13 "Her vatandaş kendi isteğine göre haklarını kullanmaya yetkilidir. Her birey bu hakkından kısmen ya da tamamen feda edebilir. Bunu devletin bu kişinin hakkını tanıması ya da aynı hakkın korunmasını gerçekten talep etmesini korumak zorunda olması izler…. Yani (demek ki), hüküm hâkim incelemesini….hem de talep edenin açıklaması vasıtasıyla kişinin neyi hak olarak talep ettiğine dikkat çekmeye hizmet eder. Bundan dolayı da medenî yargı çekişmelerinde kendiliğinden araştırma ilkesi yoktur, talepte bulunanın açıklaması vasıtasıyla bütün hak kısımlarının tespit ettirdiğinin dışında başkaca yargılama yoktur" **Grolman,** Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten, 1800, s. 103 (Naklen **Bomsdorf,** s. 123).

14 **Grolman,** s. 10, 23 (Naklen, **Bomsdorf,** s. 109).

dayanan bir ruhunun olduğunu açıklamaya çalışırken[15], daha evvel *Grolman* tarafından ifade edilen yargılamanın sübjektif hakların yerine getirilmesi amacından hareket etti ve bu amacın gerçekleştirilmesini sağlayan iki üst kavram (ilke) belirledi. Pozitif hukuk normlarının altlanmaya girdiği akla dayalı bu iki üst kavramdan biri tarafın (hukukî) dinlenilme hakkı, diğeri ise feragat kavramları idi[16]. *Gönner'e* göre, yargılama taraf gücü veya hâkim gücü ile yürütülebilecek olup[17], bu sonucu kendisi; *"Bir tarafın hakkının tanınmasının dayandığı vakıanın gerçekliğine hâkimin ikna olmasını, usûlün amacı olarak düşünürsek, saf ilkelerden aynı hedefe giden iki yolu düşünmemiz gerekir."* şeklinde ifade etmiştir[18]. Bu iki yoldan ilki, her bireyin kendi hakkını kullanabilmede özgür olması olgusuna dayandırılır. Bu ise, *"bir yerde davacı yoksa hâkim de yoktur"* şeklinde ifade edilen "*taraflarca getirme ilkesi"'ydi.* Bu ilkeyi aslında *Grolman* eserinde bütün özellikleri ve gerekçeleriyle açıklamış ve fakat vardığı bu sonucun ne olduğu hususunda bir üst kavrama ulaşmamıştı[19]. *Gönner* de bu kuralın gerekçesinde tıpkı *Grolman* gibi özel haktan feragat edebilirlik ve özel hakkın devredilebilirliği kavramlarını görmekteydi[20]. Bu düşüncesini medenî yargılama hukuku sahasına uygulamakla, yargılamanın tüm aşamalarında her bireyin kendi hakkını istediği gibi kullanıp kullanmama yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır[21]. Ona göre, özel hukuktaki bütün kurallar yargılama usûlünde geçerlidir. *Gönner* ilkenin sadece hukukî koruma talep edildiyse devletin bunu sağlamak için harekete geçeceği şeklinde anlaşılmaması, aynı zamanda kişinin kendi hakkı olarak neden bahsettiyse, o konuda ve korumanın nasıl gerçekleşmesini istediyse, o şekilde bir korumanın sağlanması olarak anlaşılması gerektiğini belirtir[22]. Böylece yargılama faaliyetinde hâkim, sadece taleple bağlanmamış, aynı zamanda hukukî

---

15 **Gönner, Nikolaus Thaddäus von,** Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses (Handbuch), 2. Bası, Cilt: 1, Erlangen 1803, s. 119 (Naklen **Bomsdorf,** s. 113); **Gönner, Nikolaus Thaddäus von,** Über Gezetsgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit (Gesetzgebung), Erlangen 1815, s. 26 vd. (Naklen **Bomsdorf,** s. 112). Ayrıca bkz **Böhm,** Streit, s. 139.

16 **Gönner,** Handbuch, Cilt: 1 Fasikül: 1, s. 95, Handbuch, Cilt: 1 Fasikül: 2, s. 264, 509 (Naklen **Bomsdorf,** s. 119, 200; **Böhm,** Streit, s. 142).

17 Zira Prusya Mahkemeler Kanunundaki vakıaların aydınlatılması hususundaki hâkim yetkilerinin genişliği, Alman Müşterek Hukuku uygulamaları ile kıyaslanamayacak kadardı. **Gönner,** Gesetzgebung, s. 78 (Naklen **Bomsdorf,** s. 124).

18 **Gönner,** Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 181 (Naklen **Bomsdorf,** s. 125, 126; **Kölz,** s. 4; **Lang,** Untersuchungs-, s. 61).

19 İddiaların taraflarca getirilmesi ilkesi sebebiyledir ki, bunların ispat faaliyeti de taraflara ait olacak ve hâkim yargılamaya getirilmemiş sebeplerden dolayı kendiliğinden ispat faaliyetinde bulunamayacaktır. **Grolman,** s. 106 (Naklen **Bomsdorf,** s. 123).

20 **Gönner,** Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 122 (Naklen **Bomsdorf,** s. 126).

21 **Gönner,** Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 183 vd. (Naklen **Leykam,** s. 41a).

22 **Gönner** bu düşüncesini *"Kendiliğinden harekete geçmeme ilkesi burada genel ilkedir ve istisnalar çıkarılırsa mahkeme yargılamasının tamamında bütün bölümlerde yer almıştır ve bu ilke her şeyin taraflarca getirildiği ya da her şey taraf davranışlarına bağlı olduğu için Taraflarca Getirme İlkesi (Verhandlungsmaxime) olarak anılır."* şeklinde ifade eder (Naklen **Bomsdorf,** s. 127).

korumada kullanılacak vasıtalarla da bağlanmıştır *(hiçbir şey kendiliğinden)*. İkinci ilke ise hâkimin yetkisi üzerine kurulu *"kendiliğinden araştırma ilkesi"'dir. Gönner,* bu ilkeyi medenî yargılama hukukunun bireylerin hukukî korunma taleplerinin karşılanmasına ilişkin amacından sapma olarak değerlendirmemiş, bu amacın gerçekleşmesi için hâkimin yargılama faaliyetinde her şeyi kendiliğinden araştırması olarak görmüştür[23]. Hâkim sadece davanın başlatılması ile bağlı olup, bunun dışında taraf iradesi ile bağlı değildir. Taraf (davacı), dava açmakla hukukî korunma için hâkimin yardımına başvurmuştur ve bunun için gerekli bütün tedbirlerin alınmasına ve yargılama kurallarına baştan rıza göstermektedir *(her şey kendiliğinden)* [24]. Her iki ilkenin karşıt olması, *Gönner'e* göre medenî yargılama hukukunda her iki ilkenin iç içe bulunmayacağı anlamına da gelmemektedir[25].

III. TASARRUF İLKESİ VE TARAFLARCA GETİRME İLKESİ

Talepte bulunmama ile vakıayı yargılamaya getirmeme şeklindeki taraf davranışlarının aynı şey olmadığını ise ilk *Lotz* fark etmiştir. Ona göre, vakıanın yargılamaya getirilmemesi, eksik getirilmesi tarafın hakkından feragat ettiği anlamına gelmemekteydi[26]. Bu hususu, sistematik açıdan ilk dile getiren ise *Ortloff* olmuştur. Ona göre yargılamayı başlatmak ile yargılamaya vakıaları getirmek farklı şeylerdir[27]. Yargılamanın başlatılmasında bir arzu ve hakka ilişkin tasarrufta bulunma söz konusu olup, *Ortloff,* bunu *"tasarruf ilkesi"* olarak adlandırdı[28]. Bu ilkenin karşıt ilkesini ise "*kendiliğinden harekete geçme ilkesi"* oluşturmaktaydı[29]. *Canstein* ise, *Gönner'in* taraflarca getirme ilkesinin

---

[23] **Gönner,** Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 191 (Naklen **Bomsdorf,** s. 128).

[24] **Gönner,** Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 183 vd. (Naklen **Bomsdorf,** s. 127).

[25] **Gönner,** Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 191, 192 (Naklen **Bomsdorf,** s. 132; **Leykam,** s. 43). *Weilsch'e* göre ise taraflarca getirme ilkesi ile kendiliğinden araştırma ilkesi birbirlerine karşıt ilkeler olup, ideolojik anlamda birinin bulunduğu yerde diğeri olmayacaktı. Zira taraflarca getirme ilkesi bireyin özgürlüğüne ve kendiliğinden araştırma ilkesi ise devletin birey üzerinde vesayet makamı olmasına dayanmaktadır. **Welsch, J. B.,** Revision der Gesetzgebung und Rechtspflege in Baiern, Münih 1819, s. 24 (Naklen **Bomsdorf,** s. 162).

[26] **Lotz, J. Friedrich E.,** Über die Vorzüge der Verhandlungsmaxime von der Untersuchungsmaxime bei der Bestimmung des gerichtlichen Verfahrens für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, Civilistische Abhandlungen, Coburg-Leipzig 1820, s. 15 (Naklen **Bomsdorf,** s. 162).

[27] **Ortloff, Hermann,** Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, Jena 1858, s. 39 (Naklen **Bomsdorf,** s. 161).

[28] **Ortloff,** s. 43 (Naklen **Bomsdorf,** s. 161).

[29] Bu kavram ilk defa **Walther** tarafından kullanılmıştır. **Walther, Friedrich,** Die Rechtsmittel im Strafverfahren nach den Grundsätzen des englisch-französischen Strafprozeβrechtes, München 1853, Giriş s.15 (Naklen **Bomsdorf,** s. 161 dn. 30).

iki farklı kökeni barındırdığını, bunlardan birinin tarafın hak talebi, diğerinin ise yargılamanın tarafların getirdikleri üzerinden görülmesi olduğunu belirtir[30].

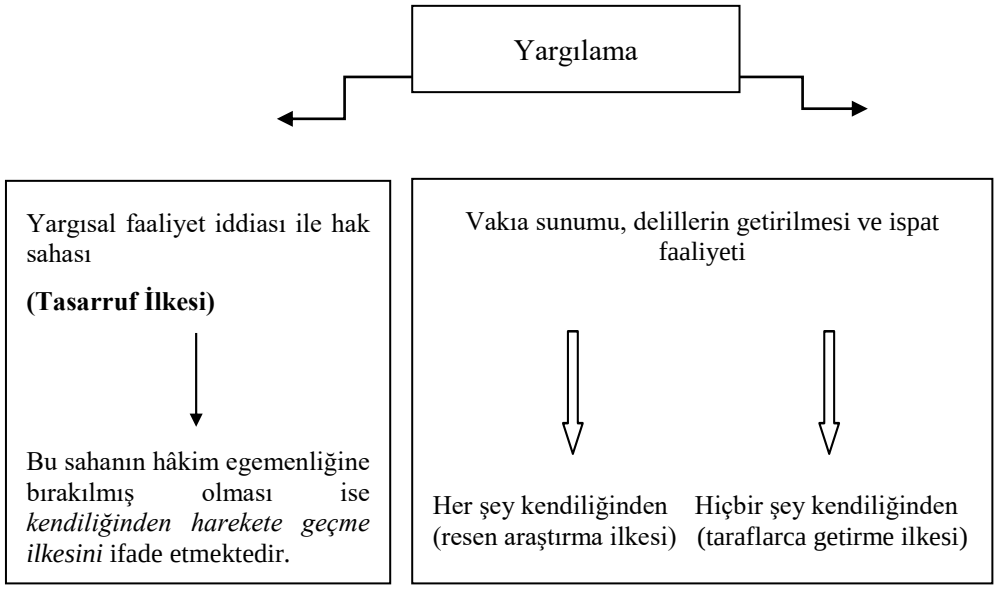
Tasarruf ilkesi, şu durumda taraf hâkimiyetini ifade ederken[31], bu hâkimiyetin alanına vakıa sunumu, delillerin getirilmesi ve ispat faaliyeti girmemektedir[32]. Bunlar üzerindeki taraf hâkimiyeti ve sorumluluğu, taraflarca getirme ilkesi ile ifade edilmektedir[33]. Bu sebeple tarafın maddî hakka ilişkin yargısal koruma sağlanmasını ve tanınmasını istemesi, bundan vazgeçmesi, bunun kapsamını belirlemesi, talep konusu üzerinde tasarrufta bulunması, verilen hükme karşı kanun yoluna başvurması gibi yargılamanın kapsamına ilişkin tasarrufları, altlamaya girecek koşul vakıalar ile delillerin yargılamaya getirilmesine ilişkin faaliyetlerden farklı olacaktır[34]. Bu farklılığın nedeni, tasarruf ilkesinin bireyin hak arama özgürlüğünün yargılama hukukuna yansıyan sûreti ve usûlî talebe konu hak ile bağlantısının olmasındadır. Ayrıca tasarruf ilkesinin usûlî talep üzerinden maddî hakla kurulan bağlantısı, geçerliliği ve etkililiği, vakıaların toplanmasına ilişkin ilkede yoktur[35].

Tasarruf ilkesini bu şekilde ayırt ettikten sonra, temel hatlarını şu şekilde belirtebiliriz:

- ✓ Davacının yargılamayı başlatması (Ne procedat iudex ex officio),
- ✓ Davacının yargılamanın konusunu ve böylelikle dava konusunu belirlemesi,
- ✓ Davacının davayı geri alması, davadan feragat etmesi, davalının davayı kabul etmesi ve tarafların sulh olmaları,
- ✓ Tarafların kanun yoluna başvurmaları, kanun yolu başvurularını geri almaları, kanun yoluna başvurudan feragat, kanun yolunda incelenmesini istedikleri sebebi belirlemeleri.

---

30 **Canstein, Raban von,** Die rationelle Grundlagen des Civilprozesses, Wien 1877, s. 169 (Naklen **Bomsdorf,** s. 175).
31 **Habscheid,** Richtermacht, s. 176; **Schreiber,** s. 191.
32 **Brüggemann,** s. 107; **Künzl,** s. 192 vd.; **Zettel,** s. 18.
33 **Bruns,** Zivilprozessrecht, s. 99; **Leykam,** s. 52a.
34 **Künzl,** s. 16; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** Zivilprozessrecht, § 76 kn. 2 (s. 479).
35 **Kölz,** s. 8.



IV. TASARRUF İLKESİ

A. Davanın Açılışında Tasarruf İlkesi (Davacı Yoksa Hâkim de Yoktur Kuralı)

Medenî yargılama hukukunun ilk amacı tarafların sübjektif menfaatlerinin gerçekleştirilmesi olunca, bunun gerçekleştirilmesi için hem kendisine yönelinen devlet ve hem de devlete başvuran taraf bazı yükümlülükleri yerine getirmek durumundadır. Devletin yükümlülüğü, sosyal bir hukuk devleti olmaya bağlı anayasal bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük ise, ancak etkin ve etkili bir hukukî koruma[36] sağlanarak[37] gerçekleşebilecektir. Bu konuda yargı organının sorumluluk taşıması, sübjektif menfaatinin korunması için bir taraf talebi varsa (HMK m. 24 f.1) ancak söz konusu olabilecektir[38]. Bu talep olmazsa, yargı organı harekete geçmeyecek ve yargılama faaliyeti

[36] Etkin hukukî koruma, ihtilafa ilişkin gerçeğin ortaya çıkarılmasını, etkili hukukî koruma ise söz konusu gerçeğe mümkün olduğunca kolay, süratli, ucuz ve güven içinde ulaşılmasını ifade etmektedir.

[37] **Pekcanıtez,** Genel Olarak, s. 78; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 229; **Benda/ Weber,** s. 287.

[38] HGK 17.10.1973, İKİD s. 2535; **Ansay,** Hukuk, s. 145; **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım,** Medenî, s. 183; **Ercan,** Richter, s. 33; **Karafakih,** Hukuk, s. 73; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 229; **Üstündağ,** Medenî, s. 239; **Ballon,** Einführung, s. 25; **Blomeyer,** Zivilprozessrecht, s. 89; **Gehrlein,** Zivilprozessrecht, s. 89 kn. 1; **Hartmann,** Baumbach Komm., Grundz § 253 kn. 6; **Melissinos,** s. 30, 97; **Ottomann,** s. 90, 91; **Vogel,** Grundriss, s. 157 kn. 9.

başlamayacaktır[39]. Bu ilke, *'talep üzerine harekete geçme ilkesi'* olarak *(Antragsgrundsatz)* adlandırılır[40]. *"Bir yerde davacı yoksa hâkim de yoktur" (Ne procedat iudex ex officio)*[41] şeklinde de ifade edilen bu kural, öğretide, medenî yargılama hukukunun maddî hukuk ile organik bağı kurularak açıklanmıştır[42]. Medenî yargılama hukukunun temel amacı, sübjektif hakların gerçekleştirilmesi olduğundan bunun için harekete geçecek olan da hakkı ihlâl edilen ya da ihlâl edilme tehlikesi altında bulunan *taraf* veyahut da objektif hukuk kuralının uygulanmasını isteyen *ilgili* olacaktır. Burada, anayasal garanti altında olan irade özgürlüğünün yargılama hukuku sahasına bir yansıması (Anayasa m.36) söz konusudur[43].

"Bir yerde davacı yoksa hâkim de yoktur" şeklindeki kural, medenî yargılama hukukunun tamamına ait bir taraf hâkimiyetini ifade etmeyip, sadece yargılamanın başlatılmasının taraf insiyatifinde olduğunu göstermektedir[44]. Hukukî korunma talebi yoksa, bir yargılama faaliyetinin başladığı da söylenemeyecektir[45]. Bu kural, kişinin çekişme konusu sübjektif hakkını yargılamaya getirme konusunda zorlanamayacağını da içermektedir (HMK m. 24 f.2)[46].

'Davacı yoksa dava da yoktur' kuralı, karşılık davaların görülmesi bakımından da geçerli bir kuraldır. Davalı talep ederse, mahkeme davalı hakkında açılan bir davada karşı tarafa ait hak iddialarını da inceleyecektir.

---

[39] Fransız Usul Kanunu taraf talebi ile bağlılığı temel alan tasarruf ilkesini ilk maddede düzenlemiş ve yargılamanın ancak taraf iradesi ile açıklanabileceğini belirtmektedir: CPC Article 1; *'Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi.'*Tarafın verdiği dilekçe hükmün tanınacağı iradesini de içerir. Bkz. **Hellwig,** Prozesshandlung, s. 59 dn. 8. *Schreiber*'a göre taleple harekete geçmek, başlı başına tasarruf ilkesini açıklamayıp, sadece yargılamanın başlatılmasının taraf tasarrufunda olduğunu gösterir. **Schreiber,** s. 190 Ayrıca bkz. **Lüke, W.,** Zivilprozessrecht, kn. 6 (s. 7).

[40] **Gehrlein,** Zivilprozessrecht, s. 89; **Guldener,** Zivilprozessrecht, s. 148; **Hartmann,** Baumbach Komm., Grundz § 128 kn. 19; **Holzhammer,** Zivilprozeβrecht, s. 125; **Konrad,** Klagrecht, s. 11; **Leipold,** Verfahrensbeschleunigung, s.335; **Stürner,** Verfahrensgrundsätze, s. 650.

[41] *"Ne procedat iudex ex officio"* bkz. **Blomeyer,** Zivilprozessrecht, s. 90. Ayrıca bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 219.

[42] **Degenkolb,** "Beiträge zum Zivilprozeβ – Der Streit über den Klagerechtsbegriff" s. 45 (Naklen **Mes,** s. 15); **Gehrlein,** Zivilprozessrecht, s. 89; **Grunsky,** Zivilprozessrecht, s. 24 kn.36; **Hartmann,** Baumbach Komm., Grundz § 253 kn. 3; **Jauernig,** Zivilprozessrecht, § 24 I (s. 84).

[43] **Önen,** Medenî, s. 140 vd; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 218, 228. Ayrıca bkz. **Jauernig,** Zivilprozessrecht, § 24 I (s. 84); **Schreiber,** s. 190.

[44] **Ercan,** Richter, s. 34; **Karafakih,** Hukuk, s. 74; **Schreiber,** s. 190.

[45] *"Nemoudex sine actore"* ve *"iudex ve procedat ex officio"* ifadeleri biri tersten ifade edecek şekilde mahkemenin kendiliğinden bir yargılamayı başlatamayacağını, yargılama faaliyetlerinin sadece tarafça harekete geçirilebileceğini ifade etmektedir. **Kölz,** s. 5; **Rechberger/ Simotta,** Grundriß, kn. 267 (s. 174).

[46] *"Invitus agere nemo cogatur"* **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** Medenî, s. 281; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 228; **Blomeyer,** Zivilprozessrecht, s. 90; **Walder-Richli,** Zivilprozessrecht, s. 185 kn. 1.

Hakkında dava açılan davalının, davacı tarafa ait hak iddialarını yargılamaya getirmesi ve hakkında hüküm verilmesini istemesi de, irade özgürlüğü ile açıklanacaktır. Davalı talebi olmaksızın, hâkimin, davalının da davacıdan alacaklı olduğuna karar verme yetkisi olamayacaktır[47].

Açılan davanın esastan reddi için ise, davalı tarafın bir talebi aranmayacaktır. Zira mahkemenin görevi, dava edilen usûli talebin tanınması ve korunması olunca, bu görevin gereği olarak talep edilen usûlî talebin reddedilmesi için ayrıca davalı tarafın talebi gerekmeyecektir[48]. Bu sebeple, davalının davaya cevap vermemesi dava konusu usûli talebin ve ona ilişkin iddiaların kabul edilmediği şeklinde anlaşılmalıdır[49].

B. Dava Konusu Üzerinde Tasarruf İlkesi

1. Dava Konusunun Taraflarca Belirlenmesi

Dava konusu, maddî hukuktaki talep kavramı ile özdeş olmayacak kadar yargılama hukukuna ait olup, bunun tespiti, talep sonucu ve dava dilekçesinde somutlaştırılan hayat olayı ile gerçekleşmektedir[50]. Kanımızca hayat olayı, maddî hukuk ile talep sonucu arasında bağlantının sağlandığı noktadır ve sadece davacının dava dilekçesinde yazdıkları ile değil, getirilenler karşısında davalının konumunu da belirleyen dış dünyada gerçekleşendir[51]. Bir hayat olayını, diğer bir hayat olayından ayıran, unsur vakıalarıdır. Her bir hayat olayı, başta yer ve zaman olmak üzere, diğer bir hayat olayından farklı unsur vakıaları barındırmaktadır. Bu sebeple bir hayat olayına ilişkin yeterli ve gerekli vakıaların getirilmesi ile yargılamaya getirilen hayat olayının ferdileştirildiği kabul edilecektir[52]. Böylelikle ne maddî hukuktaki hayat olayına ilişkin vakıaların yargılamaya getirilen vakıalar ile aynı olduğu ne de maddî talebin yargılama hukukunun talep sonucu ile aynı olduğu artık ileri sürülebilecektir[53]. Bu iki unsur, maddî hak kavramı ile özdeş göremeyeceğimiz dava konusunu oluşturmaktadır[54]. Yani dava konusu, talep sonucu ve getirilen hayat olayı ile

---

47 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 219; **Blomeyer,** Auβerprozessuale, s. 439, 441; **Häsemeyer,** sogenante "Prozeβaufrechnung", s. 215 vd; **Schaad,** s. 80.

48 **Hellwig,** Handlungen, s. 60. *Musielak'a* göre yargılamada taraflar zaten karşılıklı bir konumda bulunduklarından davanın reddedilmesi için davalının ayrıca bir talepte bulunması aranmamaktadır. **Musielak,** Bindung, s. 350, 351.

49 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 288.

50 **Yıldırım,** Dava Konusu Teorileri, s. 41.

51 **Bettermann,** Rechtshängigkeit, s. 28 vd; **Bruns,** Zivilprozessrecht, kn. 139; **Costede,** Unorthodoxe, s. 908; **Rüßmann,** Streitgegenstandslehre, s. 414. Esasen *Postacıoğlu'nun* hâkimi bağladığını düşündüğü taraf iddiaların tavsifi ile kastettiği de budur. Bkz. **Postacıoğlu,** Hukuki Sebep, s. 509, 510, 517, 520, 527.

52 **Brehm,** Bindung, s. 34, 35.

53 **Mitsopoulas,** s. 120; **Schwab,** Noch Einmal, s. 793 vd., 807.

54 **Brox,** s. 121; **Hartmann,** Baumbach Komm., § 2 ZPO, kn. 4; **Lüke, G.,** Zivilprozessrecht, kn. 162 (s. 156, 157); **Mösbauer,** § 6 I 2; **Rimmelspacher,** Materiellrechtlicher, s. 561.

belirlenecektir. Talep sonucu istenilen hukukî sonuca ilişkin taraf tercihini ifade ederken, hayat olayı bu tercihin somut gerekçesini oluşturmaktadır[55]. Bu tespitin dava değiştirme, derdestlik, objektif dava birleşmesi, taleplerin yarışması ve terditli dava konularında belirleyici[56] olduğunu, sadece kesin hükümde dava konusu kavramının talep sonucu, hayat olayı ve hükmün altlandığı gerekçe ile birlikte belirlenmesi gerektiğini, zira kesin hükümde getirilen hayat olayının ve talep sonucunun davanın başındaki gibi getirildiği saf haliyle değil, ilk davadaki altlama faaliyeti dolayısıyla yargılama faaliyeti ürünü olarak bulunduğunu düşünmekteyiz[57]. Ancak bu düşünce, göreceli teorilere hak verdiğimiz anlamına gelmemeli, bilâkis kesin hükmün taşıdığı anlamın zorunlu bir sonucu olarak değerlendirilmelidir.

Şu halde dava konusu, davacı tarafından dava dilekçesinde hayat olayı ve talep sonucu gösterilerek belirlenir. Bu belirleme, her halükârda davalının davacı tarafından iddia edilen hayat olayına ilişkin menfaatini de içerecektir[58]. Biz bu sebeple Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından verilen kararlarda[59], davacının aynı hayat olayına ilişkin açtığı ifa davasına karşı, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliğini dava etmesinde davaların talep sonucu kısmı

---

55 BGH NJW 1983, 2032; **Habscheid,** materielle Rechtskraft, s. 2642; **Zeiss/ Schreiber,** Zivilprozessrecht, § 44 s. 128 kn. 309.

56 **Jauernig,** Zivilprozessrecht, § 37 IV (s. 155, 156); **Musielak,** Musielak Komm., § 322 ZPO kn. 18 (s. 1016); **Reichold,** Thomas/ Putzo Komm., Einl. kn. 11; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** Zivilprozessrecht, § 92 kn. 25 vd (s. 617 vd); **Vollkommer,** Zöller Komm., Einl. kn. 83; **Zeiss/ Schreiber,** Zivilprozessrecht, § 44 s. 129 kn. 311.

57 **Meriç,** s. 397; **Lent,** Zur Lehre (Entscheidungsgegenstand), s. 98; **Koussoulıs,** s. 15 vd. *Lüke, Schwab*'ın kesin hükmün konusunda maddî hukuktaki gerekçeyi ele almak zorunda kaldığına dikkat çekmektedir. **Lüke, Gerhard,** Zur Streitgegenstandslehre Schwabs, s. 319.

58 *Musielak*, iki unsurlu dava konusu teorisi savunucuları tarafından savunulan bu yaklaşıma karşı çıkarak, bağlılığın dava konusunu kapsamına almaksızın sadece davacının dilekçesinde ortaya konulan vakıa tanımlamasının dikkate alınması gerektiğini belirtir. **Musielak,** Bindung, s. 351.

59 Davacı Gubisch KG, borçlu davalı İtalya vatandaşı Guilio Palumbo'ya satış sözleşmesinin yerine getirilmesi davasını Almanya'da açar. Davalı ise bu davaya karşı terditli olarak sözleşmenin geçersizliğinin tespiti, buna ek olarak teslim süresine uymamasından dolayı sözleşmenin feshini ya da ayıptan dolayı sözleşmenin iptalini dava eder. İkinci davalının davalısı Gubisch KG, ikinci davaya derdestlik definde bulunur ve fakat bu defi İtalya mahkemesi tarafından reddedilir. Avrupa Adalet Divanına bu yolla götürülen davada derdestlikte dava konusunun özdeş olması incelenmiş olup, EuGVÜ madde 21'in amacından yola çıkarak her iki davanın esas noktasını (kernpunkt=çekirdek nokta) satış sözleşmesinin geçerliliğinin oluşturduğunu, davadaki usuli olgular açısından her iki hukukî çekişmenin özdeş dava konusuna sahip olduklarını, dava konusunun davaların sadece şekli özdeşliği ile sınırlanamayacağını belirterek, aksi halde EuGVÜ madde 27 Numara 3'e göre satış sözleşmesinin geçersiz olduğunun tespitine yönelik İtalya'da verilecek bir hüküm, Almanya'da satış parasının ödenmesine ilişkin verilecek hükmün İtalya'da tanınamayacaktır. Bu tür sonuçlar hukukî koruma amacının Avrupa topluluğunun tamamında daha kuvvetli olarak gerçekleşmesine engel oluşturmaktadır. EuGH C–144/86 vom 08.12.1987, EuGHE 1987, 4871 (Naklen **Gottwald,** Streitgegenstand, s. 86. Aynı yönde kararlar bkz. EuGHE 1994, 1-5460 (Tatry Olayı), EuGHE 1998, 1-3075 (Drouot Olayı) ve EuGHE 1998, 1-3097 (Turner Olayı) (Naklen **Gottwald,** Streitgegenstand, s. 86 vd).

farklı da olsa, derdestliğin bulunduğunu kabul etmekteyiz. Zira bu durumda aynı hayat olayına ilişkin davalının arzuladığı hukukî sonuç ilk davanın hukukî sonucu içinde zaten değerlendirilmektedir[60]. Ancak ilk davanın tespit, ikincisinin eda davası olması halinde, ikinci dava ilk dava bakımından derdest olmamalıdır. Zira ikinci davada taraf menfaatleri ilk davadakini içermemektedir[61]. Bu halde, her iki davanın kurucu unsurlarının aynı olması, sadece birinin diğerine önsorun teşkil ederek çözümlenmesini ya da davaların birleştirilmesini sağlayabilecektir[62]. Her iki durumda hayat olayı tektir, usûlî sahada değerlendirilmektedir[63] ve ferdileştirilmekle başka ve benzer hayat olaylarından ayrıştırılmıştır[64]. Hayat olayının ferdileştirilmesi, niteliği gereği bireysel hukukî koruma talebine ilişkin sınırlama getirmektedir, ancak bu hayat olayından kaynaklanan hukukî koruma olgusunun taraflarla ilişkilendirilmesini engellemez[65]. Bu yüzden de kanaatimizce özel hukuk uyuşmazlıklarında dava konusunu belirlemede, tasarruf ilkesinin tamamıyla geçerli olduğunu ve dava konusunun taraf menfaatlerinin çatıştığı hayat olayı ve bundan tarafların çıkardıkları talep ya da taleplerle belirli olduğunu kabul etmek gerekecektir[66].

2. Hâkimin Taraf Dilekçeleri İle Bağlılığı Kuralı

a. Hayat olayına bağlılık

Hayat olayı, dava konusunun talep sonucu dışındaki diğer unsurudur. Bu unsur, dış dünyada taraflar arasında yaşanan, birden fazla unsuru *(vakıayı)* içeren bir hukukî olayı, dış dünyada bir bütün halinde gerçekleşeni *(etkileri*

---

60 Bunun tespiti için davacının talebinin gerekçesi dikkate alınmalıdır. **Musielak,** Bindung, s. 351. Aynı yönde bkz. **Habscheid, J. Edgar,** s. 43.

61 13.HD, 16.11.2006, 10608/15053, İBD 2008/3, Cilt:82, s. 1479.

62 **Lüke,** MünchKomm., § 261 kn. 66; **Rüßmann,** Streitgegenstandslehre, s. 416; **Walker,** s. 454.

63 *"Davanın konusunun ne olduğunun tespiti için dava dilekçesi değil, davanın hedef yönü esas alınmalıdır."* **Jauernig,** Verhandlungsmaxime, s. 11; **Meier,** Iura, s. 31. Aynı yönde: "…..davacı bu davada iddiasını emre muharrer senede değil, çok açık bir şekilde davalı ile aralarındaki temel ilişkiye, yani asıl borç ilişkisine dayandırmıştır. ….. Yoruma dahi ihtiyaç göstermeyen dava dilekçesindeki bu açıklamalardan davacının az yukarıda da belirtildiği gibi asla kambiyo hukukundan yararlanmak istemediği, aksine davalı ile aralarında mevcut olan (ve on yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu bildirdiği) temel ilişkiye dayanarak alacağını talep ve dava ettiği görülmektedir… Hal böyle olunca, artık bu davada, ileri sürülüşe göre TTK. nun 661. maddesindeki zamanaşımına değil, davanın dayandığı hukukî sebep, yani aradaki ilişki gözetilerek belirlenecek zamanaşımının uygulanması gerekir." HGK 22.02.1984, 716/141, YKD 1984/8, s. 1158.

64 Aynı değerlendirme taraf menfaatlerinin hem kıymetli evrakta hem de kıymetli evrak verilmesinin nedeni olan temel ilişkide bulunması için de geçerli olup, kıymeti evrağa bağlanmış olan alacak temel ilişki tarafından kapsanmaktadır. **Leipold,** Stein/ Jonas Komm., § 322 kn. 99 vd; **Rüßmann,** Streitgegenstandslehre, s. 418. Hukukumuzda tasarrufun iptali davalarına ilişkin düzenlemelerden (İİK m. 278, 279, 280) her birinin diğerinden ayrı bir hayat olayı oluşturduğunu bu kapsamda söyleyebiliriz.

65 **Bruns,** Zivilprozessrecht, kn. 139; **Costede,** Unorthodoxe s. 907.

66 **Muşul,** Terdit, s. 102; **Baur,** Parteirechte, s. 79; **Gottwald,** Mediation, s. 146 vd.; **Melissinos,** s. 61.

halen devam ediyor da olabilir) ifade etmektedir[67]. Bu gerçekleşenin, bir hukukî olay olması maddî hukuk bakımından unsur vakıaları taşıyor olması ile mümkün olacaktır. Bu halde hayat olayının bir ya da birden fazla hukukî olayı kapsamına aldığı da düşünülebilecektir. Yani, hayat olayı daha geniş bir bütünü ifade etmekte olup, oluş şekli sadece bir hukukî olaya ait unsurları içerebilecekken, birden fazla hukukî sebebin unsurlarını da içerebilecektir. Dolayısıyla, *'her hayat olayı, mutlaka ve sadece bir hukukî olaya sebep olur'* demek, yanlış olacaktır[68]. Bir hayat olayı, birden fazla hukukî sebebi *(hukukî olayı ve unsurlarını)* içerebilecektir. Hayat olayı, nitelik olarak en az bir hukukî olay olmak zorunda mıdır? Kanımızca bu soruya *'hayır'* cevabını vermek gerekecektir. Dış dünyada gerçekleşen bir olgu, hukukî bir sonuca bağlı olmaksızın da vardır. Örneğin, birinin diğerine mektup yazması bir hukukî sonuca bağlı değildir ve fakat bir hayat olayıdır. Bu mektubun bir hakaret içermesi ya da bir icabı barındırması durumunda ise mektup hukuken önemsenecek ve sonuçlarına ilişkin ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda dava konusuna ait hayat olayı olarak değerlendirilebilecektir.

Hayat olayı bu anlamı ile yargılamanın vakıaları olarak da görülmemelidir[69]. Yargılamaya getirilen vakıalar, hayat olayında gerçekleşen hukukî olayın maddî hukuktaki (hukukî sebep altındaki) koşul vakıalarını somut olarak karşılayan ifadeleridir. Örneğin, yukarıdaki örnekte yazılan mektubun bir kısmında mektup alıcısına edilmiş olan somut küfürler, hayat olayının bir unsurunu oluşturup, bu unsur, haksız fiilin, hukuka aykırı fiil koşul vakıasını ifade etmektedir. Küfür cümleleri, tarafın yazdığı mektup yazma ve gönderme hayat olayının içinde yer alan unsurlardan sadece biridir. Bu unsur, hayat olayının doğurduğu sonuçlara ilişkin görülecek yargılamada, mektup yazma olayının bir vakıasını oluşturacaktır. Başlı başına hayat olayını oluşturmayacaktır. Bu halde küfür cümlelerinin bir hukukî sebep oluşturması, bu hukukî sebebin diğer koşul vakıalarının da yargılamaya getirilmiş olması ile mümkün olacaktır. Örneğin, mektup alıcısı açtığı dava tazminat ise hayat olayının zarar doğurduğu, karşı tarafın kusurunu içerdiği ve zarar ile küfür cümleleri arasında illiyet bağı kurduğu unsurlarını da yargılamaya getirmelidir. Dolayısıyla hayat olayı bir hukukî sebep olarak da görülmemelidir. Ancak hayat olayına ilişkin unsurlar bir hukukî sebebin koşul vakıalarını somutlaştırmakla, hayat olayı dolayısıyla davacının istediği talep sonucuna hüküm verilmesine neden olabilecektir.

---

67 **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım,** Medenî, s. 222 vd.

68 **Postacıoğlu,** Hukuki Sebep, s. 509.

69 *Üstündağ,* dava sebebi olan vakıaları, hayat olayı olarak değerlendirmektedir. Bu hususa ilişkin yaklaşımı ve verdiği örnekler için bkz. **Üstündağ,** Medenî, s. 527, 528.

b. Dava sebebine bağlılık,

Acaba tarafın hayat olayının temelinde bulunan pek çok dava sebebinden (vakıalardan) sadece birini ya da bir kısmını yargılamaya getirmesi durumunda hâkimin taleple bağlılığının kapsamı ne olacaktır? Hâkim bu durumda taraftan hayat olayına ilişkin getirmediği vakıaları hatırlatarak getirmesini isteyebilecek midir, yoksa sadece getirilenlere bağlı olarak mı hükmünü verecektir? Dava vakıalarının getirilmesine ilişkin görüşler bu hususta varılacak sonuç açısından önem taşımaktadır. Dava sebebi bir görüşe göre, hem hukukî hem de fiilî unsurları içerir (causa petendi). İkinci görüş ise dava sebebini hayat olayının dayanağı olan bütün vakıaların getirilmesi olarak değerlendirir (subsantierungstheori). HMK m. 119 f. 1 e düzenlemesi bahsi geçen bu görüşün tezahürüdür. Bir üçüncü görüş ise, dava sebebini, hukukî sebep olarak gören bireyselleştirme teorisidir (individualisierungstheorie). Bu teoriye göre, tarafın iddia ettikleri hayat olayına ilişkin hukukî sebep, dava sebebi olarak anlaşılmalıdır[70]. Bu hususstaki son yaklaşım ise, *Hellwig* tarafından evvelden ifade edilmiş ve fakat öğretide son zamanlarda dile getirilen iyileştirilmiş bireysel teoridir (neue verbesserte individualisirierungtheorie). Bu teoriye göre tarafın hukukî bir sebebi ileri sürmesi ne zorunludur ne de yeterlidir. Önemli olan hukukî bir gerekçelendirmeyi kurmaya yarayan fiilî vakıa bilgisinin medenî yargılamaya sunulmasıdır. Böylelikle usûlî taleplere hukukî açıdan geçerli, somut gerekçe oluşturan her vakıa iddiası, yargılamaya getirilmeli ve bunlar hayat olayının gerekçesini, yani dava sebebini oluşturmalıdır[71].

Kanaatimizce, dava konusuna dayanak olan bütün vakıalar yargılamaya getirilmelidir[72]. Esasen iyileştirilmiş bireysel teori, dava konusu hayat olayının tek bir hukukî gerekçe altında altlanabilir olması durumunda haklılık taşımakta olup, dava konusu yapılan hayat olayının birden fazla hukukî norm ile gerekçelendirilebilir olması durumunda haklılık taşımayacaktır. Bu durumda taraf, eksik vakıa sunumunda bulunarak hâkimin hukuku uygulama görevinin kısıtlanmasına neden olacak ve hâkim gerekçelendirilebilir bir başka sebepten dolayı belki dava konusu talebi kuran veya dava konusuna daha uygun olan hüküm veremeyecektir. Bu sebeple dava vakıalarının tamamının yargılamaya getirilmesi, hem davacının hukukî koruma talebinin adaletin temini amacı açısından gerçekleşmesini sağlayacak hem de hükmün doğruluğuna ve hukuk güvenliğinin gerçekleşmesine yol açacaktır. Zaten bireysel ya da iyileştirilmiş bireysel teori kapsamında tarafın bazı vakıaları getirme yükünden kurtulduğu düşünülecek olursa, hukukî nitelendirme konusunda vasıfsız olan

[70] Teoriler ve etkileri bakımına ilişkin geniş tartışmalar için bkz. **Üstündağ,** İddia, 17 vd.
[71] **Kuru,** Dava Sebebi, s. 248 vd.
[72] **Üstündağ,** İddia, s. 51; **Melissinos,** s. 46.

taraf, hangi vakıayı getirmesi, hangisini getirmemesi konusunda gerekli kararı veremeyecektir de. Tarafın bu kapsamda bazı vakıaları yargılama getirmemesi, vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi çerçevesinde haklı görülebilecektir. Ancak bu durumun hayat olayında eksikliklere yol açarak davanın reddine yol açması da usûlî hakkaniyet gereği yadırganmamalıdır. Biz yargılamaya getirilmeyen vakıalar konusunda ise iddia edilmemekle değil, hüküm verilmekle iddia edilmeyen vakıaların artık (kesinlikle) yargılamaya getirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Hayat olayı, hukukî olayın unsur vakıalarından oluşmakta olup, hâkimin yargılamanın kapsamına ilişkin hayat olayına olan bağlılığı ve iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, yargılamaya getirilen vakıalar için söz konusu olacaktır[73]. Bu nokta aynı zamanda tasarruf ilkesi ile taraflarca getirme ilkesinin bağlantı kurduğu yeri de ifade etmektedir[74].

c. Talep sonucuna bağlılık

i. Talep edilmeyene karar verememe

Taleple bağlılık kuralının taşıdığı anlamlardan ilki, tarafın talep etmediği husus hakkında mahkemenin karar veremeyecek olmasıdır. Hâkim, taraf dilekçesi kapsamında istenileni karşılayacak olup, tarafın talep etmediği husus hakkında karar veremeyecektir[75]. Tarafın neyi talep etmediğini ve hâkimin ne hakkında karar veremeyeceği dava dilekçesine bakılarak tespit edilecektir. Bu tespitin konusu, istenilen hukukî sonucun ne olduğunun

---

[73] **Üstündağ,** Medenî, s. 522 vd., 529; **Melissinos,** s. 72. Hayat olayının dava temeli olması nedeniyle hayat olayına dâhil her vakıanın, dava değiştirmeye tâbi olmaksızın sonradan yargılamaya getirilebileceğine ve kesin hükmün hayat olayına dâhil olup ileri sürülmeyen unsurları da içereceğine ilişkin yaklaşım için bkz. **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım,** Medenî, s. 238, 239. Bu hususta hayat olayını dava temeli olarak görmekle beraber, dava sebebinin hayat olayının bir bütün olarak değerlendirilmesine ve bu yolla kesin hükmün gerekçe üzerine bile sirâyet etmeyen bir genişlemeye uğramasına katılmamaktayız. Kanaatimizce dava sebebi, hayat olayından dava ilişkisi içine çekilen olgulardır. Bu olgular şüphesiz gerçekleşme biçimlerini de taşıyacaklardır. Zaten hayat olayının unsuru olmaları bu sebepledir. Ama bu, hayat olayını bir bütün olarak (vakıa kompleksi) dava sebebi olarak görmemize neden olmamalıdır. Aksi halde, taraf için sadece hayat olayını belirtmek yeterli kabul edilecek ve taraflarca getirilmemiş (belki bilerek getirilmeyen) hayat olayının bütününe dâhil olan diğer vakıaların da getirilmeye (en azından aydınlatılmaya) çalışılmasına (bu durumda hâkimin kendiliğinden) neden olacaktır. Kesin hüküm bakımından ise, hayat olayının getirilmeyen unsurlarının bir başka hukukî olay ve hukukî gerekçe altında da altlanıyor olması, sadece hayat olayına dâhil getirilen vakıaların girdiği altlama faaliyeti sonucunda talebin esastan reddedilmiş olması halinde önem taşıyacak ve bir yargılama faaliyetinde içine girdikleri hukukî kalıp içinde tartışılmamış olmadan dolayı kesin hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceklerdir. Söz konusu davanın esastan kabulü halinde ise, hayat olayından doğan talep, maddî hukuk bakımından tespit edilmiş veya giderilmiş olduğundan bir başka davanın görülmesine hakkın yokluğu nedeniyle engel olacaktır.

[74] **Melissinos,** s. 74.

[75] 17.HD., 12.06.2006, 3410/5307, MİHDER 2006, Sayı:5, s.1401; 1.HD., 08.05.2006, 3372/5311, MİHDER 2006, Sayı:5, s.1371; 9.HD, 22.09.2005, 308/30969, MİHDER 2006, Sayı: 3, s. 724. **Saenger,** Nomos Komm., § 307 kn. 4 (s. 620).

belirlenmesidir. Böylece hâkim istenilmeyen hukukî sonuç hakkında karar veremeyecektir. Ödünce dayalı hukukî ilişkide eşyanın iadesi talep edilmişken, hâkim tazminata karar verememelidir[76].

ii. Fazlaya karar verememe

Taleple bağlılık kuralının taşıdığı anlamlardan bir diğeri, tarafın talep ettiğinin fazlasına mahkemenin karar verememesidir[77]. Taraf maddî hukuk sahasında varolan hakkının sadece bir kısmını usûlî talep olarak açtığı davada ileri sürmüş ise, hâkim, talep edilenin üzerinde bir şeye karar veremeyecektir (HMK m. 26). Bu yasağın ya da bağlılığın sebebini de önceki bağlılık kuralı gibi tasarruf ilkesinde görmek gerekmektedir[78].

Bu yasak, sadece kısmi davada talep edilmeyen diğer alacak kalemine mahkemenin hüküm veremeyeceği şeklinde[79] anlaşılmamalıdır[80]. Kısmi dava olmayan diğer davalarda da şüphesiz talep edilenden fazlasına karar verememe yasağı söz konusu olacaktır. Bu yasak, sadece talebin, para alacağının talep edilmesi haline de indirgenmemelidir. İlk akla gelen şüphesiz, davacının 500 lira istediği halde, hâkimin davalının 600 lira ödemesine hüküm vermesi gibi örnekler olacaktır. Ancak davacı davalıdan belirli bir zaman dilimine bağlı olarak edimini yerine getirmesini dava ettiğinde, hâkimin söz konusu zaman dilimine bağlı olmaksızın edimlerin (borç kalemlerinin) yerine getirilmesine karar vermesi ya da davacı sadece tespit davası açmışken hâkimin ifaya karar vermesi[81] bu yasağa aykırılık oluşturacaktır.

---

76 **Melissinos,** s. 44.

77 **Karafakih,** Hukuk, s. 74; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** Medenî, s. 304; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 219; **Üstündağ,** Medenî, s. 245; **Blomeyer,** Zivilprozessrecht, s. 90, 91; **Hartmann,** Baumbach Komm., § 308 kn. 2; **Reichold,** Thomas/ Putzo Komm., § 308 kn. 1; **Rimmelspacher,** Materiellrechtlicher, s. 239; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** Zivilprozessrecht, § 131 kn. 6 (s. 914); **Zeiss/ Schreiber,** Zivilprozessrecht, § 26 s. 65 kn. 171; **Vollkommer,** Zöller Komm., § 308 kn. 2; *Schreiber* bu hususta rehin yerine ödeme; tespit yerine eda; gelecekteki ifa yerine şimdiki ifa; teslim yerine temlik örneklerini vermektedir. **Schreiber,** s. 192. Aynı yönde bkz. **Musielak,** Münchener Komm., § 308 kn. 7; **Saenger,** Nomos Komm, § 307 kn. 2 (s. 620); **Zimmermann,** Zimmermann Komm., § 308 kn. 2.

78 **Leipold,** Stein/Jonas Komm. (22.Bası), vor § 128 kn. 139 vd.; **Musielak,** Musielak Komm., § 308 ZPO kn. 1 (s. 906). Tasarruf ilkesinin, hak arama özgürlüğünün temini amacıyla tasarıda düzenlendiğine ilişkin olarak bkz. **Pekcanıtez,** Tanıtım, s. 13.

79 *Grunsky*'e göre bu yasak, sadece davacının ön yargılamada kısmi dava açması ve geriye kalan hak talebini saklı tutması halinde söz konusu olacaktır. **Grunsky,** Grundlagen, s. 504.

80 **Melissinos,** s. 121 vd.; **Musielak,** Bindung, s. 352.

81 **Schreiber,** s. 192.

iii. Farklısına karar verememe

Taleple bağlılık kuralının sebep olduğu bir diğer yasak, hâkimin talep edilenin dışında farklı bir şeye karar verememesidir[82]. Burada farklı bir şeye karar verememenin esasını oluşturan nokta, verilen hükmün sonuç kısmıdır. Farklı bir şeye karar verilmiş olunup olunmadığının tespiti için bakılması gereken husus, talep eden kişinin gerçek iradesi ile mahkemenin verdiği hükümdeki sonuç kısmının aynı olup olmadığıdır[83].

iv. Daha azına karar verebilme

Taleple bağlı olma yasağı, davacının talep edilenden daha fazlasına sahip olmadığının tespit edilmesi durumunda uygulama bulmaz (HMK m. 26). Azına karar verme, *'çokta azlık saklıdır'* esasına dayanmaktadır[84]. Bu kuralın taşıdığı haklılık, davalının zaten dava dilekçesinde istenilen miktar kadar borçlu olduğuna mahkemenin karar veremeyecek durumda olmasıdır. Davacının arzusu, maddî hukukta ihlâl edildiğine inandığı hakkının dava açılmakla korunması ve yeniden tesisidir. Davacı, şu halde dava açtığında talep edilen maddî hukukta karşılığa sahip olduğu oranda mahkemeden hukukî koruma sağlamasını beklemektedir. Davacı talebi, beklentisi tam olarak karşılanamadığı halde, *'ya istediğimin hepsine karar ver ya da hepsine karar veremeyeceksen hiçbir şeye karar verme'* anlamına gelmemektedir[85]. *'Çokta azlık saklıdır'* esasının ifade ettiği anlam ise, davacının talep sonucu ile aynı nitelikte olan daha azına karar vermeyi karşılamaktadır[86]. Dava edilenin azı olmasının taşıdığı bu anlam, karar verilenin, dava edenin istemi kapsamında değerlendirilen ve fakat dava edilen ile aynı miktar ve cins olmadığı durumlarda nasıl değerlendirilecektir? Bu husus, talep sonucunun *azı* ile *farklısı* arasındaki ayırımı ifade etmektedir[87]. Dava konusu sadece hayat olayına göre değil, aynı zamanda talep sonucuna göre belirlendiğinden nitelik olarak talep edilenden ayrılarak farklı bir şeye karar vermek, azına karar vermek değildir[88].

d. Hukukî sebebe bağlı olmama

Biz, tarafların talep sonucunu haklı kılan, birden fazla hukukî gerekçe altında altlanması mümkün olan vakıaları *(hayat olayı unsurlarını)* yargılamaya

---

82 **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** Medenî, s. 304; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 219; **Zimmermann,** Zimmermann Komm., § 308 kn. 2.

83 Onarım yerine değiştirme; geri verme yerine tazminat buna ilişkin örnek verilebilecektir. Bkz. **Schreiber,** s. 192.

84 **Hartmann,** Baumbach Komm., § 308 kn. 7.

85 **Musielak,** Bindung, s. 353.

86 **Melissinos,** s. 134; **Musielak,** Bindung, s. 354.

87 **Melissinos,** s. 135; **Musielak,** Bindung, s. 354.

88 **Melissinos,** s. 133. Aksi yönde bkz. **Musielak,** Bindung, s. 354; **Vollkommer,** Zöller Komm., § 308 kn. 4.

getirmeleri durumunda, bu gerekçelerden sadece birine göre yargılama faaliyeti yapılmasına ilişkin taleplerin, hâkimi bağlamayacağını düşünmekteyiz[89]. Tarafın dava dilekçesinde gösterdiği hukukî nitelendirmeler, sadece hâkime yardımcı olacaktır[90]. Aksinin kabulü halinde hâkimin vereceği ret kararına karşı, tarafın aynı hayat olayına dayanarak farklı gerekçelerle tekrardan dava açmasına ya da aynı zamanda farklı hukukî gerekçeler altında aynı hayat olayına ilişkin birden fazla davanın görülmesine yol açacaktır. Maddî hukukta bir hayat olayı dolayısıyla ileri sürülebilecek her gerekçe farkı usûlî taleplere yol açamayacağından[91] bu yöndeki yaklaşımlara, yani tarafın gösterdiği hukukî sebep ile hâkimi bağlayabileceği düşüncelere[92] katılmamaktayız[93].

---

89 **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım,** Medenî, s. 227; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 272; **Musielak,** Münchener Komm., § 308 kn. 13.

90 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 272. Gösterilen hukukî sebeple sınırlı olarak inceleme yapan mahkemenin de doğru bir yargılama faaliyeti yapmış olacağına ilişkin olarak bkz. **Postacıoğlu,** Medenî, s. 242. Hukukî sebebin dava dilekçesinde gösterilmesi gereken bir unsur olmakla tarafın hukukî sebebi gösterme zorunluluğuna ilişkin yaklaşım için bkz. **Özekes,** Hukukî Sebep, s. 757 vd. *Özekes,* ancak bunun hâkimin tarafların gösterdikleri hukukî sebeplerle bağlı olacağı anlamına gelmediğine de işaret eder. **Özekes,** Hukukî Sebep, s. 757 vd.

91 **Georgiades,** s. 1; **Melissinos,** s. 61.

92 *Melissinos* tarafın birden fazla hukukî sebebin bulunması halinde sadece bazı hukukî sebepler üzerinde yargılama yapması konusunda hâkimi bağlayabileceğini, böylelikle bazı hukukî gerekçelerin yargılamada kullanılmasından feragat edebileceğini savunur. Ona göre, taraf, nasıl ki dava konusunu belirlerken hayat olayına ilişkin vakıaları seçmekte ve bu yolla hâkimi hukukî sebep konusunda sınırlamaktadır, hakkının birden fazla hukukî gerekçe ile gerekçelendiriliyor olması halinde bunlardan biri ile inceleme yapılması konusunda da hâkimi sınırlandırabilmelidir. Böylelikle bu hususta tutarlılık sağlanacaktır. Bunun için tabii ki tarafın menfaati bulunmalıdır. Ayrıca taraf bu tercih ile mahkemeler üzerinde yükünü azaltacak ve zaman kaybına engel olacaktır. **Melissinos,** s. 84 vd.; *Schlosser* ise, bu sonuca tarafların nasıl maddî hukuk bakımından belirli bir hukuk normu ya da hukukî ilişkiyi kararlaştırmaları mümkünse, usûlî saha açısından bunu engelleyen bir sebep olmadığı düşüncesi ile katılmaktadır. Bkz. **Schlosser,** Einverständliches, s. 33; **Schlosser,** Buchbesprechung von Würthwein, s. 362; **Schlosser, Peter,** Buchbesprechung von Meier, s. 438; Ögretide *Würthwein*, tarafların yargılamanın kapsamına ilişkin belirleme yaptıkları hususlar içinde hukukî sebebin de bulunduğunu belirtir (**Würthwein,** s. 128 vd.). *Meier* ise; hâkimin yabancı kaldığı hayat olayına ilişkin tarafların hukukî gerekçelerle hukuku uygulama konusunda etkileyeceğini ve hatta bağlayabileceğini belirterek (**Meier,** Iura, s. 83 vd., 89) aynı sonucu paylaşmaktadır. Fransız Usul Kanunu madde 12 düzenlemesi hâkimin görülmekte olan davada hukukî nitelendirmeyi yapma konusunda yükümlü olduğunu düzenlemişken, aynı maddenin 3. fıkrası tarafların usûlî bir sözleşme yaparak, hangi hukukî gerekçe altında hayat olayını değerlendirmesi gerektiğine ilişkin hâkimi bağlayabilecekleri hususunu düzenlemektedir. CPC Article 12 Abs. 3; *'Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat'.*

93 İBK 04.06.1958, 15/6, RG Sayı: 10021; **Alangoya,** İlkeler, s. 96; **Karafakih,** Hukuk, s. 74; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** Medenî, s. 322; **Üstündağ,** Medenî, s. 243, 244; **Guldener,** Zivilprozessrecht, s. 156; **Kölz,** s. 11; **Müller,** s. 26, 29 dn. 28; Maddî hukuktaki sözleşmesel ilişkiye ilişkin kuralların usûlî sahada uygulanamayacağından bu tür bir anlaşmanın geçerli olamayacağına ilişkin olarak bkz. **Häsemeyer,** Parteivereinbarungen s. 210 vd.

Bu durum, tasarruf ilkesinin bir istisnası değildir. Zira tarafın menfaati, sübjektif menfaatine ilişkin korunmanın sağlanmasındadır, bunun hangi gerekçe altında sağlanmış olması konusuna kural olarak bir taraf ilgisi söz konusu olmayacaktır. Burada taraf ilgisinden değil, hâkimin hukuku uygulamasından bahsetmek gerekecektir[94].

3. Dava Konusunun Değiştirilmesi

a. Hayat olayının değiştirilmesi

Dava konusunda değişiklik, sadece hayat olayına ilişkin vakıalarda değil, aynı zamanda hayat olayının bizzat kendisinde meydana gelecek değişiklikle de söz konusu olabilecektir. Örneğin, tazminat davasının gerekçesi kaza olayına dayandırılmış iken, bunun yazılan bir mektuptan dolayı aç tazminat davasına dönüştürülmesinde hayat olayına ilişkin bir dava değişikliği söz konusu olmaktadır[95]. Burada salt vakıa değişikliği değil, hayat olayı değişikliği bulunmaktadır[96].

b. Talep sonucu değişikliği, artırılması, azaltılması

Bu halde hayat olayı aynı kalmakta, taraf sadece talep sonucunu değiştirmektedir[97]. Örneğin, tazminat talebinin, kınanma istemi gibi başka bir tazmin şekli ile ikame edilmesi durumunda sadece talep sonucu değişmektedir. Mahkemenin o ana kadar yaptığı tazminin nedeni olan vakıa ve hayat olayında bir değişiklik meydana gelmemektedir. Davacı ile karşı davanın davacısı aynı hayat olayından dolayı talep etmiş olduğu sonucun yerine bir başka istemi geçirtmektedir. Talep sonucunun artırılması veya azaltılması da bu kapsamda düşünülmelidir.

c. Hayat olayı ile birlikte talep sonucunun değiştirilmesi

Dava değişikliği dava konusunun unsurları olan hayat olayı ile talep sonucu unsurlarında her zaman için ayrı ayrı yapılacak değişiklikler şeklinde görülmeyip, bazen hayat olayını değiştirmek aynı zamanda davadaki talep

---

94 **Kölz,** s. 8, 9; **Künzl,** s. 240.

95 Dava konusunu sadece talep sonucu olarak değerlendirilmesi durumunda, dava konusunun aynı kalıp da hayat olayının (vakıa kompleksinin) değişikliğe uğramasını dava değiştirme olarak görmemek gerekir. Bkz. **Hanağası,** s. 123, 125. Biz dava dilekçesinin talep sonucundaki ifadelerine bağlı kalınarak sadece şekli özdeşlik ile dava konusunun sınırlanamayacağını (belirlenemeyeceğini), dava konusunun talep sonucu ile hayat olayından oluşan usûlî bir talebi ifade ettiğini, bu nedenle talep sonucu aynı kalmakla beraber farklı vakıa kompleksinin ileri sürülmesi durumunu dava değiştirme olarak görmekteyiz.

96 **Yılmaz,** Islah, s. 192. *Postacıoğlu'nun* dava sebebini teksif ilkesi içinde değerlendirirken, dava sebebi olarak belirleyici ölçüyü, vakıa değil, hukukî sebep olarak görmesi bu sebep dolayısıyladır. **Postacıoğlu,** Medenî, s. 435 vd, 443 vd.; **Postacıoğlu,** Hukuki Sebep, s. 516.

97 **Soliva,** s. 25, 26.

sonucunda da değişiklik yapılmasını beraberinde getirecektir. Örneğin, davacının miras hukukundaki iptal davasını değiştirmesi iradesinin altındaki düşünce tenkis davası ise, o zaman dava konusunun bütün unsurları ile değiştiğini kabul etmek gerekecektir. Zira miras hukukundaki iptal davasının hayat olayı, irade bozukluğu, ehliyetsizlik, ölüme bağlı tasarrufun hata, hile, korkutma veya zorlama sonucunda yapılması, hukuka ve ahlâka aykırılık, şekil eksikliği sebepleri iken, tenkis davasının hayat olayı, murisin ölüme bağlı veya sağlararası yapmış olduğu tasarruflarının saklı paylı mirasçıların saklı paylarını ihlâl etmesidir. Talep sonucu unsuruna ilişkin olarak ise, mirasta iptal davası ile istenilen miras payının geri dönmesi iken, tenkis davasında sadece ihlâl edilen saklı payın geri dönmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda davanın tamamında mahiyet değişikliği söz konusu olup, mahiyetin talep sonucunu daraltması ya da artırmış olması, sadece talep sonucunu artıran ya da sadece talep sonucunu azaltan dava değişikliklerinden farklılık göstermektedir. Çünkü burada değiştirilen hayat olayıyla ilgili norma bağlı bir talep sonucu değişikliği söz konusu olmaktadır[98].

d. Davaları artırma, azaltma

Tasarruf ilkesi kapsamında dava edilen bir usûlî talebin yanına aynı davalıya karşı davacının yeni bir usûlî talep eklemesi veya birden fazla usûlî talepten birkaçını azaltması da mümkündür. Ancak bu durumun aynı hayat olayından kaynaklanması zorunlu olmalıdır.

4. Dava Sebebinin Değiştirilmesi

Öğretide dava sebebini hukukî sebep (ilişki) olarak nitelendiren ferdileştirme teorisi ile dava sebebini bütün vakıalar olarak nitelendiren vakıalara dayandırma teorisi[99], karşılıklı yumuşama eğilimine girmiş ve her vakıanın değil, sadece gerekli vakıaların ileri sürülmesi ve böylelikle hak iddiasının benzer iddialardan ayrıştırılmasının sağlanmasının yeterli görüldüğü bir noktaya gelinmiştir[100]. Taraflar, dava konusuna ilişkin gerekli vakıalarından bir kısmını, yanlışlık ya da ihmal neticesinde yargılamaya getirmemiş olabilir. Bazen ise davanın gerekçesi olarak ileri sürülen vakıalarda eksiklik bulunmaz ve fakat hayat olayı dış dünyada devam ettiğinden dolayı talep sonucunu ilgilendiren yeni vakıalar gerçekleşmiş olabilir. Bu sebeple, biz, karşı tarafın rızası veya ıslah yolu ile dava konusunu gerçekleştirmeye ya da

98 **Postacıoğlu,** Hukuki Sebep, s. 516; **Blomeyer,** Klageänderung, s. 124, 125.
99 **Üstündağ,** Medenî, s. 528, 529 ve sayfada belirtilen Yargıtay kararı.
100 **Alangoya,** İlkeler, s. 106; **Kuru,** Dâva Sebebi, s. 242; **Yılmaz,** Islah, s. 154.

gerçekleştirmesine elverişli olan önemli vakıaların sonradan yargılamaya dâhil edilebileceğini kabul etmekteyiz[101].

5. Taraf Değişikliği

Biz dava ilişkisini bir tarafın, muhatabını göstererek devlete *"somut belirli sübjektif menfaat"* iddiasını yöneltmesi olarak gördüğümüzden, bir davayı diğer bir davadan ayıran unsur olarak, davanın kime yöneltildiği ve dava konusu konularını görmekteyiz. Bu sebeple kurulan usûlî ilişkiyi bütün olarak değerlendirerek gerek davanın taraflarında gerek davanın konusunda gerekse de getirilen hayat vakıasının gerekçesini oluşturan hususlarda (vakıalarda vs.) yapılacak değişiklikleri, dava değiştirme kapsamında değerlendirmekteyiz. Biz dava ilişkisinin unsuru olması dolayısıyla taraf değişikliğini, medenî yargılama hukukunda mümkün görmekteyiz (HMK m. 124). Öğretide bir kısım, davanın geri alınması hükümleri ile bunun mümkün olacağından bahsetmekte olup, dava değiştirmeye ilişkin hükümlerin ancak aynı taraflar arasında olabileceği düşüncesindedir[102]. *Alangoya* bu düşüncenin sahibi *Kirch*'den ayrılarak usûlün amacı ve usûl ekonomisi gereği, *'karşı tarafın rızası alınarak'* tarafta değişiklikler yapılabileceğini kabul etmektedir[103].

Kanımızca değiştirilmek istenilen tarafın davanın reddedilmesi konusunda kesin hüküm elde etmedeki menfaati, davacının yanlış gösterdiği tarafı değiştirmedeki menfaatinden daha ağır basmakta ise, burada *'davanın geri alınması'* hükümleri artık uygulama bulmalı ve taraf değişikliği ancak değiştirilmek istenilen tarafın davanın geri alınmasına onay vermesi ile mümkün olmalıdır[104]. Yok, eğer karşı tarafı değiştirmek isteyen tarafın bu hususta menfaati, değiştirilmek istenilen tarafın menfaatinden daha ağır basmakta ise, o zaman da usûl ekonomisi ve davacının o zamana kadar yaptığı masraflar *(yargılama giderlerine hükmedilerek)* dikkate alınarak taraf değişikliğinin karşı tarafın rızasına bağlı olmadan gerçekleşmesin hâkim kabul edebilecektir[105].

---

[101] Söz konusu vakıaların hayat olayına ilişkin gerekli detayı vermediği, eksiklik taşıdığı durumlarda hâkimin yargılama faaliyetinin devamı için dava gerekçelerinin somutlaştırılmasını istemiş olması, bu hususta kendisine düşen ödev dolayısıyla olup, söz konusu olanakları kendisine bağlı kılmaz. Taraflar sadece hâkimin davanın maddî yürütümünden kaynaklanan ödevi dolayısıyla dava sebebini değiştirmezler. **Walther,** s. 77.

[102] *Kisch,* tarafından dava değiştirmenin olmaması gerektiğine ilişkin olarak ortaya atılan bu görüş, dava değiştirme yasağı noktasında olmasa da taraf değişikliği konusunda gerek Alman hukuk öğretisinde gerekse de Türk hukuk öğretisinde kısmen destek bulmuştur. **Alangoya,** Tarafta İradi Olarak, s. 176 vd; **de Boor,** Zur Lehre, s. 102; **Kisch, W.,** Parteiänderung im Zivilprozess, 1912 München, s. 1 vd. (Naklen **Gross,** Klageänderung, s. 60, 61).

[103] **Alangoya,** Tarafta İradi Olarak, s. 130 vd.

[104] **Franz,** s. 15.

[105] **Greger,** Zöller Komm., § 263 kn. 3; **Putzo,** s. 152, 160; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** Zivilprozessrecht, § 42 kn. 17 (s. 249); **Roth,** s. 2977. Islahla taraf değişikliğinin

Kanımızca temsilcide yanılma gibi davacının mâzur görülebilecek hataların düzeltilmesinin sağlanması adına[106] istisnai hükümlerle düzenlenebilir (HMK m.124).

Biz, tarafta yapılacak değişikliklerde, dava konusu ile davaya yeni dâhil edilen taraf arasında mutlaka bir bağlantı olması gerektiğini, işin niteliği gereği düşünmekteyiz[107]. Taraf değişikliğinin gerçekleşmesi durumunda ise, yeni tarafı eski yargılama ile bağlamak da doğru olmamalıdır[108]. Bu durumda yeni taraf, dava konusuna ilişkin yeni bir savunma yapacak ve delillerini getirebilecektir[109].

6. Dava Konusunun Devri

Biz, maddi hukuktaki haklılık durumunun hüküm anı itibarıyla gözetilmesi gerektiğini düşündüğümüzden, dava konusunun devrinin görülmekte olan davayı etkileyeceğini düşünmekteyiz[110]. Burada devre konu olan husus, bağımsız usulî talep değil, dava konusu yapılan maddi hukuktaki haktır. Dava konusunun devri ile davanın konusunda değişiklik meydana geldiğini kabul etmek bir zorunluluktur[111] [112].

Devredeninin davalı olduğunda davacının tercihine bağlı olarak dava devralana karşı devam edilmekle dava konusunun devir olayını da içerecek şekilde genişlediği, davanın devredene karşı ise tazminat davası olarak devam edebileceği ve fakat maddi hukuk nedeniyle bazen davanın devralan karşı da devam etmek zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. Devredeninin davacı olması durumunda davanın davalı ile devralan davacı arasında görülmesi

gerçekleşemeyeceğine ilişkin Yargıtay'ın yaklaşımı için bkz. HGK 13.02.2008, 9-64/132, İBD 2009/1, s. 390.

106 Usûl ekonomisi gereğince kurulan usûlî ilişkinin kapsamından anlaşılan bazı yanlışlıkların ise giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu sebeple gerek Yargıtay'ın temsilcide yanılma yaklaşımı (HGK 17.10.2007, 15-603/724, MİHDER 2008, Sayı: 9, s.175) doğrultusunda taraf değişikliği yapılabileceğini kabul etmekteyiz. Esasen bunlar gerçek anlamda bir taraf değişikliğini de gerektirmezler, zira dava dilekçesinden ya da talepten esasen kiminle usûlî ilişki kurulacağı zaten anlaşılmaktadır. Ayrıca bkz. **Yılmaz,** Islah, s. 347 vd.

107 **Alangoya,** Tarafta İradi Olarak, s. 183.

108 *Alangoya* bu nedenle taraf değişikliğine dava değiştirme hükümlerinin uygulanamayacağı fikrindedir. **Alangoya,** Tarafta İradi Olarak, s. 156.

109 Özellikle davanın ayrılan tarafı sulh, ikrar gibi işlemler yapmış, delillerini eksik hasretmiş ise bunlara yargılamanın yeni tarafının katlanmasını beklememek gerekir. Bu halde katlanmasının söz konusu olması sadece bu işlemlere onay vermesi halinde söz konusu olmalıdır. Bkz. **Postacıoğlu,** Medenî, s. 463, **Roth,** s. 2977.

110 **Özmumcu,** s. 210 vd; **Grunsky,** Veräußerung, s. 99; **Henckel,** Perteilehre, s. 179.

111 **Özmumcu,** s. 211; **Grunsky,** Veräußerung, s. 112 vd., 193.

112 Bu durumda, dava değişikliğinin iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istisnası oluşturduğu kabul edilmektedir. **Postacıoğlu,** Medenî, s. 469.

(Yargıtay uygulamaları[113] bu yönde) her zaman haklı görülemeyebilecektir. Örneğin, kira bedeline ilişkin tespit davası devam ederken davacı ev sahibinin (BK kapsamına giren kira sözleşmesinde evini başkasına devretmesi durumunda kira ilişkisi de kendiliğinden sona ereceğinden davanın konusuz kaldığı sonucuna varılmalıdır[114]. Kaldı ki bu durumda dava konusuz kalmasa bile devralanın davalıya karşı devam iradesini göstermesini ve onun hüküm elde etme arzusunu taşıyıp taşımadığı anlaşılmalıdır.

C. Yargılamanın Takip Edilmemesi

İki tarafın oturuma gelerek, duruşmaya devam etmeyeceklerini açıklamaları haline, Kanun (HMK m. 150), dosyanın işlemden kaldırılması sonucunu bağlamaktadır. Kanımızca bu durumda Kanun'un davanın geri alınması kurumunu ve sonuçlarını bağlaması, taraf iradelerinin daha güçlü ve açık ifade edilmesinden dolayı daha doğru bir tercih olurdu. Taraf irade açıklamalarına 3 ay sonrasına ilişkin bir sonucun bağlanılmasındansa, iradelerin hemen sonuç doğurması daha doğru olurdu.

İki tarafın duruşmaya gelmemesi durumunda ise, tarafların davayı takip etme konusunda devam iradelerini gösterip göstermeyecekleri askıda olduğundan, devam etmemeleri durumunda dosyanın işlemden kaldırılması ve davanın açılmamış sayılması yargı organın işgal edilmemesi açısından bir zorunluluktur[115]. Tarafların neden takip etmedikleri ise kanımızca açıklamaya muhtaç değildir. Bu husus kanımızca bir yaptırım olarak da değerlendirilmemelidir[116]. Özellikle maddi hukuktaki yaptırımların bu yolla kıyasen yargılama hukukuna uygulanmaya çalışılması alan bağımsızlığını ihlâl de edecektir. Davanın takibine taraf zorlanamaz.

---

113 "… davacı (kiralayan) kiracıya karşı kira bedelinin tesbiti davası açmış dava devam ederken (kiracıya kiralamış olduğu) gayrimenkulü üçüncü kişi E'ye satıp devretmiştir….Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre bu gibi durumlarda (müddeabih dava sırasında davacı tarafından üçüncü kişiye devredilirse), müddeabihi devralan üçüncü kişi, devreden davacının yerine geçer ve onun hak ve yetkilerini kullanır; yani davaya devam eder……." 3. HD, 01.05.2000, 3986/4096 (YKD 2000/11, s. 1674). Yargıtay evvelden dava edilen taşınmazın aynen istirdadının mümkün olduğu durumlarda davacının devralan davalıya karşı davasını devam ettirmesi gerektiği fikrindeydi. HGK, 09.03.1966, 4/581-71. Bkz. **Kuru,** Medenî, 4. Cilt, s. 3852, dn. 130. Alman hukukunda devredenin davayı takip yetkisi ile birlikte taraf sıfatını da taşıdığını düşünür ve fakat bu durum davacının devreden olması haline ilişkin değildir. Zira davacının devretmesi halinde her halde sıfatının kalmadığı düşünülür. Bkz. **Schumann,** Stein/ Jonas Komm., § 265 kn. 52; Buna ilişkin olarak da ZPO § 265 III düzenlemesi, davalıya davacının sıfatının eksik olduğunu ileri sürme olanağı vermektedir.

114 "...akdin geriye etkili şekilde feshine karar verilip bu husus kesinleştiğinden yükleniciye ait yerleri satın alan davalılar hakkındaki tapu iptali ve tescil isteminin kabul edilmesi, dava aşamasında bir kısım tapuların intikal görmesi nedeniyle yeni maliklerin davaya katılması veya bedel talebi HUMK 186. madde gereğince değerlendirilip sonuçlandırılmalıdır." 15. HD, 04.03.2005, 3299/1234 (YKD 2005/9, s. 1408).

115 **Jauernig,** Zivilprozessrecht, § 28 V (s. 118).

116 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** Zivilprozessrecht, § 126 kn. 2 (s. 879).

İki taraflı yargılama sisteminde taraflardan birinin yargılamaya gelmemesi durumunda gelen tarafın hüküm elde etme menfaati dolayısıyla devam ve dosyayı kendisi için de takipsiz bırakma hakkı bulunmaktadır[117]. Çelişki yasağı nedeniyle yenileme talebinde sadece gelmeyen taraf bulunmalıdır.

D. Yargılamanın Durdurulması

Mevcut düzenlememizde davanın tarafların iradesine dayanılarak yargılamanın belirli bir süre için durdurulmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargılama faaliyetinin niteliği de buna uygun değildir. Ancak uzlaşma, sulh görüşmeleri nedeniyle görülmekte olan davanın durdurulması uzlaşama kültürünün gelişmesi ve ihtilafların sonlandırılmasını teşvik etme amacıyla düşünülebilecektir.

E. Yargılamanın Sona Erdirilmesi

1. Yargısal Faaliyet İddiasının Geri Alınması

Davanın geri alınması tarafların birbirini takip eden irade açıklamalarıyla yargılama faaliyetinin görülmesine ilişkin yargı organına yapılan yetkilendirmenin geri alınmasını ifade etmektedir[118]. Geri alınacak dava derdest olan davadır. Derdestlik anı davanın açılma anı olup, bu an itibarıyla davanın geri alınması söz konusu olacaktır[119] ve dava, ancak şekli kesinliğe kadar geri alınabilir.

Davanın geri alınması durumunda yargılama giderlerinin o zamanki haklılık durumuna göre haksız olan tarafa yükletileceğine ilişkin İBK 53/4 sayılı ve 14.04.1954 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı üzerinde kanımızca tekrar düşünülmeli ve dava açmakla davalıyı istemediği bir hukuki duruma getiren davacının yargılama giderlerinden sorumlu olmasına yönelik bir sonuç öngörülebilmelidir. Geri almaya yönelik taraf iradelerinden kanımızca maddi hata istisna olmak üzere dönülmesi mümkün olmamalıdır. Islahla da eski hale getirilememelidir[120].

---

117 **Musielak,** Grundkurs, § 4 kn. 164 (s. 103).

118 **Grunsky,** Veräußerung, s. 150, 151; **Grunsky,** Zivilprozessrecht, s. 124 kn.142.

119 **Berkin,** Dâva ve Kaza, s. 403; **Tanrıver,** Derdestlik, s. 8; **Ulukapı,** Derdestlik, s. 399; **Üstündağ,** Medenî, s. 273, 483.

120 Maddî hata ve yanılgılara dayanan davanın geri alınması beyanlarından dönülebileceğini savunan *Arens*, öncelikle irade açıklamasında bulunurken konunun niteliğinden ve özelliğinden kaynaklanan hataları bu kapsamda maddî hata olarak değerlendirmiş (örneğin, birden fazla dava konusu mevcutken kişinin dönmek istemediği dava konusu hakkında yanlış beyanda bulunması ya da usûlî talebin bir kısmından dönmek isterken tamamından dönmeye yönelik irade açıklamasında bulunması vs.), maddî hataya ilişkin bu yaklaşımına ayrıca davacının davayı kazanamayacağını sanarak dönmesi halini eklemiştir. **Arens,** Willensmängel, s. 53, 134. *Henckel* ise davanın kazanılmayacağı yanılgısı ile geri alınması durumunda maddî bir hatanın gerçekleşmediği düşüncesindedir. **Henckel,** Klagerücknahme, s. 194. *Henckel*, maddî hatanın gerçekleşmesi durumunda irade beyanının feshinin

2. Usûlî Talebin Sulhla Sonuçlandırılması

Sulh HMK'da (m.313 f. 1) düzenlemesi bulunan bir sözleşmedir[121] [122]. Mahkeme dışı sulh, yargılamaya aksedilişine göre davanın konusuz kalmasına yol açarken, mahkeme içi sulh, tarafların tek bir irade açıklamasıyla, aynı anda iki sahada (usûl sahası/maddî hukuk sahası) sonuçlarını kendiliğinden doğurduğu bir etkiye sahiptir[123]. Medenî yargılama hukukunda bu duruma bağlanan sonuç, hem şekli ve hem de maddi kesin hükmün neticelerinin (kendisi değil) doğmasıdır. Bu sebeple sulh bir mahkeme kararı yerine geçemeyecek ve kanunî bir gerçekliği (yargısal faaliyet ürünü) ifade edemeyecek[124] ve fakat maddî anlamda kesin hükmün neticelerini doğurabilecektir.

Tarafların sadece anlaşma yaptıklarını tutanağa geçirmiş olmaları, ancak sulhün yapıldığına kesin delil oluşturur (kesin hükmün neticeleri doğmayacaktır). İrade sakatlıkları sebebiyle iptal edilen sulh, iptal edilmekle her iki alanda doğurduğu sonuçları da ortadan kaldıracaktır[125]. Usûl hukuku alanında da kesin hükmün neticelerinden faydalanmak mümkün olmayacaktır. Ancak sona ermiş dava sona ermemiş hale gelemeyeceğinden, iptal ile sona ermiş dava yeniden açılabilecektir[126]. Bu sebeple taraflar edimlerini yerine getirmediklerinde sözleşmeden dönmeleri, sözleşmeyi karşılıklı sona erdirmeleri

değil, geri alınmasının ve böylelikle irade beyanı öncesi hukuksal duruma geri dönülmesinin daha uygun bir çözüm olduğunu belirterek, bu yöndeki düşüncesini usûlî sahada hakların yanlış kullanılmaları durumunda konusunu oluşturan husus hakkında usûlün kaybedilmesi sonucunun meydana geldiğini, nasıl usûlî işlemler maddî hukuksal işlem olamayacaksa, aynı şekilde usûlî işlemlerin bir feshe konu olamayacağına dayandırır. **Henckel,** Klagerücknahme, s. 195.

121 Mecelle sulh'ü; 'Nızaı rıza ile kaldıran bir bağıt' olarak tanımlamaktadır (m. 531).

122 **Ansay,** Sulh (AÜHFD), s. 201; **Arık,** s. 144, 145; **Berki, H.,** s. 298; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** Medenî, s. 523; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 478; **Postacıoğlu,** Medenî, s. 484; **Soner,** s. 442; **Tanrıver,** Sulh, s. 333; **Ulusan,** s. 150.

123 **Karslı,** Usûli İşlemler, s. 166; **Schlosser,** vereinbartem Inhalt?, s. 394 vd; **Windmann,** s. 14, 15, 23.

124 **Esser,** s. 717. Kaldı ki sulh usûlî talebe yabancı uyuşmazlıkları da barındırabileceğinden, hüküm yerine kaim (surrogat) olamayacaktır. Sulh anlaşmasına İİK'da ilamın niteliği tanınmış olup, bu onu ilam yerine koymayıp, diğer sulh sözleşmelerinden ayıracaktır (Nitelik kavramı için bkz. Güncek Türkçe Sözlük, TDK, Erişim, 26.09.2009). Aksi yönde bkz. **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî s. 478, 479; **Önen,** Sulh, s. 134; **Tanrıver,** Sulh, s. 344 vd. Sulhe kesin hükmün sonuçlarını doğurmakla bir karine değeri verildiği de düşünülebilecektir. Bkz.. **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî s. 478. Aynı sonuç AvK m. 35/A için de geçerlidir. Bkz. **Özbay,** Avukatlık, s. 387; **Özbek,** Avukatlık, 114 vd; **Sungurtekin Özkan,** Avukatlık, s. 359 vd; **Yılmaz,** Avukatın, s. 855.

125 **Ansay,** Sulh, s. 204; **Sevig,** s. 149 vd; **Üstündağ,** Medenî, s. 579.

126 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** Zivilprozessrecht, § 129 kn. 54, 55 (s. 900); **Önen,** Sulh, s. 188. Ancak burada kamu yararının ifade eden kesin hüküm kurumu ortadan kaldırıldığı için, irade fesadı sebebiyle sulhun hükümsüzlüğünü tespit ve iptal eden bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmalıdır. Alman hukukunda sulhun iptali halinde sebepsiz zenginleşme davası açılabileceğine ilişkin görüşler ileri sürülmektedir. Bkz. **Önen,** Sulh, s. 186 dn. 82'de anılan yazarlar. Kanımızca bu yol, iptali yapılan işlemin baştan itibaren yapılmamış sayılması sonucu ile uyumlu olamayacak, sadece kesin hükümsüzlük dolayısıyla ortaya çıkan sorunların giderilmesini sağlayacaktır. Bu halde maddî hukuk ile usûl hukukunun birlikte etkileneceği ve sadece irade fesadı sebebiyle değil, usûlî sebeplerle de sulhün tamamen geçersiz olacağına ilişkin bkz. **Häsemeyer,** Doppelnatur, s. 317.

ya da sulhün iptali durumunda usûlî talebe ilişkin dava kaldığı yerden devam etmeyecek, ama tekrar görülebilir olacaktır[127].

3. Usûlî Talepten Feragat Edilmesi

Usûl hukuku açısından feragat ile dava kendiliğinden sona ermektedir. Ancak kabulden farklı olarak bu durumda davalının istenmeyerek içine çekildiği ve kendisini savunmak durumunda kaldığı bir dava davacının iradesiyle kendiliğinden sona ermektedir ki, kanımızca davalının belki kesin hüküm aldırma noktasında değil ve fakat yargılama faaliyeti ürünü aldırarak gerçekte taraf sıfatına sahip olmadığını ortaya koymada menfaati bulunmaktadır[128].

Feragat, maddi hukukta bazen tek taraflı bir işlem (önalım hakkından feragat) bazen de iki taraflı bir sözleşme (miras sözleşmesi) olarak düzenlenmiştir. Maddi hukuk açısından feragatin niteliğine en uygun hukukî işlem modelini ibra olarak tanımlayabiliriz ki, bu durumda bir sözleşme söz konusu olacak ve maddî hukuk açısından feragatin sonuç doğurduğunun kabulü için karşı tarafın ibrayı kurucu bir irade açıklamasında bulunması gerekecektir[129]. Şu halde feragatin yargılamada gerçekleşmekle çift karakteri aynı anda barındırdığını söylemek de zorlaşabilecektir. Ancak, beyanların muhatabı tarafından icabın reddi gerçekleşmemekle (öğretide karşı tarafın ve mahkemenin onayına bağlı olmama şeklinde ifade edilmekle[130]) biz bir usûlî işlem formu altında gerçekleşen feragat ve kabulün aynı zamanda maddî hukuka

---

127 **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,** Zivilprozessrecht, § 129 kn. 56, 61 (s. 900, 901).

128 Karşı tarafın onay vermemesi durumunda maddî hukuk bakımından etki doğurmayacak olan feragat, usûli işlemden dolayı etkisini gösterecek, kesin hükmün etkisini doğuracak ve fakat bu yolla esasen maddî hukukta açıkça olmayan bir durumu ifade ederek, edaya, tespite ve inşai etki göstermeye ilişkin maddî hukuk normlarının sadece tespiti işlevini üstlenen medenî yargılama hukukuna yüklenen işlevinin dışında bir anlam ve işlev bağlanmış olacaktır.

129 **Turanboy,** s. 67 vd.

130 **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım,** Medenî, s. 423, 427; **Ansay,** Hukuk, s. 180, 182; **Belgesay,** Teoriler, s. 193; **Berki, Ş.,** Hukuk, s. 28, 29; **Berkin,** Medenî, s. 164 vd; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz,** Medenî, s. 515; **Muşul,** Medenî, s. 173, 177; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** Medenî, s. 474 vd; **Postacıoğlu,** Medenî, s. 480, 481; **Üstündağ,** Medenî, s. 575. Bu tasarruflar hak üzerinde gerçekleştiklerinden dürüstlük kuralına aykırılık incelemesine da tâbi değildirler. **Gökyayla,** s. 417; **Akyol,** Çelişki Yasağı, s. 83. Ancak kanaatimizce kabul halinde davacının ve feragat halinde ise davalının davanın nasıl sonuçlandığına ilişkin bir hüküm almak için talepte bulunması mümkün olmalıdır. Bu halde mahkemenin vereceği hüküm sadece davanın kabul ya da feragat ile sonuçlandığına ilişkin olmak zorunda olmayıp usûlü talebin kabulüne ya da reddine ilişkin bir tespiti içerecek ve fakat bu tespit bir yargısal faaliyet ürünü karara dayanmadığından kanunî gerçeklik olarak nitelendirilmeyecektir. Aksi yönde, **Kuru,** Genel Değerlendirmeler, s. 78; **Kuru,** Medenî, s. 3617; **Kuru,** Tasarı, s. 42; Feragatin tek taraflı ve karşı tarafın onayına bağlı olmayan bir işlem olarak kabul edildiği kaynak Nöşatel Usul Kanunu'nun 160. maddesinde açıkça ifade edilmiştir: *"....Bu durum davalının muvafakati olmadıkça davacının davasını gei almasına ve neticei taleplerini genişletmesine veya bunların mahiyetini değiştirmesine manidir. 159. cu madde hali ile ıslah ve feragat halleri mahfuzdur"* Naklen, **Postacıoğlu,** Hukuki Sebep, s. 515.

ait işlemler olduğunu ve dolayısıyla davadan feragat ve kabul işlemlerinin çift karakterli olduğunu kabul etmekteyiz[131].

Feragat her zaman için haktan feragat olarak da anlaşılmamalıdır. Örneğin, bir tespit davasından feragat edilmiş olması, haktan feragati içermeyecektir. Şu durumda böyle bir feragatin, sadece davanın geri alınması olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Feragat ve kabulün bir maddî hukuk işlemi olmakla, irade fesadı hallerinde iptale de konu olabilecektir. İrade açıklamasının iptal edilmesi durumunda bu işlemlerle doğan usûlî sonuçların da ortadan kalktığı kanımızca kabul edilmeli ve feragat veya kabulle sonuçlanmış bir davanın görülmesi (yeniden açılarak) mümkün olmalıdır[132] [133].

4. Usûlî Talebin Kabul Edilmesi

Usûl hukuku açısından etkisi, davanın kendiliğinden sona ermesidir. Kabulün aynı anda maddi hukuka ait bir işlem olduğu ise, kabulün maddi hukuk düzenlemesine bakılarak tespit edilecektir[134]. Maddi hukukta kabul biz de soyut borç ikrarı (TBK m.17) karşılık bulmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 17'de kabul kurumu karşı tarafın kabulüyle sonuç doğuran bir düzenlemeye bağlanmıştır. Bizde ise usûl düzenlememizin ifadesi değerlendirildiğinde bunun tek taraflı, karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duymayı gerektirmeyen bir yapıda olduğu anlaşılmaktadır[135]. Uygulamamız bu yöndedir. Bu şekilde kabullenilecek olunsa bile, dava konusu bizce her zaman

---

131 **Aslan,** s. 24, 25; **Ermenek,** s. 42; **Karslı,** Usûl İşlemleri, s. 164; **Tanrıver,** Kabul, s. 226; Aynı zamanda karşı tarafa yöneltilip kabul edilmekle Alman hukuku açısından da aynı sonucun doğacağına ilişkin bkz. **Arens,** Willensmängel, s. 101 vd; **Schilken,** Zivilprozessrecht, s. 66 kn. 125.

132 Usûl kurallarımız arasında irade fesadının bir usûlî işlemle gerçekleşmesi durumuna ilişkin tek hüküm, yargılamanın hile ve hud'a (aldatma) sonucunda verilen bir hükme dayanması durumunda yenilenebileceğidir. Şu durumda bu açık düzenleme karşısında, bir irade fesadı sebebine dayanarak iptaline karar verilen bir irade açıklamasının doğurduğu usûlî sonuçların geçersizliğinin ayrıca bir başka yolla tespit edilmesinin mümkün olmadığı düşünülebilecektir. Bu hususta Alman hukuku ögretisinde hâkim olan düşünce, yargılamanın yenilenmesi sebeplerine dayanılarak hile ve aldatma sebeplerinden dolayı (dZPO § 580 abs. 4) mahkeme hükmünün iptali ve yeni bir hüküm verilmesi mümkün olduğundan ayrıca aynı gerekçelerle kabul ve feragatin ortadan kaldırılmayacağı şeklindedir (**Schwab,** Probleme, s. 507). *Belgesay*, Borçlar kanunun iradenin fesadı halinde işlemin hükümsüzlüğüne ve iptaline ilişkin var olan düzenlemeyi genel mahiyeti sebebiyle medenî yargılama hukukuna da uygulanması gerektiğini düşünmektedir. **Ansay,** Hukuk, s. 175; **Belgesay,** Hukuk, s. 256; **Bilge,** Medenî, s. 310; **Postacıoğlu,** Medenî, s. 481, 482.

133 Davanın kaldığı yerden görüleceği düşüncesi için (kabul konusunda bkz. **Ermenek,** s. 148; feragate ilişkin olarak bkz. **Aslan,** s. 175).

134 **Rechberger,** Rechberger Komm., § 395 kn. 1, 2 (s. 882, 883); **Thomas,** Zur Doppelnatur, s. 81.

135 **Ermenek,** s. 42; **Karslı,** Usûl İşlemleri, s. 164; **Tanrıver,** Kabul, s. 226; Aynı zamanda karşı tarafa yöneltilip kabul edilmekle Alman hukuku açısından da aynı sonucun doğacağına ilişkin bkz. **Arens,** Willensmängel, s. 101 vd; **Schilken,** Zivilprozessrecht, s. 66 kn. 125.

için somut borç ikrarı şeklinde anlaşılmalıdır. Zira davalının neyi kabul ettiği, dava dilekçesine bakılarak her zaman için tespit edilebilecek niteliktedir.

F. Kanun Yoluna Başvuruda Tasarruf İlkesi

1. Kanun Yoluna Başvuru İle Bağlılık

a. Dava dilekçesine bağlılık

Kanun yoluna başvurulan ilk derece mahkemesi kararına konunun kapsamı incelemeyi yapacak yargı organını da bağlayacaktır. Kanun yolu mercii, önceki derecelerde verilen hükmün hâkimdir, davanın değil.

b. Kanun yolu talebine bağlılık

Kamu düzenine ilişkin hususlar ayrık olmak üzere kanun yolu incelemesinde ileri sürülen nedenler ve bu nedenlerden kaynaklanan talepler kanun yolu incelemesinin kapsamını belirlemektedir. Bu hususlar maddi inceleme bakımından özellikle istinafta söz konusu olacaktır[136].

c. Aleyhe bozma yasağı

Hükmün taraflarından birinin kısmi bir davada verilen hükmü temyiz etmemesinin nedeni, verilen hükümden memnuniyetini ifade ettiğinden, başvuran taraf için daha azına karar verememe yasağı söz konusu olacaktır[137].

Katılmalı kanun yolu başvurusunda ise, katılmalı kanun yoluna başvuran tarafın arzusu kendi hukuki durumuna ilişkin hüküm sonucunun değişmemesine yönelmiştir. Bu nedenle katılmalı kanun yolu başvurularının taraf arzusu kapsamında değerlendirilmesi[138] ve sadece kendi lehine olan hususların değiştirilmemesine yönelmiş başvurularda aleyhe bozma yasağı uygulama bulmalıdır[139].

---

136 **Deren Yıldırım,** İstinafın, s. 693 vd; **Karslı,** Überblick, s. 369; **Konuralp/ Hanağası,** s. 1813; **Özekes,** Sorularla, s. 37; **Gilles,** Rechtsmitteleinlegung, s. 237 vd.; **Gilles,** Anschlieβung, s. 149; **Grunsky,** Beschränkungen, s. 149.**Grunsky,** Zum Umfang, s. 49.

137 **Kuru,** Aleyhe Bozma Yasağı, s. 135; **Yıldırım,** Reformatio in Peius, s. 146, 148; **Melissinos,** s. 168; **Vogel,** Grundriss, s. 157, 158 kn. 9.

138 **Egger,** s. 48. Davalının karşı alacağına dayanarak ileri sürdüğü takas sebebiyle ilk derece mahkemesinin verdiği ret kararına karşı başvurulan kanun yolunda artık dava başka sebeplerden dolayı reddedilememeli ya da davanın taraflarının karşılıklı borç doğuran sözleşmeden dolayı aynı anda ifa etmelerine ilişkin verilen karara karşı, davalının başvurduğu kanun yolunda sadece onun kendi borcunu ifa etmesine karar verilemeyecektir. **Jauernig,** Zivilprozessrecht, § 72 VIII (s. 294); **Kapsa,** s. 144; **Schilken,** Zivilprozessrecht, s. 445 kn. 889 vd.

139 **Kuru,** Aleyhe Bozma Yasağı, s. 136.

d. Usûlî müktesep hak

Usûlî müktesep hakkın ilk şekli, bozma kararına kendiliğinden veya tarafların birlikte uyulmayı istemeleri durumunda mahkemenin bozma doğrultusunda yapacağı incelemeyi ifade etmekte olup, bu şekilde gerçekleşen usûlî müktesep hakkın üzerinde tasarruf yapılması, yani tarafların usûlî müktesep haktan vazgeçmeleri mümkün olmamalıdır. Zira, usûlî müktesep hak, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla kabul edilmiş ilkelerindendir[140] ve kamu düzeni ile ilgilidir. Bu konuda ne mahkeme ne de tarafların usûlî müktesep hak üzerinde tasarruf etmeleri mümkündür. Tarafların mahkemeden uyulmasını istemeleri durumunda ayrıca tarafların çelişki yasağı nedeniyle uyulan hususun incelenmesinden vazgeçmeleri de mümkün olmamalıdır.

Usûlî müktesep hakkın bu çeşidinde tarafların temyiz nedeni yapmadıkları ya da yapmakla beraber bozma nedeni olarak değerlendirilmeyen hususlar söz konusu olup, temyize götürmeme iradesi gösterdikleri konularda tasarruf ilkesi kapsamında yeniden inceleme yapılmasını mahkemeden istemeleri mümkün olmamalıdır. Temyiz nedeni olarak görülmemiş hususlarda da verilen hükmün kesinleştiğini ve taraf iradesinin hukuki istikrarın söz konusu olması nedeniyle tasarrufta bulunamayacaklarını düşünmekteyiz. Taraflar ancak verilen hüküm üzerinde usûlî anlamda yargılamanın iadesi yoluna başvuracaklar veya maddî hukukta işlem yapacaklardır.

2. Kanun Yoluna Başvurunun Yürütülmesinde ve Sona Erdirilmesinde Taraf Tasarrufu

a. Kanun yolu faaliyet iddiasına ilişkin taraf tasarrufu

Bu hakkın kullanılmasından sonra geri alınması konusunda düzenleme olmamakla beraber yargısal faaliyet iddiası gibi geri alınması düşünülmelidir[141]. Tarafların duruşmalar katılmaması kanun yolu talebinden vazgeçtikleri anlamına gelmez.

Kanun yolundan feragat hakkına ise, taraflar ancak hüküm verilmekle sahip olabileceklerdir. Muhatap karşı taraf değil, mahkeme (başvurulmamışsa) veya yüksek mahkemedir (başvurulmuşsa). Temyizden feragat ona bağlı olarak yapılan katılmalı kanun yolu başvurusunu da sona erdirecektir.

---

[140] *Üstündağ*'a göre bu durumun temel nedeni, tarafların hukukunu korumak ve tarafların mahkeme kararlarına olan güvenini sağlamaktır. **Üstündağ,** Temyizin Nakzından, s. 184, 185. *Yıldırım* ise usûlî müktesep hakkının kamu düzeni ile açıklanmasına karşı çıkmaktadır. **Yıldırım,** Reformatio in Peius, s. 156.

[141] **Akkaya,** İstinaf, s. 144; **Ercan/ Özbay,** s. 434; **Umar,** İadei Muhakeme, s. 294; **Gilles,** Rechtsmitteleinlegung, s. 231; **Rimmelspacher,** Wirkungen, s. 952.

b. Yargısal faaliyet iddiasına ilişkin taraf tasarrufu

Davanın geri alınması kanun yolu aşamasında da mümkün olup, bu durumda kanun yolu başvurusunu yargısal faaliyet iddiasının bütünlüğü içinde değerlendirmek ve yüksek mahkemenin bu durumda kanun yolu incelemesinden vazgeçmesi gerekmektedir.

c. Usûlî talebe ilişkin taraf tasarrufu

Kanun yolu incelemesi devam ederken de tarafların usûlî talep üzerinde tasarrufta bulunmaları mümkün olup (sulh, feragat vs), bu yöndeki iradelerini sergilemeleri ile kanun yolu incelemesi engellenecektir[142].

Bu durumda başvuru yeri yüksek mahkeme olmalıdır (hüküm verilmekle mahkeme davadan el çektiğinden temyize başvurulmamış olsa bile başvurulacak yer yüksek mahkeme olmalıdır). Yüksek mahkeme başvurulan mahkeme kararını kaldırarak gönderme kararı vermelidir (talebin esastan reddi söz konusu olmamalı) [143].

SONUÇ:

Tasarruf ilkesi, medenî yargılama hukukunun sistemi içinde değerlendirilen ve tarafların yargılamanın başlatılması ve yürütülmesi şeklinde hem sadece usûlî hem de dava konusunun belirlenmesi ve üzerinde tasarruf yapılması şeklinde ilkedir. Bu ilke taraflarca getirme ilkesi ile birlikte bir yargılamada taraf egemenliğinin kapsamını göstermektedir. Maddi gerçek amacına yönelmiş usulün amacını gerçekleştirmesine, tarafların menfaat çekişmelerinin ortaya koyulması sebebiyle de hizmet etmektedir.

[142] **Akkaya,** İstinaf, s. 342; **Gilles,** Anschließung, s. 163; **Jauernig,** Zivilurteil, s. 138 vd.

[143] **Gilles,** Anschließung, s. 166, 167; **Gottwald,** Revisionsinstanz, s. 314. *Akkaya,* davanın konusuz kalması durumunda kanun yolu mahkemesinin istinafa ilişkin başvurunun haklı ya da haksız olduğunu tartışmadan ilk derece mahkemesinin kararını kaldıracağını ve esas hakkında karar verilmesine gerek kalmaksızın davanın sonlandığı düşüncesindedir. **Akkaya,** İstinaf, s. 342.

KAYNAKÇA

Akkaya, Tolga: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009 ***(İstinaf)***

Akyol, Şener: Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 ***(Çelişki Yasağı)***

Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Getirilmesine İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 ***(İlkeler)***

Alangoya, Yavuz: Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, MHAD, 1969/5 (125-194) ***(Tarafta İradi Olarak)***

Alangoya, Yavuz /
Yıldırım, M. Kamil/ Deren

Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009 ***(Medenî)***

Ansay, Sabri Şakir: Sulh, AÜHFD 1944, Cilt: 1, Sayı: 2, (200-209) ***(Sulh)***

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960 ***(Hukuk)***

Arens, Peter : Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess, Berlin-Zürich 1968 ***(Willensmängel)***

Arık, K. Fikret: İçtihat Kroniği- Mahkeme Önünde Sulh, AÜSBFD 1954 Mart, Sayı: 1, (141-157)

Aslan, Kudret : Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 1999, Ankara Ün. Sosyal Bil. Enst. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

Ballon, Oscar J.: Einführung in das österreichische Zivilprozeßrecht (Streitiges Verfahren), Graz 1987 ***(Einführung)***

Baur, Fritz: Parteirechte und Richterpflichten im modernen Zivilprozeß- Wandlungen und Erfahrungen, Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Wien 1986, (75-82) ***(Parteirechte)***

Belgesay, Mustafa Reşit : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt:1 (Teoriler), 3. Bası, İstanbul 1948 ***(Teoriler)***

Benda, E./ Weber, A.: Der Einfluβ der Verfassung im Prozeβrecht, ZZP 96 (1983), Heft 2, 1983 (285-306)

Berki, Himmet: Davanın Hitamı ve Sulh, Adlîye Ceridesi 1937, Sayı: 4, (295-302)

Berki, Şakir: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959

Berkin, Necmeddin M.: Alman Hukuk Prosedürünün Oluşu ve Bu Prosedür Bakımından Dâva ve Kaza Mefhumları Üzerinde Teorik Düşünceler, İÜHFM 1950, Cilt: XVI, Sayı: 1-2, (390-418) ***(Dâva ve Kaza)***

Berkin, Necmeddin M.: Medenî Usul Hukuku, İstanbul 1969 ***(Medenî)***

Bettermann, Karl August: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses, JB (Juristischer Blätter) 1972, Sayı: 3-4, (57-68) ***(Verfassungsrechtliche)***

Bettermann, Karl August: Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, Detmold-Frankfurt am Main-Berlin 1949 ***(Rechtshängigkeit)***

Bilge, Necip: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 2. Bası, Ankara 1967 ***(Medenî)***

Blomeyer, Arwed: Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Bası, Berlin 1985 ***(Zivilprozessrecht)***

Blomeyer, Arwed: Die Klageänderung und ihre prozessuale Behandlung, JuS 1970, Heft: 3 (123–128) ***(Klageänderung)***

Bomsdorf, Falk: Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, Schriften zum Prozessrecht, Band 19, Berlin 1971

Böhm, Peter: Der Streit um die Verhandlungsmaxime,- Zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis, Ius Commune (Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte) 1978 Cilt: VII (136-159) ***(Streit)***

Brehm, Wolfgang: Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982 ***(Bindung)***

Brox, Hans: Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozessrecht, JUS 1962 (121-128)

Bruns, Rudolf : Zivilprozessrecht, 2. Bası, München 1979

Brüggemann, Dieter: Judex Statutor und Judex Investigator, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil- und Prozessrecht, Band 50, Bielefeld 1968

Budak, Ali Cem: Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, Ankara 2005, (128–187) ***(Çekişmesiz)***

Costede, Jürgen: Unorthodoxe Gedanken zur Streitgegenstandslehre im Zivilprozess, Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999 (907-918) ***(Unorthodoxe)***

De Boor, Hans Otto: Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Sonderdruck aus Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber, Band II, Leipzig 1941 ***(Zur Lehre)***

Deren Yıldırım, Nevhis : İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, (693–712) ***(İstinafın)***

Egger, Walter : Die Reformatio in Peius im Zivilprozessrecht, Zürich 1985

Ercan, İbrahim: Richter und Parteien im Scheidungsverfahren, München 2000 ***(Richter)***

Ercan, İbrahim/ Özbay,
İbrahim: Medenî Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat, EÜHFD 2006, Cilt: 10, Sayı: 3-4, (433-458)

Ermenek, İbrahim: Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009

Franz, Josef-Dahm: Zum Streit über die Wirksamkeit des gewillkürten Parteiwechsels im Prozess, NJW 1982 (15 vd)

Gehrlein, Markus: Zivilprozessrecht, 2. Bası, München 2003 ***(Zivilprozessrecht)***

Georgiades, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968

Gilles, Peter: Anschließung, Beschwer, Verbot der Reformatio in Peius und Parteidispositionen über die Sache in höherer Instanz, ZZP 91 (1978), (128–176) ***(Anschließung)***

Gilles, Peter: Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über das Rechtsmittel, AcP 177 (1977), (189–244) ***(Rechtsmitteleinlegung)***

Gottwald, Peter: Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975 ***(Revisionsinstanz)***

Gottwald, Peter: Mediation und gerichtlicher Vergleich; Unterschiede und Gemeinsamkeiten, Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 2001, (137-156) ***(Mediation)***

Gottwald, Peter: Streitgegenstand und Sinnzesammenhänge, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im Geeingten Europa - Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages- (hrg, Peter Gottwald, Reinhard Greger, Hanns Prütting), Bielefeld 2000, (85–101) ***(Streitgegenstand)***

Gottwald, Peter: Die Bewältigung privater Konflikte im Gerichtlichen Verfahren, ZZP 95 (1982), Heft: 3, (245-264) ***(Bewältigung)***

Gökyayla, Emre: Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırılık Mıdır?, MaltepeÜHFD, 2007/1, (401-420)

Greger, Reinhard: Zöller Zivilprozessordnung, 25. Bası, Köln 2005 ***(Zöller Komm.)***

Gross, Rolf: Klageänderung und Klagerücknahme, Diss. (Johann Wolfgang Goethe Universität), Frankfurt am Main 1959 ***(Klageänderung)***

Grunsky, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970 ***(Grundlagen)***

Grunsky, Wolfgang: Zivilprozessrecht, 11. Bası, München 2003 ***(Zivilprozessrecht)***

Grunsky, Wolfgang: Beschränkungen bei der Einlegung eines Rechtsmittels und bei der Aufhebung des angefochtenen Urteils, ZZP 84 (1971), Heft: 1 (129–149) ***(Beschränkungen)***

Grunsky, Wolfgang: Zum Umfang der Dispotionsbefugnis des Rechtsmittelklägers bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes, ZZP 88 (1975), Heft: 1 (49–64) ***(Zum Umfang)***

Grunsky, Wolfgang: Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, Tübingen 1968 ***(Veräußerung)***

Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Bası, Zürich 1979 ***(Zivilprozessrecht)***

Gygi, Fritz: Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969

Habscheid, J. Walther: Richtermacht oder Parteifreiheit, ZZP 81 (1968), Heft: 3-4, (175-196) ***(Richtermacht)***

Habscheid, J. Walther: Die materielle Rechtskraft des die negative Feststellungsklage aus Beweisgründen abweisenden Urteils, BGH NJW 1988 (2641 vd) ***(materielle Rechtskraft)***

Habscheid, J. Edgar: Rechtsverhältnis und Feststellungsinteresse, ZZP 112 (1999), Heft: 1, (37-69)

Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009 ***(Menfaat)***

Hartmann, Peter: Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann Kommentar Zivilprozessordnung (Baumbach Komm), 64. Bası, München 2006 ***(Baumbach Komm.)***

Häsemeyer, Ludwig: Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse-Zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Grundlage, ZZP 85 (1972), heft: 2 (207-228) ***(Parteivereinbarungen)***

Häsemeyer, Ludwig: Die sogenante "Prozeβaufrechnung" - eine dogmatische Fehlakzentuierung, Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975, Berlin 1975 (215-235) ***(sogenante "Prozeßaufrechnung")***

Hellwig, Konrad: Klagrecht und Klagemöglichket, Yeni tıpkı Bası, Aalen 1968 ***(Klagrecht)***

Hellwig, Konrad: Prozesshandlungen und Rechtsgeschäft, Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910. Zweiter Band, Breslau 1910, (41-113) ***(Prozesshandlungen)***

Henckel, Wolfram: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961 ***(Parteilehre)***

Henckel, Wolfram: Die Klagerücknahme als gestaltende Verfahrenshandlung, Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag, Berlin 1969 (173-195) ***(Klagerücknahme)***

Holzhammer, Richard: Österreichisches Zivilprozeβrecht, 2. Bası, Wien 1976 ***(Zivilprozeβrecht)***

Jauernig, Othmar: Zivilprozessrecht, 28. Bası, München 2003 **(*Zivilprozessrecht)***

Jauernig, Othmar: Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967 ***(Verhandlungsmaxime)***

Jauernig, Othmar: Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt (Main) 1958 ***(fehlerhafte Zivilurteil)***

Kapsa, Bernhard-Michael: Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess, Berlin 1976

Karafakih, İsmail Hakkı: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952

Karslı, Abdurrrahim: Medenî Usul Hukukunda Usûlî İşlemler, İstanbul 2001 ***(Usûlî İşlemler)***

Karslı, Abdurrahim: Überblick über die türkische Zivilprozessordnung, Annales De La Faculté De Droit D'Istanbul, Yıl: 2003, Sayı: 52, (349–406) ***(Überblick)***

Konuralp, Halûk/

Hanağası, Emel: Fransız Hukuku'nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu, Legal Hukuk Dergisi 2007, Sayı: 54, Cilt: 5, (1795- 1818)

Koussoulis, Stelios: Der dogmatische Gehalt von Prozessrechtstheorien, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa -Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages- (hrg, Peter Gottwald, Reinhard Greger, Hanns Prütting), Bielefeld 2000, Bielefeld 2001 ***(7-16)***

Kölz,Alfred: Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess (Diss.), Zürich 1973

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: I, II, III, IV, V, VI, 6. Baskı İstanbul 2001 ***(Medenî)***

Kuru, Baki: Nizasız Kaza, Ankara 1961***(Nizasız)***

Kuru, Baki: Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı, AÜHFD 1978 Sayı:1-4, (135-144) ***(Aleyhe Bozma Yasağı)***

Kuru, Baki: Hukuk Usulünde Dâva Sebebi, AD 1967/4, (239-268) ***(Dâva Sebebi)***

Kuru, Baki: 2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, MİHDER 2009, Sayı: 12, (13-50) ***(Tasarı)***

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirmeler, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara, Ankara 2007, (57-85) ***(Genel Değerlendirme)***

Kuru, Baki,/ Arslan,

Ramazan/ Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012

Künzl, Reinhard: Dispositionsmöglichkeiten der Parteien im Zivilprozess, Dissertation 1986, (Juristische Fakultät der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg)

Lang, Arno: Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozess, Verwaltungsarchiv 52 (1961) (60-91)

Leipold, Dieter: Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen, Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, (329-349) ***(Verfahrensbeschleunigung)***

Leipold, Dieter: Stein/ Jonas ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Bası, Cilt: 3, Tübingen 2003 ***(Stein/ Jonas Komm.)***

Lent, Friedrich: Die rein prozessuale Bedeutung des Anerkenntnisses, Beiträge zum Zivilprozessrecht- Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München- Berlin 1949 ***(prozessuale Bedeutung)***

Lent, Friedrich: Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP 72 (1959), Heft: 1/2 (63-98) ***(Zur Lehre (Entscheidungsgegenstand))***

Leykam, Rüdiger: Die Mitwirkung der Beteiligten im Sozialzivilprozess, Bremen 1981

Lüke, Gerhard: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 1, München 2000 ***(Münchener Komm.)***

Lüke, Gerhard: Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozess, JuS 1967 (1 vd) ***(Streitgegenstand)***

Lüke, Gerhard: Zur Streitgegenstandslehre Schwabs – eine zivilprozessuale Retrospektive, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990 (309–320) ***(Zur Streitgegenstandslehre Schwabs)***

Lüke, Wolfgang: Zivilprozessrecht, 8. Bası, München 2003 ***(Zivilprozessrecht)***

Meier, Isaak: Iura Novit Curia, 1975 Zürich ***(Iura)***

Melissinos, Gerassimos: Die Bindungs des Gerichts an die Parteianträge nach § 308 I ZPO, Berlin 1982, Schriften Prozessrecht, Band 73

Menger, Christian
Friedrich: Allgemeine Prozessrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II, Karlsruhe 1963

Meriç, Nedim: Maddî Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları, MİHDER 2007, Sayı: 7, (377-434)

Mes, Peter: Der Rechtsschutzanspruch, Prozessrechtliche Anhandlungen, Heft 28, Köln-Berlin-Bonn-München 1970

Mitsopoulos, Georg: Gedanken zu einigen wichtigen Problemen der Zivilprozeßlehre, ZZP 91 (1978), Heft: 1, (113-127)

Mösbauer, Hans Heinz: Der Streitgegenstand in Steuerprozess, 1. Aufl., Berlin 1975

Musielak, Hans-Joachim: Die Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien im Zivilprozess, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburstag, München 1990, (349–365) ***(Bindung)***

Musielak, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, 8 Bası, München 2005 ***(Grundkurs)***

Musielak, Hans- Joachim: Musielak Zivilprozessordnung Kommentar, 4. Bası, München 2005 ***(Musielak Komm.)***

Musielak, Hans-Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2, München 2000 ***(Münchener Komm.)***

Muşul, Timuçin,: Medenî Yargılama Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara 2009 ***(Terdit)***

Müller, Karl Maria: Ein Beitrag zur Lehre vom Klagegrund, Wien 1913

Ottomann, Rudolf: Die Offizialmaxime- Ein Schillernder Verfahrensgrundsatz im Zivilprozess, in Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 103, (75-102)

Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1979 ***(Medenî)***

Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972 ***(Sulh)***

Özbay, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, Erzincan Hukuk Fak. Dergisi, 2004, Cilt:.VIII, Sayı: 3-4 (387-418) ***(Avukatlık)***

Özbek, Mustafa: Avukatlık Kanunu m.35/A'ya Göre Arabuluculuk, ABD, 2001/3 (113-136)

Özekes, Muhammet: Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, (685-691) ***(Çekişmesiz)***

Özekes, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009 ***(İcra Hukukunda)***

Özekes, Muhammet: Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 ***(Hukukî Dinlenilme)***

Özekes, Muhammet: Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt: 1, Ankara 2009, (745-781) ***(Hukukî Sebep)***

Özekes, Muhammet: Sorularla Medenî Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, Ankara 2008 ***(Sorularla)***

Özekes, Muhammet/

Erişir, Evrim: Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER 2006, Sayı: 5, (1235-1274)

Özmumcu, Seda: Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, (197–256)

Pekcanıtez, Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Hukukî Perspektifler Dergisi (HPD) 2006, Sayı:8, (69-78) ***(Genel Olarak)***

Pekcanıtez, Hakan: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara), Ankara 2007, (3-31) ***(Tanıtım)***

Pekcanıtez, Hakan/

Atalay, Oğuz/

Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Ankara 2014 ***(Medenî)***

Postacıoğlu, İlhan E.: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 ***(Medenî)***

Postacıoğlu, İlhan E.: Davanın ve Kazıyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, (497-527) ***(Hukuki Sebep)***

Putzo, Hans: Die gewillkürte Parteiänderung, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966 (149-160)

Rechberger, Walter H./

Simotta, Daphne- Ariane: Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, 5. Bası, Wien 2000

Reichold, Klaus: Thomas/ Putzo ZPO Kommentar, 27. Bası, München 2005 ***(Thomas/ Putzo Komm.)***

Rieß, Peter: Prozeßmaximen und Ermittlungsverfahren, Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, (381-399)

Rimmelspacher, Bruno: Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, Göttingen 1970 ***(Materiellrechtlicher)***

Rimmelspacher, Bruno: Die Wirkungen des Rechtsmittelverzichts im Zivilprozess, JuS 1988, Heft: 12 (953-957) ***(Wirkungen)***

Rosenberg, Leo/ Schwab,

Karl Heinz/ Gottwald,

Peter : Zivilprozessrecht, 16. Bası, München 2004 ***(Zivilprozessrecht)***

Roth, Herbert : Gewilkürter Parteiwechsel und Bindung an Prozeßlagen, NJW 1988, (2977-2984)

Rüßmann, Helmut: Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH, ZZP 111 (1998), Heft: 4, Heft: 4 (399–427) ***(Streitgegenstandslehre)***

Saenger, Ingo : Nomos Kommentar (Zivilprozessordnung- hrsg. Ingo Saenger), 1. Bası, Baden- Baden 2006.

Schaad, Peter : Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung, ZRS 88 (1969) (21-135)

Schilken, Eberhard: Zivilprozessrecht, 4. Bası, Köln-Berlin-Bonn-München 2002 ***(Zivilprozessrecht)***

Schlosser, Peter: Einverstaendliches Parteihandeln im Zivilprozeβ, Tübingen 1968 ***(Einverstaendliches)***

Schlosser, Peter: Buchbesprechung (Isaak Meier, Iura Novit Curia, Zürich 1975), ZZP 90 (1977), Heft: 4 (437–441) ***(Buchbesprechung von Meier)***

Schlosser, Peter: Buchbesprechung (Umfang und Grenzen der Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozeß- Würthwein, Martin), ZZP 91 (1978), Heft: 3 (361-363) ***(Buchbesprechung von Würthwein)***

Schreiber, Klaus: Der Dispositionsgrundsatz im Zivilprozeß, Jura 1988, (190-197)

Schumann, Ekkehard: Stein/Jonas ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Bası, Cilt: 4, Tübingen 1998 ***(Stein/Jonas Komm.)***

Schwab, Karl Heinz: Probleme der Prozesshandlungslehre, Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln-Berlin-Bonn-München 1990, (503-513) ***(Probleme)***

Schwab, Karl Heinz: Noch Einmal: Bemerkung zum Streitgegenstand, Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts -Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag- (Hrg. Hanns Prütting, Helmut Rüssmann), München 1997, (793-807) ***(Noch Einmal)***

Soliva, Thomas Ch.: Die Klageänderung nach Zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss Zürich 1992

Soner, Lütfü: Sulh, Kabul ve Feragate Dair Bazı Sorunlar, ABD 1977/3, (439-448)

Stürner, Rolf: Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, (647-666) ***(Verfahrensgrundsätze)***

Sungurtekin Özkan, Meral: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER 2005, Sayı: 2 (353-369) ***(Avukatlık)***

Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 1998 ***(Derdestlik)***

Tanrıver, Süha: Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller, AÜHFD 1995/1-4, (221-232) ***(Kabul)***

Tanrıver, Süha: Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Batıder 1994/1-2, (333-348) ***(Sulh)***

Thomas, Bernd: Zur Doppelnatur von Klagenerkenntnis und Klageverzicht, ZZP 89 (1976), Heft: 1 (80-93) ***(Zur Doppelnatur)***

Tuluay, Metin: Medenî Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi, DÜHFD 1983, Sayı: 1 (101-132) ***(Dava İlişkisi)***

Turanboy, K. Nuri : İbra Sözleşmesi, Ankara 1998

Ulukapı, Ömer: Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, YD 1995/4 (395-442) ***(Derdestlik)***

Ulusan, İlhan : Maddî Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MUHAD 1971/7, (149-203)

Umar, Bilge: Kuru/ Yılmaz/ Arslan'ın "Medenî Usul Hukuku" Ders Kitabının 14. (Genişletilmiş) Basımı Üzerine, Yeditepe Üniversitesi HukFD, 2004/1, Cilt: I, (481-517) ***(Ders Kitabının)***

Umar, Bilge: Türk Medenî Usul Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHFM 1963, Sayı: 1–2, (261-298) ***(İadei Muhakeme)***

Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, Cilt: I-II, İstanbul 2000 ***(Medenî)***

Üstündağ, Saim: İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967 ***(İddia)***

Üstündağ, Saim: Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum, İÜHFM 1962/1, Cilt: XXVIII (133-192) ***(Temyizin Nakzından)***

Vogel, Oscar: Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Bası, Bern 1995 ***(Grundriss)***

Vollkommer, Max: Zöller Zivilprozessordnung, 25. Bası, Köln 2005 ***(Zöller Komm.)***

Walder-Richli, Hans
Ulrich: Zivilprozessrecht, 4. Bası, Zürich 1996 ***(Zivilprozessrecht)***

Walker, Wolf-Dietrich: Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH, ZZP 111 (1998), Heft: 4 (429–454)

Walther, Richard: Klageänderung und Klagerücknahme, Köln-Berlin-Bonn-München 1969

Windmann, Matthias: Der Einfluß eines außergerichtlichen Vergleichs auf einen laufenden Rechtsstreit, Diss., Göttingen 2003

Würthwein, Martin: Umfang und Grenzen der Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozeß, Berlin 1977

Yıldırım, M. Kamil: Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, Ankara 2005, (18–49) ***(Çekişmesiz)***

Yıldırım M., Kamil: Medenî Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri, MÜHF Huk. Araş. Der.1991, Cilt: 6, (23–50) ***(Dava Konusu Teorileri)***

Yıldırım, M. Kamil: Medenî Usul Hukukunda Reformatio in Peius Yasağı, MÜHF 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, (145-177) ***(Reformatio in Peius)***

Yılmaz, Ejder: Islah (medenî yargılama hukukunda), Değiştirilmiş 2. Bası, Ankara 2010 ***(Islah)***

Yılmaz, Ejder : Avukatın Uzlaşma Yetkisi, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (843-856) ***(Avukatın)***

Zeiss, Walter/ Schreiber,
Klaus: Zivilprozessrecht, 10. Bası, Tübingen 2003

Zettel, Günther: Der Beibringungsgrundsatz, seine Struktur und Geltung im deutschen Zivilprozeβrecht, Berlin 1977

Zimmermann, Walter: Zivilprozessordnung, 6. Bası, Heidelberg 2002 ***(Zimmermann Komm.)***

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ALENİYET İLKESİNİN SINIRLANDIRILMASI[H]

Yrd. Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA[*]

ÖZET

Alenîyet ilkesi, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin, yargılamayı izleyebilmesi ve yargılamanın sonucunda verilen hükmü öğrenebilmesi anlamına gelir. Âdil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan alenîyet ilkesi, yargılamaya egemen olan ilkelerdendir. Ancak, kişilik haklarının gelişmesi ve özel hayatın gizliliğinin korunması gereğinin kabulüyle birlikte, aleniyet ilkesi mutlak bir ilke olmaktan çıkmıştır. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde, gizli yargılama yapılmasına ilişkin farklı hükümler bulunmaktadır. Çalışmada bu hükümler irdelenerek, Türk hukuku bakımından somut çözüm önerileri sunulmaktadır. Özellikle, aile mahkemelerinde görülen dava ve işlerde yargılamanın gizliliği esasının benimsenmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aleniyet ilkesi, adil yargılanma, gizli yargılama, özel hayatın korunması, aile mahkemeleri

THE RESTRICTION OF THE PRINCIPLE OF PUBLICITY IN CIVIL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

Principle of publicity can be defined as the monitoring of a jurisdiction and learning the decision taken after jurisdiction by third parties who are not a party to that jurisdiction. Being one of the elements of fair trial, the principle of publicity is among the dominant principles in jurisdiction. However, due to the development of personality rights and the protection of privacy, the principle of publicity has ceased to be an absolute principle. In national and international regulations, there are different provisions present on

---

[H] Hakem incelemesinden geçmiştir.

[*] Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nkurt@cankaya.edu.tr .

the removal of the publicity of hearing. This study evaluates these provisions and offers some solutions for the Turkish law. Specifically, it is suggested that jurisdiction should be held absolutely closed in family court cases and works.

Key Words: Principle of publicity, fair trial, closed hearing, protection of privacy, family courts

I. GİRİŞ

Yargılamanın amaçlarına[1] ulaşılabilmesi için, uyuşmazlıkların çözümü sırasında, herkese güven verecek bir yargılama usûlünün tespiti gerekir. Sadece uyuşmazlığın taraflarına değil, toplumun tamamına bu güvenin verilebilmesi için, mahkeme faaliyetlerinin birtakım esaslara bağlanması zorunluluğu vardır[2]. Yargılama sürecini şekillendiren bu esaslar, yargılamaya egemen olan ilkeleri ifade eder. Yargılamaya egemen olan ilkeleri, yargılamaya şekil veren, genel çerçevede onu sevk ve idare eden, esaslı hukukî kabuller şeklinde tanımlamak mümkündür[3]. Yargılama hukukunun bir bina olduğunu farz ettiğimizde, yargılamaya egemen olan ilkeleri, bu binayı taşıyan temel direkler olarak kabul etmemiz gerekir[4].

Günümüzde, yargılama hukukunun en temel sorunu yargılamanın etkinliğinin nasıl arttırılabileceğidir. Yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının garanti altına alınması ile âdil yargılanma hakkının sağlanması ise, ülkemizde sürekli tartışılan diğer yargılama hukuku sorunlarıdır. Alenîyet ilkesi, bu tartışmaların çözüme kavuşturulmasında işlevsel bir rol üstlenmesi bakımından

---

1 Yargılamanın amacı/amaçları hususundaki tartışmalar için bkz. **Yılmaz**, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2013, s. 25 vd.; **Üstündağ**, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 3 vd.; **Taşpınar**, Sema: "Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu" Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759-787; **Gaul**, Hans Friedhelm: "Yargılamanın Amacı – Güncelliğini Koruyan bir Konu", (Çev. **Deren-Yıldırım**, Nevhis) İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 82 vd.; **Alangoya**, Yavuz/ **Yıldırım**, M. Kamil/ **Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 3 vd.; **Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 55 vd.; **Karslı**, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 59 vd.

2 **Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 290.

3 **Stürner**, Rolf: „Verfahrensgrundsätze des Zivilprozess und Verfassung", Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, s. 647; **Baur**, Fritz: "Vom Wert oder Unwert der Prozeßgrundsätze", Studi in Onore di Tito Carnacini, Milano 1984, s. 27; **Leipold**, Dieter: "Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen", Festschrift für Hans. W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, s. 330; **Leipold**, Dieter: Kommentar zur Zivilprozessordnung, (Stein, Friedrich / Jonas, Martin) Band 3 §§ 128-252, Tübingen 2005, s. 7; **Paulus**, Christoph: Zivilprozessrecht, Erkenntnissverfahren und Zwangsvollstreckung, Berlin 2004, s. 108; **Alangoya**, Yavuz: Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 1; **Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 182.

4 **Baur**, s. 40.

önem arz etmektedir. Şöyle ki, yargılamanın herkes tarafından izlenebilmesini öngören alenîyet ilkesi, yargı erkinin halk tarafından denetlenmesine imkân vererek, anılan yargısal sorunların giderilmesinde etkili bir araç niteliği taşımaktadır.

Alenîyet ilkesi, tarihsel gelişim sürecinde, asıl olarak mahkemelerin denetimini sağlamaya yönelik bir işlev görmüştür. Gizli yargılamanın yarattığı sakıncaları bertaraf etmeyi amaçlamıştır[5]. Yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayarak, adil yargılamanın güvencesi olmuştur. Yargılamanın aleni olması temel bir hak olarak kabul edilmiştir. Ancak, kişilik haklarının gelişmesi ve özel hayatın gizliliğinin korunması gereğinin kabulüyle birlikte, aleniyet ilkesi mutlak bir ilke olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle, kanun koyucular, istisnaî hâllerde, yargılamanın gizli yapılmasına imkân veren düzenlemeler öngörmüşlerdir.

Çalışmanın konusunu, medeni usul hukukunda aleniyet ilkesinin sınırlandırılması ve gizli yargılama yapılması oluşturmaktadır. Öncelikle aleniyet ilkesine ilişkin genel bilgiler verilecektir. Uluslararası ve ulusal düzenlemelerde yer alan, gizli yargılama yapılmasına ilişkin hükümler değerlendirilecek, bu hükümlerin nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde durulacaktır. Yargı uygulaması değerlendirilecektir.

II. ALENİYET İLKESİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. ALENİYET İLKESİNİN ANLAMI

"Alenîyet", Arapça kökenli "alenî" sıfatının isim hâli olup, gözönünde olmak şeklinde ifade edilmektedir[6]. Türk Dil Kurumu, alenîyet için, açık olma durumu, açıklık karşılığını kabul etmiştir. Herkese açık olma, işin açıkta yapılması, gizlenmemesi alenîyettir[7]. Alenîleşmek ise, etimolojik olarak herkesçe bilinir hâle gelmeyi, kamuya mal olmayı ifade eder[8]. Alenîyet, kamuya açık olmak anlamına gelir[9].

Alenîyet ilkesi, çeşitli hukuk dallarında farklı anlamlar taşımaktadır. Kamu hukukunda, kamu görevleri, aksi kanunlarca öngörülmedikçe, gizli yapılmaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler, aksi kanunlarca öngörülmedikçe, herkese açık olarak yapılır. İdare hukukunda alenîyet ilkesi, idarenin işleyişine katılma, mekânlarını serbestçe dolaşabilme ve sahip olduğu

---

5 **Baur**, s. 31; **Kissel**, Otto Rudolf/**Mayer**, Herbert: Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, München 2005, s. 1133.

6 **Devellioğlu**, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Lûgat (Eski ve Yeni Harflerle), Ankara 1997, s. 28.

7 **Doğan**, Mehmet: Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul 2001, s. 45.

8 Türkçe Sözlük, s. 78.

9 **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s. 53.

bilgi ve belgelerin herkesçe görülebilmesini ifade etmektedir[10]. İdare hukukunda, alenîyet ilkesi özellikle bilgi edinme hakkının[11] tanınması ile birlikte güncellik kazanmış ve daha somut bir görünüme kavuşmuştur. Özel hukukta ise, alenîyet ilkesi, resmî sicillerin herkesin veya ilgililerin incelemesine açık tutulması anlamını taşımaktadır[12]. Yargılama hukukunda alenîyet ilkesi, yargılamanın alenî olması esasını belirtmektedir.

Yargılamanın alenî olması, genellikle, mahkemelerde cereyan eden duruşmaların aksi kanunlarca öngörülmedikçe herkese açık olması şeklinde ifade edilmektedir[13]. Yargılamanın alenî olmasının iki boyutu vardır. İlk olarak, alenîyet, yargılamanın, halk tarafından izlenmesini gerektirir. İkinci olarak, mahkemenin yargılama faaliyetinin ürünü olarak vermiş olduğu hükmün herkesin içinde, tarafların yüzüne karşı okunması suretiyle halkın bilgisine sunulması, alenîyet ilkesinin unsuru konumundadır. Aleniyet ilkesi bu iki boyut birlikte değerlendirildiğinde şu şekilde tanımlanabilir: "Yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin, yargılamanın yapıldığı yere serbestçe girip, yargılamayı izleyebilme imkânını ve hükümlerin, yargılamanın tarafı olmayanlarca öğrenilmesini sağlayacak şekilde açıklanması gereğini ifade eden ilkeye alenîyet ilkesi denir"[14].

B. ALENİYET İLKESİNİN KAYNAĞI

Egemenliğin millete ait olması, yasama, yürütme ve yargı erklerinin millet adına kullanılması sonucunu doğurmuştur. 1982 Anayasası'nda, yargı yetkisinin, "Türk Milleti adına" bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir (AY. m. 9). Hâkim, halk adına ve onun verdiği yetkiye dayanarak

---

10 **Kaya**, Cemil: İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara 2005, s. 30.

11 Bilgi edinme hakkı, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda kapsam dışında kalacağı düzenlenen alanlar saklı kalmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti tâbiiyetindeki gerçek ve tüzel kişilerin her konuda, Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunanan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda, köyler hariç tüm kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kayıtlarında yer alan her türlü veriyi taşıyan belge ya da aracın onaylı kopyasını, kopyasının verilmesinin mümkün olmadığı hâllerde aslını inceleme imkânını, bilgi edinme başvurusu yaparak elde etme hakkıdır, bkz. **Kaya**, s. 42.

12 Tapu sicilinin alenîliği için bkz. **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer: Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 131, hayvan rehni sicilinin alenîliği için bkz. **Oğuzman/Seliçi**, s. 765; ticaret sicili için bkz. **Arkan**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2004, s. 235.

13 **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara 1960, s. 56; **Postacıoğlu**, İlhan E.: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 370; **Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 290; **Berkin**, Necmeddin M.: Tatbikatçılara Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 422; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz,** Ejder: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 126; **Yılmaz**-Sözlük, s. 19.

14 **Kurt Konca**,Nesibe: Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009, s. 12.

hüküm vermektedir[15]. Halkın, adaletin kendi adına nasıl dağıtıldığını denetleme imkânına sahip kılınmaksızın, sadece hükümden haberdar edilmesi ile yetinilmesi, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu ana kuralına (AY. m. 6) aykırı düşer[16]. Alenîyet, halkın yargı erkinin kullanılması bakımından, bağımsız mahkemelere devrettiği egemenlik yetkisinin bir kullanım biçimi olmuştur[17].

C. ALENİYET İLKESİNİN AMAÇLARI

Alenîyet ilkesi, yargı erkinin, halk tarafından denetlenmesini sağlar. Bu denetim, halkın yargıya duyduğu güveni artırdığı gibi, hâkimlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını da teminat altına almaktadır. Alenîyet ilkesi, aynı zamanda, yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının ihlâlini önleyerek, önemli bir garanti fonksiyonunu yerine getirir; toplumun adlî olaylar hakkında bilgilenmesine imkân vererek, yargı erki üzerinde şüpheler oluşmasını engeller; kamu düzeninin devamlılığına katkı sağlar; yargılamaya katılanların yalan beyanda bulunmalarına mâni olarak, gerçeğin bulunmasına da aracılık eder[18].

D. ALENİYET İLKESİNİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

1. DOĞRUDAN ALENÎYET - DOLAYLI ALENÎYET AYRIMI

Alenîyet ilkesi, bireyin yargılama hakkında bilgi sahibi olmak için bir vasıtaya başvurup başvurmamasına göre ikiye ayrılmaktadır. Eğer, birey, herhangi bir vasıta olmaksızın, bizzat kendisi izleyici olarak katılarak yargılama hakkında bilgi sahibi oluyorsa, doğrudan alenîyet söz konusudur[19]. Buna karşın, birey, bizzat yargılamayı izlemeksizin, görsel ve işitsel araçlar vasıtasıyla yargılama hakkında bilgi sahibi oluyorsa, dolaylı alenîyet mevcuttur[20].

---

15 **Bäumler**, Helmut: **"**Das Subjektif öffentliche Recht auf Teilnahme an Gerichtsverhandlungen", JR 1978, H. 8, s. 320; **Erem, Faruk:** "Türk Milleti Adına ..." Deyimi, Av. Dr. Farum Erem Armağanı (C. II), Anılar, Ankara 2001, s. 261; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 315.

16 **Aksoy**, Muammer: "Muhakemelerin Alenîliği Prensibi", Forum Dergisi, 1957, C. VII, Sa. 75, s. 9.

17 **Kurt Konca**, s. 22.

18 **Kurt Konca**, s. 23 vd.

19 **Wolf**, Manfred: Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3, München 2001, s. 1828 **Schilken**, Eberhard: Gerichtsverfassungsrecht, München 2003, s. 117; **Schreiber**, Klaus (**Wieczorek**, Bernhard/**Schütze**, Rolf A.): Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 5. Band, Berlin, New York 1995, s. 821; **Pekcanıtez,** Hakan: "Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 408; **Tanrıver**, Süha: "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Âdil Yargılanma Hakkı", TBBD., Sa. 53, s. 201.

20 **Stürner**-Verfahrensgrundsätze, s. 659; **Köbl**, Ursula: "Die Öffentlichkeit des Zivilprozess – eine unzeitgemäße Form?", Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1973, s. 240; **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1829; **Kissel/Mayer**, s. 1133; **Schreiber**, s. 821; **Gummer**, Peter**:** Zivilprozessordnung Kommentar (**Zöller**, Richard), Köln 2004, s. 2605; **Hübner-Raddatz**, Patricia Stefani: Fernsehöffentlichkeit im Gerichtssaal, Münster 2002, s. 6; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 419.

Alenîyet ilkesi, günümüzde yapısal bir değişim geçirmiştir. Eskiden, bireyler, halkın temsilcisi olarak, davaları izlemekte, yargılamaya katılmakta idi. Ancak, modern zamanlarda bireylerin yaşam biçimi, duruşmaları izleyebilmelerini engellemektedir. Halk, çoğu zaman, ilgi duyduğu bir yargılama hakkında, basın-yayın organlarının verdikleri haberlerle bilgi sahibi olabilmektedir.

2. GENİŞLETİLMİŞ ALENÎYET

Genişletilmiş alenîyet, alenîyet ilkesinin bir çeşidi olarak ele alınmış, tanımı yapılmış bir kavram değildir. Doktrinde, sadece ses ve görüntü sistemleri aracılığıyla, duruşma salonunun dışında bekleyen ilgililerin yargılamayı izlemeleri suretiyle alenîyetin sağlanmasının mümkün olup olamayacağı tartışılmış; böyle bir uygulamanın niteliği üzerinde durulmamıştır[21]. Duruşma salonunun dışında bekleyen ilgililerin yargılamayı izleyebilmesinin, alenîyetin kendine özgü bir görünüm biçimidir. Bu bağlamda, genişletilmiş alenîyet, duruşma salonunun duruşmayı izlemek isteyenler için yeterli olmaması gibi durumlarda, duruşmanın eş zamanlı olarak, sesli veya görüntülü bir biçimde, duruşma salonunun dışında bekleyen kişilere teknik araçlar yardımıyla aktarılmasıdır[22].

Alenîyet ilkesi, gelecekte, internetin kitle haberleşmede oynayacağı role binaen çok farklı boyutlara ulaşabilecektir. Yargılama, video-konferans yönteminden sonra belki de internet üzerinden, online olarak yürütülebilecektir. Duruşmalar, internet ortamında, hâkim, taraflar ve kanunî temsilciler, tanıklar ve bilirkişiler farklı yerlerde bulunurken yapılabilecektir. Yargılama, internet ortamında gerçekleşince, alenîyetin de internet yoluyla sağlanması gündeme gelebilir. Online duruşmalar, internet ortamında yayımlanarak alenîyet gerçekleşebilecektir. Bu hâlde, basın-yayın organlarının herhangi bir katkısı bulunmaksızın yargılama izlenebildiğinden bir nevi genişletilmiş alenîyet söz konusu olacaktır[23].

3. DİNAMİK ALENÎYET - STATİK ALENÎYET AYRIMI

Yargılama sözlü olarak icra ediliyorsa, delillerin toplanması ve hükmün tefhimi de dahil olmak üzere bütün sözlü yargılama aşamaları

---

[21] **Roxin**, Claus: "Aktuelle Probleme der Öffentlichkeit im Strafverfahren", Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag (Einheit und Vielfalt des Strafrechts), Tübingen 1974, s. 396, s. 400; **Alwart**, Heiner: Personale Öffentlichkeit (§ 169 GVG), JZ 1990, s. 889; **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1826; **Kissel/Mayer**, s. 1141; **Wickern**, Thomas / Löwe, Ewald/ Rosenberg, Werner: Die Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, (Herg. Böttcher, Reinhard/ Riess, Peter) 7. Band, Berlin 2003, s. 46; **Nissen**, Ulf Andreas: Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess, Frankfurt am Main 2004, s. 19; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 421.

[22] **Kurt Konca**, s. 166.

[23] **Kurt Konca**, s. 170.

alenîdir[24]. Alenîyet ilkesinin uygulama alanı esas olarak, oturumlarda yapılan tahkikat ve yargılama işlemleri yani duruşmalardır. Duruşmalardan başka, hükmün tefhiminin de alenî olması gerekir. Bu çerçevede alenîyet ilkesinin uygulama alanı, esas olarak ikiye ayrılarak incelenmelidir. Dinamik alenîyet, yargılamanın yürütüldüğü duruşmaların alenî surette yapılmasını ifade eder[25]. Eğer bir yargılamada duruşmalı inceleme yapılıyorsa, herkesin bu duruşmayı izleme hakkı vardır. Bu bağlamda, dinamik alenîyet, tahkikat ve yargılama aşamalarında yapılacak duruşmalarda uygulama alanı bulur[26]. Duruşmalar sırasında gerçekleşen, delil ikamesi, ara kararı verilmesi gibi cereyan eden tüm tahkikat ve yargılama işlemleri alenîdir[27].

Statik alenîyet, hükmün alenî olarak tefhim edilmesini, açıklanmasını ifade eder[28] (HMK. m. 382). Statik alenîyet ile asıl amaçlanan, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerce mahkeme kararlarına ulaşılabilmesi ve bu suretle, onların denetlenebilmesidir[29].

Âdil yargılanma hakkının unsuru olarak alenîyet, sadece halkın yargılamayı izlemesinden ibaret değildir. Aynı zamanda, halkın, yargı kararlarını öğrenebilmesi imkânını da içerisinde barındırır[30]. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, halkın verilen kararı inceleyebilmesinin, âdil yargılanma hakkının güvence altına alınmasında katkısı bulunduğuna karar vermiştir[31].

---

[24] **Wolf**, Manfred: Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenzweige, München 1987, s. 247.

[25] **Marcic**, René: „Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie", Festschrift für Adolf Arndt, 1969 Frankfurt, s. 277; **Franzki**, Harald: Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung, DRiZ., 1979/6, s. 82; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 409.

[26] **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 415.

[27] **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1822; **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald,** Peter: Zivilprozessrecht, München 2004, s. 131; **Gummer**, s. 2603; **Albers**, Jan: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen (**Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/ **Hartmann**, Peter), München 2006, s. 2849.

[28] **Marcic**, s. 277; **Nowak**, von Manfred/ **Schwaighofer**, Christoph: Das Recht auf öffentliche Urteilskündung in Österreich, EuGRZ 1985, s. 725; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 409.

[29] **Kurt Konca**, s. 192.

[30] **İnceoğlu**, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Âdil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2005, s. 366; **Yokuş-Sevük**, Handan: "Âdil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Alenîyet İlkesi, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 753.

[31] "Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında sözü edilen yargısal organlar önünde görülen bir davanın alenîyeti, davanın taraflarını, kamu denetiminin bulunmadığı gizli adalet dağıtımına karşı korur; bu aynı zamanda, ister alt derece olsun isterse üst derece olsun, mahkemelere olan güvenin sürdürülmesini sağlama yollarından biridir. Alenîyet, adalet dağıtımını görünür kılmakla Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki amaçlardan birinin, yani Sözleşme anlamında her demokratik toplumun temel prensiplerinden biri olan âdil yargılama güvencesinin gerçekleştirilmesine de katkıda bulunur." Pretto ve Diğerleri-İtalya Davası, 7984/77 08.12.1983 (http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=76-26.04.2007).

Günümüz uygulamasında, yargılama sürecinde, yazılılığın, sözlülükten daha yaygın olması karşısında, mahkeme kararlarının toplum tarafından denetlenmesi, bu kararların yayımlanması suretiyle gerçekleşecektir. Mahkeme kararlarının, özellikle hukuk kitap ve dergileri ile elektronik ortamlarda yayımlanması, hukukçuların içtihatları takip edebilmesine, kararların hukuka uygunluğu ve yerindeliği konusunda değerlendirme yapılabilmesine imkân verir[32]. Ayrıca, mahkeme kararlarının kesinleşmesinden sonraki evrede, basın-yayın organlarında, gerçekleşmiş olan yargılamanın değerlendirilmesini konu alan haberler yapılmasında kamu yararı vardır.

Doktrindeki bir görüş, mahkeme kararlarının yayımlanmasının, alenîyet ilkesinin bir gereği olmadığını ileri sürmüştür[33]. Mahkeme kararlarının yayımlanması gereği, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, devletin yaptığı her türlü işlemin alenîleştirilmesi kuralına (Publizitätsgebot für jegliches staatliches Handeln) dayandırılmaktadır[34]. Doktrindeki bir görüş ise, mahkeme kararlarının yayımlanmasını, yargılamanın alenî olmasının bir gereği olarak kabul etmektedir[35]. Bize göre de, mahkeme kararlarının yayımlanması, yargı erkinin denetlenmesini sağlaması bakımından, alenîyet ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir. Statik alenîyet, mahkeme kararlarının, halkın bilgisine sunulması gereğine dayanmaktadır. Bu gereğin kararların alenen tefhimi şeklinde yerine getirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Sayılan hususlar dikkate alındığında, mahkeme kararlarının yayımlanması suretiyle de statik alenîyetin sağlanabileceği söylenebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı kararlarının derlenmesi ve resmî bir şekilde yayımlanması hâlinde de, hükmün alenî olarak açıklanmış sayılacağına karar vermiştir[36].

III. ALENİYET İLKESİNİN SINIRLANDIRILMASI VE GİZLİ YARGILAMA YAPILMASI

A. GENEL OLARAK

Yargılamanın alenî olması, bazı bireysel ve toplumsal değerlerle çatışabilmektedir. Alenîyet ilkesi ile çatışan bireysel ve toplumsal değerleri korumak amacıyla, alenîyet ilkesine ilişkin bazı sınırlamalar getirilmesi

---

32 **Kılıçoğlu**, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993, s. 139.

33 **Schreiber**, s. 828.

34 **Schreiber**, s. 828.

35 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1831; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 134.

36 "….menfaati olduğunu ortaya koyan herhangi bir kimse Askerî Temyiz Mahkemesi kararlarını görebilir veya bu kararların tam metinlerinin birer nüshasını alabilir. Bunun yanında Askerî Temyiz Mahkemesinin Sutter Davası'nda olduğu gibi, önemli kararları resmî bir derlemede yayımlanmaktadır. Bu nedenle, bu mahkemenin içtihatları (jurisprudence), bir dereceye kadar kamuoyunun yakından incelemesine açıktır." Sutter-İsviçre Davası, 8209/78, 22.02.1984, (http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=78-26.04.2007).

gerekmektedir[37]. Söz konusu hâllerde, yargılamanın alenî olması, hem yargılamaya katılanlar hem de kamu açısından, yargılamanın gizli olmasına nazaran daha fazla sakınca doğurabilmektedir. Bu sakıncaları bertaraf etmek için, duruşmalar gizli yapılabilmektedir. Özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısında, yargılamaya katılanların kişisel haklarının korunması ve gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla, alenîyet ilkesinin sınırlandırılması yoluna gidilmiştir[38].

Alenîyet ilkesine bakış açısındaki değişimin temelinde, bireyselleşme gelir. Bireyselleşme ile kişilik hakları gelişmiştir. Kişilik haklarına hukuken verilen değerin artması, alenîyet ilkesinin, kişilik hakları lehine zayıflaması sonucunu doğurmuştur. Alenîyet ilkesi ile kişilik hakları çatıştığında, kanun koyucu kişilik hakları lehine alenîyetin sınırlandırılması yoluna gitmektedir. Günümüzde, kişilik hakları, alenîyete göre daha fazla korunmaya değer bir hak olarak görülmektedir. Özel hayatın gizliliğinin, sırların korunması gibi menfaatler, alenîyet ilkesinin kaldırılmasını meşru kılmaktadır.

B. GİZLİ YARGILAMA YAPILMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN YORUMLANMASI

Alenîyet ilkesel olarak korunduğu için, alenîyetin kaldırılmasına ilişkin hâller istisnaî nitelik taşır. Bu bağlamda, gizli yargılama yapılmasını gerektiren sebepleri düzenleyen kanun hükümleri dar yorumlanmalıdır[39]. Bu sebeplerin yorum ya da kıyasa başvurulması suretiyle genişletilmesi yoluna gidilmemelidir.

Yargılamanın alenî olması, yargısal bir temel hak olduğu için, diğer temel hak ve özgürlükler gibi, onun da sınırlandırılması mümkündür. Temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (AY. m. 13). Anayasa'nın 141'inci maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına uygun bir çerçevede, alenîyet ilkesi de sınırlandırılmıştır. Buna göre, ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli yapılmasına karar verilebilir.

---

[37] **Köbl**, s. 237; **Simotta**, Daphne-Ariane: "Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozeß", Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht, Festschrift Franz Matscher, zum 65. Geburtstag, Wien 1993, s. 456; **Schilken**, s. 117; **Kissel/Mayer**, s. 1137; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 416.

[38] **Simotta**, s. 460; **Kissel/Mayer**, s. 1167.

[39] **Postacıoğlu**, s. 370.

C. ALENİYET İLKESİNİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİNE GÖRE SINIRLANDIRILMASI

1. Dinamik Aleniyetin Sınırlandırılması

Dinamik aleniyetin sınırlandırılması, duruşmaların gizli yapılması sonucunu doğurur. Hangi hallerde duruşmaların gizli yapılacağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, Anayasa'da ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ayrı ayrı düzenlenmiştir.

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Gizli Duruşma Yapılması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde duruşmaların tamamında veya bir kısmında alenîyetin kaldırılmasına olanak tanınmıştır. Sözleşme'de belirtilen alenîyetin kaldırılma sebepleri üç gruba ayrılarak incelenebilir:

Birinci grupta, genel kaldırma sebepleri olarak nitelendirilen toplumsal ahlâk, kamu düzeni ve millî güvenliğin korunması yer alır. Bu sebepler, demokratik bir toplumda, saygı gösterilmesi gereken kavramlardır[40]. Sözleşme, "demokratik bir toplumdaki değerlerin" nazara alınarak, toplumsal ahlâk, kamu düzeni veya millî güvenlik lehine alenîyetin kaldırılmasına imkân vermiştir[41]. Gizli yargılama yapılabilmesi için, öngörülen sebebin, mutlaka, demokratik bir devletteki değerlere uygun olması gerekir. Sözleşme gizlilik sebeplerini, demokratik devlet değerleri kriteri ile sınırlamıştır.

İkinci grup, özel kaldırma sebeplerini konu almaktadır. Özel kaldırma sebepleri, çocukların korunması ile tarafların özel hayatının korunmasıdır.

Üçüncü grupta yer alan sebepler ise, karma niteliktedir. Hem genel kaldırma sebeplerine hem de özel kaldırma sebeplerine ilişkin özellikleri vardır. Bunlar, alenîyetin adaletin selametine zarar verebileceği özel koşullardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen alenîyetin kaldırılma nedenlerinin hepsi, ihtiyarî niteliktedir[42]. Diğer bir ifade ile, Sözleşme, her bir somut olay bakımından alenîyetin kaldırılıp kaldırılmayacağı konusunda mahkemelere takdir yetkisi vermiş; mahkemeleri, Sözleşme'de sayılan hâllerde alenîyeti kaldırmakla yükümlü tutmamıştır. Bir mahkemenin, Sözleşme'de

---

40 **Miehsler**, Herbert/ **Vogler**, Theo: "Art. 6", Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Hergs. von Wolfram Karl), Köln, Berlin, München 1986, s. 118.

41 **Donay**, Süheyl: İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s. 62; **Frowein**, Jochen Abr./ **Peukert**, Wolfgang: EMRK-Kommentar, Kehl, Straßburg, Arlington 1996, s. 248; **Simotta**, s. 463.

42 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1825.

belirtilen sebeplerden birinin varlığına rağmen, takdir yetkisini kullanarak, alenîyetin kaldırılmaması gerektiğine karar verebilmesi mümkündür[43].

b. Anayasa'ya Göre Gizli Duruşma Yapılması

1982 Anayasası, alenîyetin kaldırılma sebeplerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne nazaran daha dar kapsamda düzenlemiştir[44]. Anayasa'nın 141'inci maddesi uyarınca, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde karar verilebilir; çocukların yargılanmasında ise özel hükümler konulabilir.

Anayasa, gizli duruşma yapılması için, genel ahlâk ve kamu güvenliğinin kesin olarak bunu gerektirmesi hususunu vurgulamıştır. Hangi hâllerin genel ahlak ve kamu güvenliğinin korunması için kesin olarak gizli duruşma yapılmasını gerektiğini belirlemek hâkimin takdirine bırakmıştır. Anayasa, hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını çizmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise, demokratik bir toplumdaki değerlerin nazara alınarak hâkimin takdir yetkisini kullanacağını belirtilmiştir[45].

c. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Gizli Duruşma Yapılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Anayasa'ya paralel bir düzenleme içermektedir. "Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir (HMK m. 28,2)".

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2006 ve 2008 yıllarında yayımlanan Tasarı metinleri, gizli yargılama yapılma sebepleri bakımından farklılık içermektedir. 2008 metni, kanunlaşan metinle aynıdır. Ancak, 2006'da yayımlanan metin, farklı olup, uluslararası hukuk standartlarına daha uygundur. Şöyle ki;

"Genel ahlak, kamu düzeni, millî güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin **özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle** duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına

---

43 **Pieck**, Werner: Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren – Art. 6 Abs. 1 Der Europäischen Menschenrechtskonvention in seiner Bedeutung für das Deutsche Verfahrensrecht, Berlin 1966, s. 86.

44 **İnceoğlu**, s. 342.

45 **Pieck**, s. 77; **İnceoğlu**, s. 353.

mahkemece karar verilebilir (2006 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı m. 34)."

Anılan Tasarı hükmü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile paralellik taşımaktadır. 2006 Tasarısı'nda, yargılamanın alenîyeti ve kişilik haklarının korunması arasında, özel hayatın korunması lehine tercih yapılmıştır. Bu şekilde, dünyada, alenîyet ilkesinin geçirdiği yapısal değişim dikkate alınmıştır. 2006 Tasarısı'nda yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sırrı gibi hukuken korunmaya değer menfaatlerinin varlığı, alenîyetin kaldırılması sebebi olarak öngörülmüştür. Bu düzenleme, alenîyet ilkesinin, günümüzde nasıl değerlendirildiğinin aşikâr göstergesidir. Sanayi devrimi ile değişen ve gelişen toplum hayatında, bireysel menfaatlerin değerinin artması ile alenîyet ilkesine bakış açısının değişmesi karşısında; alenîyet ilkesinin uygulama alanının daraltılması gerekmiştir. Bu sebeple, geçen yüzyıldan bu yana, alenîyet ilkesine getirilen istisnaların sayısı artmaktadır. Türk hukukunda da bu gelişmeler izlenmekte ve bunlara ayak uydurulması amacıyla kanun çalışmaları yapılmıştır. 2006 Tasarısı, bu kanun çalışmalarına uygun bir örnektir. Ancak, 2008 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilen ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak yürürlükte bulunan hükümde, bu sebeplere yer verilmemiş; sadece genel ahlâk ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmaların gizli olarak yapılmasına mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir. Yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesi, alenîyetin kaldırılması sebeplerinin düzenlenişi açısından, 2006 Tasarısı'nın gerisindedir; toplumsal ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinin değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

d. Gizlilik Sebeplerinin Tasnifi

Ulusal ve uluslararası hukuka ilişkin düzenlemeler değerlendirildiğinde, gizlilik sebepleri ikili bir ayrıma tabi tutulabilir.

Gizli yargılama yapılması hususunda mahkemenin takdir yetkisinin bulunmadığı hallerde mutlak gizlilik sebepleri vardır. Mecburî gizlilik sebepleri de denilebilir. Buna karşılık, mahkemenin gizlilik kararı verirken takdir yetkisinin bulunduğu hallerde nispi gizlilik sebeplerinden bahsedilebilir[46]. İhtiyari gizlilik sebepleri olarak da ifade edebileceğimiz bu hallerde, mahkeme, yargılamanın alenî yapılmasından doğan menfaat ile, gizli yapılması hâlinde korunacak kamu yararı ve/veya kişilik hakları arasında karşılaştırma yapacak,

[46] **Tan**, Hadi: "Yargılamanın Açıklığı Prensibi", AD., 1971/2, s. 486; **Kurt Konca**, s. 247.

menfaatler dengesinin, bunlardan hangisinin yanında olduğunu tespit edecektir[47].

1. Mutlak Gizlilik Sebepleri

aa. Çocuğun Korunması

Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncesi esas alınarak hareket edilmelidir (ÇHS m. 3). Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca, çocuğun yararı gereği, çocuğun taraf olduğu yargılamanın gizli olması gerekmektedir[48]. Keza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde de, çocukların korunması, alenîyet ilkesinin istisnaları arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 141'inci maddesinde, "Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur" denilerek, çocukların yargılamasının gizli yapılabilmesi anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın bu düzenlemesi ile Çocuk Hakları Sözleşmesi uyum içerisindedir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu[49], Anayasa ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne uygun olarak, çocuk yargılamasının gizli olmasını öngörmektedir. Medenî usûl hukuku bakımından, özellikle vesayet altındaki çocuklara (TMK. m. 404,I) ilişkin dava ve işlerde, gizliliğin olması gerekir. Velayete ilişkin dava ve işlerde, aile mahkemesi özel görevli mahkemedir. Ancak, vesayete ilişkin dava ve işler aile mahkemesinin görev alanı içinde değildir. Vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesinin ve denetim makamı olarak aslîye hukuk mahkemesinin (TMK. m. 397,II), baktığı dava ve işlerde, çocuğun menfaatlerinin korunması için, yargılamanın gizli olması gerekir[50].

bb. Ailenin Korunması

Ailenin korunması, Anayasa'da sosyal ve ekonomik haklar arasında açıkça düzenlenmiştir. Ailenin toplumun temeli olduğu vurgulanmış; devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir (AY. m. 41). Bundan başka, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz (AY. m. 20,I).

---

47 **Kurt Konca**, s. 246.
48 **Yokuş-Sevük**, s. 755.
49 RG. 15.7.2005, Sa. 25876.
50 Kurt Konca, s. 249

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, kişilerin özel hayat alanlarında, genelde en gizli alanı oluşturur. Kişiler bu en gizli alanı, eşleri de dahil hiç kimse ile paylaşmak istemezler. Bir kişinin eşcinsel olması, bir boşanma davasında ortaya çıkabilir. Keza, babalık davasının açılması ile çocuğun evlilik dışı ilişkiden doğduğu iddiası mahkeme önüne getirilir. Aile hukukuna ilişkin yargılamaya katılanların, bu mahrem konuların ifşasından kaçındıkları için, beyanlarına başvurulduğunda utanıp sıkıldıkları ve beyanda bulunmaktan çekindikleri görülmektedir. Toplumun temelini oluşturan aile kurumunun mahremiyetinin korunması amacıyla, aile hukukuna ilişkin davalarda, yargılamanın gizli gerçekleşmesi yerinde olur[51].

Türk Medenî Kanunu'nun 184'üncü maddesi, boşanmada yargılama usûlüne ilişkindir. Boşanma davalarında, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan yargılama hukukuna ilişkin kuralların uygulanması esas olmakla birlikte, bu davaların kendine has özellikleri gereği, farklı usûl hükümleri uygulanabilmektedir. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir (TMK m. 184/6).

Boşanma davaları dışında, aile hukukuna ilişkin diğer dava ve işlerde, alenîyet ilkesinin uygulamasını görmek bakımından, aile mahkemelerini incelemek gerekir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usûllerine İlişkin Kanun'da aile mahkemelerinin, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü teşvik edeceği öngörülmüştür (AMK. m. 7,I). Ancak, ilgili Kanun'da bu işlemin alenî mi yoksa gizli mi yapılacağı hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Kanun'da hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin usûl hükümleri ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır (AMK. m. 7,III). Yapılan atıf uyarınca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 28 hükmüne göre, aile mahkemelerinde görülen dava ve işlerde, duruşmalar, kural olarak, alenî olarak yapılır[52].

Uygulamada, aile mahkemelerinde gizlilik kararı genellikle alınmamaktadır. Ancak, aile mahkemesi hâkimlerinin, kanunda açık bir hüküm varmış gibi; duruşmanın gizli yapıldığından bahisle, duruşmaya katılanları dışarı çıkarttıkları görülmektedir. Bu durum pozitif hukuk kurallarına (HMUK m. 149,

---

[51] **Stickelbrock**, Von Barbara: Die Kollision von Prozeßmaximen im Scheidungsverbundverfahren, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, s. 102; **Wolf**-Kommentar, s. 1837; **Kissel/Mayer**, s. 1167; **Schilken**, s. 123; **Schreiber**, s. 835; **Albers**, s. 2851.

[52] **Tercan**, Erdal: "Aile Mahkemeleri", AÜHFD. 2003, C. 52. Sa. 3, s. 42.

I; TMK. m. 184/b. 6) aykırılık teşkil etmektedir. Diğer bir uygulama ise, aile hayatı duruşmada tartışılacağından ve aile hayatının özelliğinden bahisle, duruşmaya izleyici olarak katılanlardan, duruşma tutanaklarına geçen bir alenîyetin kaldırılması kararı alınmaksızın, duruşma salonundan çıkmalarının istenilmesidir. Bu istek doğrultusunda, izleyiciler, hâkimin sahip olduğu otoriteye boyun eğerek, duruşma salonunu terk etmektedirler. Belirtilen hâllerde, hâkim, alenîyetin kaldırılmasına ilişkin hukuken geçerli bir karar almaksızın, yargılamanın alenîyetini kaldırdığı için, alenîyet ilkesi ihlâl edilmektedir[53].

Doktrinde, aile mahkemelerine ilişkin düzenlemeler, alenîyete ilişkin hükümler bakımından yetersiz bulunmuştur[54]. Özellikle küçükleri ilgilendirmesi sebebiyle, soybağı ile velâyete ilişkin davalarda, yargılamanın gizli yapılmasını öngören bir kurala yer verilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir[55].

Yapılacak yeni bir düzenleme ile aile mahkemelerinde yapılan yargılamaların gizli olması sağlanabilir. Aile mahkemelerinde yapılan yargılamaların gizli olduğuna ilişkin bir hüküm getirilirse, aile mahkemesi hâkiminin, gizlilik kararı almasına gerek kalmaz; yargılama her zaman için gizli olur. Ancak, söz konusu hüküm, beklenen amacı gerçekleştirmek için yeterli olmayabilir. Şöyle ki, aile hayatına ilişkin uyuşmazlıklar sadece aile mahkemelerinde görülmemektedir. Aile mahkemelerinin görev alanı, Türk Medenî Kanunu'nun, "Vesayet" başlıklı üçüncü kısmı hariç olmak üzere, "Aile Hukuku" başlıklı İkinci Kitabı ile Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi ile kanunlarla verilen diğer görevler olarak belirlenmiştir (AMK. m. 4). Aile mahkemelerinin belirtilen bu görev alanı, aile hayatına ilişkin bütün dava ve işleri kapsamamaktadır. Vesayet ve miras hukukuna ilişkin pek çok dava ve iş de, aile hayatını yakından ilgilendirmektedir. Miras hukukuna ilişkin bir davada bir ailenin korunması gereken değerleri, alenî yargılama sonucu zarar görebilir. Konuya bu bağlamda bakıldığında, aile hayatının korunması amacıyla bir düzenleme yapılacaksa, Aile Mahkemeleri Kanunu'na aile mahkemelerinde görülen dava ve işlerde yargılamanın gizli olacağının belirtildiği bir hükmün eklenmesi yeterli olmayacaktır. Bu sebeple, sırf aile mahkemelerinde yapılan yargılamanın değil, aile hukukuna ilişkin diğer dava işlerde yargılamanın mutlak şekilde gizli olacağına ilişkin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme yapılması yerinde olur. Bundan başka, bir uyum kanunu getirilerek, Türk

53 **Kissel/Mayer**, s. 1139.
54 **Tanrıver**, Süha: "Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşüceler", Makalelerim I, Ankara 2005, s. 187.
55 **Tanrıver**-Aile Mahkemeleri, s. 187; **Tanrıver**, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014, s. 91.

Medenî Kanunu'nun boşanma davalarında, tarafların talebiyle alenîyetin kaldırılmasına ilişkin hükmünün de kaldırılması gerekir. Böylece, aile hukukuna ilişkin her türlü dava ve işte, alenîyet ilkesinin uygulanması bakımından yeknesaklık sağlanır[56].

2. Nispî Gizlilik Sebepleri

aa. Hukuken Korunmaya Değer Diğer Menfaatler Sebebiyle Alenîyetin Kaldırılması

Genel ahlâk, kamu düzeni, millî güvenlik, tarafların, tanıkların veya yargılamaya katılan bir kimsenin, hayatının, vücut bütünlüğü ile özgürlüğünün korunması, özel hayatın korunması, çocukların dinlenmesi ve sırların korunması, hukuken korunmaya değer bulunmakta ve bu hâllerde yargılama gizli yapılabilmektedir (AY. m. 141; HUMK. m. 149,II; AİHS. M. 6). Söz konusu durumların varlığını tespit eden hâkime, gizli yargılama yapılmasına karar vermek hususunda takdir yetkisi verildiği için, bu sebepler, nispî gizlilik sebepleri kapsamında incelenmektedir.

Genel ahlâk, kamu düzeni, millî güvenlik gibi kavramlar, sınırlarının çizilmesi güç olması sebebiyle, eleştiriye uğramaktadır[57]. Bu kavramların içeriği, zamana ve mekâna göre değişiklik göstermektedir. Temel bir yargılama ilkesi olan alenîyetin kaldırılma sebeplerinin açık, sınırları belli kavramlarla düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak, kanun koyucunun kazuistik bir metotla, alenîyetin kaldırılma sebeplerini tek tek düzenlemesi de mümkün değildir.

Her somut olayda, somut olayın kendine özgü nitelikleri hukuken korunmaya değer bir menfaatin varlığını ortaya koyabilir. Bu açıdan bakıldığında, hukuken korunmaya değer menfaatlerin kategorik çerçevelerinin belirtilmesi ve alenîyetin kaldırılması kararı verecek hâkime, bu hususta takdir hakkı tanınması eleştirilebilir olmakla birlikte, somut olay adaletini sağlayan bir yöntem olması bağlamında yerindedir.

aaa. Genel Ahlâk

Genel ahlâk, bir toplumda belli bir zamanda, orta zekâlı, dürüst ve makul kimselerin ortalama düşünce ve anlayışlarıdır[58].

---

[56] **Kurt Konca**, s. 256.

[57] **Tan**, s. 489; **Fasching**, Hans W. / **Schragel**, Walter: Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. Band/2. Teilband, § § 74 bis 225 ZPO samt ZustG, Wien 2003, s. 804.

[58] Genel ahlâk kavramına ilişkin olarak yapılan çeşitli tanımlar için bkz. **Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 159; **Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 73 vd. **Ateş**'in yaptığı tanım şu şekildedir: "Genel ahlâk, belli bir yerde ve zamanda, o topluma (ya da) topluluğa ait olan sosyolojik kurallar ile

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Almanya'da kadın ve erkek nüfusundaki eşitsizlik sebebiyle, cinsel içerikli davalara toplum daha fazla tepki göstermiş; bu hususta yapılan yayınlar, genel ahlâkın korunması amacıyla, bu tür davalarda alenîyetin kaldırılması gereğini hissettirmiştir[59]. Ancak, günümüzde, Alman hukukunda cinselliğin toplumsal tabu niteliğinin azalması karşısında, alenîyetin kaldırılması nedeni olarak toplumsal ahlâka ilişkin dar yorum yapmak eğilimi vardır[60]. Avusturya'da ise, hâlen cinsel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla, genel ahlâkın tehlikeye düştüğü gerekçesiyle, yargılamanın alenîyeti kaldırılmaktadır[61]. Her toplumun farklı ahlâki değerleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, toplumsal ahlâkın tehlikeye düşüp düşmediğine ilişkin olarak, mahkeme karar verirken, ahlâk kuralarının zamana ve mekâna göre değişiklik gösterdiği dikkate almalıdır[62].

bbb. Kamu Düzeni

Kamu düzeni, bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde siyasî, sosyal, ekonomik, ahlâkî ve hukukî açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür[63]. Yargı erkinin, temel görevlerinden biri de kamu düzenini korumaktır. Kamu düzeninin korunması sebebiyle, alenîyetin kaldırılmasına sıklıkla rastlanmaktadır[64]. Ne Anayasa ne de Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda kamu düzeni kavramı alenîyetin kaldırılması sebebi olarak yer almaktadır. Buna karşın, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kamu düzeni, gizlilik sebepleri arasında gösterilmiştir. Dolayısıyla, kamu düzeninin korunması amaçlanarak alenîyetin kaldırılması pozitif hukukumuzda mümkündür.

Kamu düzeni, alenîyetin kaldırılması bağlamında iki boyut taşımaktadır. Bir taraftan yargılamanın güvenli, çeşitli ihlâllerden uzak bir şekilde yürütülmesi temin edilmeye çalışılmaktadır[65]. Ancak, burada, yargılama sürecinin hızlı ve basit işleyeceği gerekçesi, alenîyetin kaldırılması için yeterli

ahlâk kurallarından temel alan, kamusal vicdanda benimsenen; dürüst namuslu, makul insanlara ait asgarî, sosyal ve hukukî ahlâk kurallarıdır" bkz. **Ateş**, s. 87.

59 **Tan**, s. 490.

60 **Schilken**, s. 126; **Albers**, s. 2854.

61 Fasching/Schragel, s. 805.

62 **Schweling**, Otto: "Der Ausschluß der Öffentlichkeit wegen Gefährdung der Sittlichkeit", DRiZ 1970, s. 354; **Schilken**, s. 125; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 423.

63 **Tanrıver**, Süha: "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü", Makalelerim I, Ankara 2005s. 152; diğer tanımlar için bkz. **Edis**, s. 157; **Hâtemî**, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976; s. 42-43; **Atakan**, Arda: "Kamu Düzeni Kavramı", MÜHF.-HAD. 2007, C. 13, Sa.1-2; s. 61.

64 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1843; **Simotta**, s. 463.

65 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1847; **Fasching/Schragel**, s. 805; **Schreiber**, s. 843;**Gummer**, 2608.

değildir[66]. Diğer taraftan ise, duruşma salonu dışındaki kamu düzeninin sağlanması amaçlanmaktadır[67].

Alenîyet, toplumsal huzura veya güvene zarar verecek ise, o zaman toplumsal düzenin tehlikede olduğu söylenebilir[68]. Özellikle, yargılama sırasında yapılacak gösterilerin kamu düzenini bozacağı endişesi varsa, alenîyet kaldırılabilir. Gerçeğin ortaya çıkarılması, yargılamaya katılanların korunması, hukukî dinlenilme hakkının garanti edilmesi ve hâkimin tarafsızlığının korunması gerekçelerinin temelinde toplumsal düzeni koruma düşüncesi vardır.

Duruşmalar sırasında, dile getirilen bazı vakıalar, izleyicilerin hâl ve davranışlarını olumsuzsuz bir şekilde etkileyebilmektedir. Görülen dava, özellikle farklı din, mezhep, ırk, milliyet, dünya görüşü veya sosyal statüye sahip kişiler arasında düşmanlık yaratacak bir nitelik taşımakta ise, kamu düzeninin tehlikeye düşmesi kuvvetle muhtemeldir[69]. Örneğin, işçilerin çeşitli sosyal taleplerle, işverene karşı, iş mahkemesinde, açtığı davalarda tartışılan vakıalar, ekonomik ve siyasî nedenlerle kamu düzeninin bozulması sonucunu doğurabilir. Bu noktada, kamu düzeninin korunması amacıyla, alenîyetin kaldırılması gündeme gelebilir. Buna karşın, bu hâlde, alenîyetin kaldırılması, devletin demokratik nitelik taşıması ve hukuk devleti olma iddiası ile çelişebilir[70]. Geniş yorum yapıldığında sınırlarını belirlemenin mümkün olmadığı bir kavram olan kamu düzenine dayanarak, alenîyetin kaldırılmasına karar verilirken, ölçülülük ilkesi baz alınmalıdır[71].

ccc. Milli Güvenlik

Millî güvenliğin korunması amacıyla alenîyetin kaldırılması, ifşası devletin iç veya dış güvenliğini tehlikeye sokacak sırları kapsayan uyuşmazlıkları konu alan davalarda gündeme gelir[72]. Askerî ya da idarî nitelik taşıyan bu sırların ifşası, millî güvenliğe zarar verecek niteliktedir[73]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde millî güvenliğin korunması amacıyla, alenîyetin kaldırılabileceği öngörülmüştür. Anayasa'da ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı

66 **Grabenwarter**, Christoph: "Yargılanma Güvenceleri-Âdil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6) (Çev. Osman Can), Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 224.

67 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1847; **Kissel/Mayer**, 1184; **Fasching/Schragel**, s. 805-806; **Schreiber**, s. 843.

68 **Wolf**-Gerichtsverfassungsrecht, 249; **Kissel/Mayer**, 1184; **Albers**, s. 2854.

69 Fasching/Schragel, s. 806; Kissel/Mayer, 1184.

70 Fasching/Schragel, s. 806.

71 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1847; **Schreiber**, s. 842..

72 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1847; **Kissel/Mayer**, s. 1183; **Gummer**, 2607; **Schreiber**, s. 842; **Albers**, s. 2854; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 423.

73 **Pieck**, s. 89; **Fasching/Schragel**, s. 806; **Gummer**, s. 2607.

hâllerde alenîyetin kaldırılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır (AY. m. 141,I; HMK. m. 28).

ddd. Adaletin Selametine Zarar Verebilecek Özel Koşulların Bulunması

Alenîyet ilkesi, bazı durumlarda, âdil yargılama yapılmasını engelleyebilir ya da zorlaştırabilir. Âdil yargılamanın tehlikeye düşmesini önlemek için, belirli şartlar altında, alenîyetin kaldırılması söz konusu olabilir[74]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adaletin selametine zarar verebilecek koşulların bulunması, çok genel nitelik taşıyan bir kaldırma sebebidir[75]. Bu sebebe Sözleşme'de yer verilmesinin temelinde, diğer kaldırma sebepleri kapsamına girmeyen, bununla birlikte, alenî yargılamanın taraflarının veya yargılamaya katılan diğer kişilerin menfaatlerine açıkça zarar vereceği, hakkaniyete aykırı durumların varlığı hâlinde, gizli yargılama icra edilmesine olanak tanımak düşüncesi yatmaktadır[76].

Adaletin selametine zarar verebilecek özel koşullara örnek olarak, tanığın topluluk önünde konuşmaktan utanması, çekinmesi hâli verilebilir. Özellikle, maddî vakıaların, aile hayatını, meslekî ve ticarî sırları, hizmet, arkadaşlık ve iş ilişkilerini konu alması hâllerinde, taraflar veya tanıklar üzerinde, duruşma salonunda bulunan izleyiciler önünde beyan vermek baskı yaratabilir[77]. Burada, alenîyet ile oluşan baskı, tarafların veya tanıkların gerçeğe aykırı ifade vermesi sonucunu doğurabilmektedir[78]. Bu bağlamda, gerçeğin ortaya çıkartılması ve adalet tehlikeye düşmektedir[79]. Mahkeme, bu durumda Sözleşme uyarınca, alenîyetin kaldırılmasına karar verebilir[80].

Gerçeğin bulunmasını zorlaştırması sebebiyle, alenîyetin kaldırılması, kamu düzeni sebebine dayandırılabilir görüşü de mevcuttur[81]. Mahkemenin gerçeğe aykırı karar vermesi, toplumun adalete olan güvenini sarsacağından, kamu düzeninin korunması amacının, adaletin selametine zarar verebilecek özel koşulların varlığı şeklindeki alenîyetin kaldırılması sebebini de kapsadığı

---

74 Fasching/Schragel, s. 787.

75 **Pieck**, s. 93; **Miehsler**/**Vogler**, s. 119; **İnceoğlu**, s. 354; **Grabenwarter**, s. 226.

76 **Partsch**, Karl Josef: Die Rechte und Freiheitender europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1966, s. 158.

77 **Fasching**/**Schragel**, s. 807; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 416. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, tanıklıktan çekinme hakkı tanınarak, gerçeğe aykırı beyan verilmesi engellenmek istenmiştir (HUMK m. 245; 246). Ancak, tanığın, tanıklık etmekten çekinmesi, bildiklerinin öğrenilememesi neden olabilir (**Ertanhan**, Mesut: Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 126).

78 **Simotta**, s. 460; **Grabenwarter**, s. 226; **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 416; **İnceoğlu**, s. 357.

79 **Pieck**, s. 94.

80 **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 423.

81 **Tan**, s. 490.

söylenebilir[82]. Burada da kamu düzeni korunmakla birlikte; genel kaldırma sebeplerinden farklı olarak, toplum yargılama sürecinden ve içeriğinden korunmamakta; aksine, bizatihi yargılama sürecinin kendisinin alenîyetten zarar görmesi, engellenmeye çalışılmaktadır[83].

eee. Tarafların, Tanıkların veya Yargılamaya Katılan Bir Kimsenin Hayatının, Vücut ve Ruh Bütünlüğü ile Özgürlüğünün Korunması

Tarafların, tanıkların ve yargılamaya katılan diğer kişilerin hayatlarının, vücut ve ruh bütünlükleri ile özgürlüklerinin korunması amacıyla alenîyetin kaldırılması özellikle ceza yargılamasında gündeme gelir[84]. Uyuşturucu kaçakçılığı gibi organize suçlarla mücadelede, bu davalara katılan kimselerin hayatının, vücut bütünlüğünün ve özgürlüğünün korunması amacıyla, yargılamanın alenîyetinin kaldırılması gerekebilmektedir[85]. Tehlike altında bulunan kimse, tanık olabileceği gibi herhangi bir şekilde yargılamada adı geçen bir kimse de olabilir[86].

Alman hukukunda, tanığın veya yargılamaya ilişkin başka bir kişinin hayatının, vücut ve ruh bütünlükleri ile özgürlüğün tehlikeye düşmesinden endişe edilmesi hâlinde, mahkeme, yargılamanın gizli yapılmasına karar verebilir (GVG § 172 1a). Bu kural, "tanık koruma" olarak nitelendirilmektedir[87]. Bununla birlikte, söz konusu hükümle, tanıklarının yanı sıra yargılama ile ilgili herkes koruma altına alınmaktadır. Bu bağlamda, tarafların yakınlarına karşı kesin bir tehlikenin mevcut olması hâlinde de, alenîyet kaldırılabilir. Türk hukukunda, medenî yargılama hukuku bağlamında, yargılamada ifadesine başvurulacak tanığı korumak amacıyla, alenîyetin kaldırılması söz konusu değildir[88]. Ceza yargılamasında ise, alenîyet, tanığın korunması amacıyla kaldırılabilir. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun[89] 5'inci maddesinde belirtilen, tanık koruma tedbirleri arasında, tanığın,

---

82 Bkz. s. 215.

83 **Grabenwarter**, s. 226.

84 **Kissel/Mayer**, s. 1188; **Schreiber**, s. 843.

85 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1847; **Schilken**, s. 126; **Kissel/Mayer**, s. 1188; **Albers**, s. 2854.

86 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1847; **Kissel/Mayer**, s. 1188;; **Schreiber**, s. 843; **Gummer**, s. 2608; **Albers**, s. 2854.

87 **Schilken**, s. 126.

88 Tanığın yapacağı açıklamaların, kendisinin veya yakınlarının (HUMK. m. 245/1-3) şeref ve haysiyetini ihlâl etmesi veya haklarında ceza takibatı yapılmasını gerektirmesi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tanıklıktan çekinme sebebi olarak öngörülmüştür (HUMK. m. 246/2). Böylece bir anlamda, tanık da korunmaya çalışılmıştır. Ancak, tanıklıktan çekinme suretiyle, söz konusu sakıncalı hâllerin ortaya çıkması engellenmekle birlikte, tanığın ifadesine başvurulamamaktadır. Alenîyetin kaldırılması, hem tanığın korunmasını hem de gerçeğin bulunmasını sağlayabilecek bir çözümleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

89 RG. 5.1.2008, Sa. 26747.

duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi hâlleri de sayılmıştır.

fff. Özel Hayatın Korunması

Yargılamanın alenî olması, kişilerin özel yaşamlarının aydınlanması ve yargılamaya katılan kişilerin özel hayatlarının gizli alanlarının başkaları tarafından öğrenilmesi sonuçlarını doğurur. Tarafların, tanıkların kişiliğinin zarar görmesi tehlikesi ortaya çıkar[90]. Dava ile ilgili kişilerin namus ve şereflerini ihlâl edici, lekeleyici, utandırıcı ve hatta yüz kızartıcı durumların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu durum, kişilerin şöhret, otorite, onur ve inanılırlıklarına gölge düşürebilir; itibarlarını zedeleyebilir; toplum tarafından dışlanmalarına yol açabilir. Kişinin psikolojisinde, telafisi güç zararlar meydana getirebilir[91]. Kanun koyucular bu eleştiriler karşısında, tarafların özel hayatının korunması amacıyla, mahkemeye, alenîyeti kaldırma yetkisi vermiştir[92].

Özel hayatın korunması amacıyla alenîyetin kaldırılması için, uyuşmazlığın ilişkin olduğu özel hayat alanının, rasyonel açıdan, gizli kalmasında korunmaya değer menfaatlerin bulunduğu konulara ilişkin olması gerekir[93]. Kişilerin üçüncü kişilerle paylaşmak istemediği, özel hayat alanına ilişkin bilgiler korunmaya değerdir. İsim, meslek, adres, medenî hâl gibi günlük hayatta üçüncü kişilerle kurulacak ilişkilerde rahatlıkla öğrenilebilecek, özel hayata ilişkin bilgiler koruma kapsamında değildir[94]. Ancak, ilgilinin sağlık durumu, karakter özellikleri, dünya görüşü, yakınları ile kişisel ilişkileri, aile hayatı ve cinsel hayatına ilişkin ayrıntılı bilgiler, korunmaya değer niteliktedir[95]. Zira, bu bilgilerin, üçüncü kişilerce öğrenilmesi ilgilinin küçük düşmesine, maddî veya manevî bir zarara uğramasına yol açacaktır. İfşası kişide üzüntüye neden olan bilgiler, korunmaya değer olarak nitelendirilmektedir[96].

---

90 **Habscheid**, Walter J.: Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1990, s. 321.

91 **Gilles**, Peter: "Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması" (Çev. Hakan **Pekcanıtez**), İzm. BD. 1996, Sa. 1, s. 16.

92 **Scherer**, Joachim**: Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit**: zur Transparenz der Entscheidungsfindung im straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren / - Athenäum, 1979, s. 182; **Gummer**, s. 2606; **Gilles**, s. 16.

93 **Kleinknecht**, Theodor: Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und Schutz der Persönlichkeit, Festschrift für Maximilian Nüchterlein, Nürnberg 1978, s. 178; **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1842; **Kissel/Mayer**, s. 1174; **Gummer**, s. 2606; **Albers**, s. 2853.

94 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1842; **Gummer**, s. 2606; **Albers**, s. 2853.

95 **Franzki**, s. 82; **Kissel/Mayer**, s. 1175; **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1842; **Schreiber**, s. 838; **Albers**, s. 2853; **Gilles**, s. 19.

96 **Albers**, s. 2853.

Tarafların özel hayatının korunması amacıyla, alenîyetin kaldırılması, tasarruf ilkesinin bir sonucu değildir[97]. Burada alenîyet, tarafların tasarrufu ile değil; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanılarak kaldırılmaktadır.

ggg. Çocukların Dinlenmesi

Çocukların, mahkemede veya birden çok kişinin önünde dinlenmesi, onların psikolojik bakımdan kötü etkilenmelerine yol açabilir[98]. Bu sebeple, Alman Hukuku'nda, on altı yaşından küçük çocukların dinlenmesi hâlinde de yargılama gizlidir (GVG § 172 Nr. 4).

Türk hukukunda, çocuk mahkemeleri dışında, çocuğun dinlenmesi sırasında, alenîyetin kaldırılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Çocukların, taraf veya tanık olarak dinlenmesi veya isticvap[99] edilmeleri sırasında, alenîyet ilkesinin kaldırılabileceğinin düzenlenmesi yerinde olur.

hhh. Sırların Korunması

Sır, genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi içeren hususlar olarak tanımlanabilir[100]. Sırlar, varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şeylerdir. Bir hususun sır sayılabilmesi için, iki unsurun bulunması gerekir: Sırrın açıklanmamasında, başkaları tarafından öğrenilmemesinde sahibinin menfaatinin bulunması ve başkalarının sır olarak nitelendirilen hususu bilmemeleri[101].

Ticarî ve meslekî sırların, vergi sırlarının ya da buluşların alenî yargılama sırasında ifşası nedeniyle, korunmaya değer menfaatlerin zarar görmesi söz konusu ise, duruşmalar gizli yapılabilir[102]. Sırların korunması amacıyla yargılamanın alenîyetinin kaldırılmasının temelinde, Anayasa'nın 20'nci maddesinde düzenlenmiş bulunan özel hayatının gizliliği hakkı yer almaktadır. Kişisel verilerin korunması (Datenschutz) ve bu bağlamda sırların korunması, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmektedir[103].

---

97 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1824.

98 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1851; **Kissel/Mayer**, s. 1192; **Schreiber**, s. 845.

99 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, on altı yaşından küçük bir çocuğun, hâkimin takdirine göre, kendisinin veya veli yahut vasisinin isticvap edileceği düzenlenmiştir (HUMK m. 231).

100 **Donay**, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 4.

101 **Donay**- Meslek Sırrı, s. 5.

102 **Simotta**, s. 456; **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1848; **Kissel/Mayer**, s. 1188; **Schreiber**, s. 844; **Schilken**, s.127.

103 **Simotta**, s. 458; **Üzeltürk-Tahmazoğlu**, Sultan: "Duruşmaların Yayınlanması", İBD. 1999/1, s. 109.

bb. Duruşma Disiplinine İlişkin Kurallara Dayanılarak Alenîyetin Kaldırılması

Duruşma disiplinine ilişkin kuralların temelinde, yargılamanın ciddi, sükûnetli bir ortam içerisinde gerçekleşmesine hizmet etmek düşüncesi vardır[104]. Böylece, mahkeme gereği gibi dava konusu vakıayı inceleyip, müzakere edebilecektir[105]. Duruşma disiplininin sağlanması, tarafların sağlıklı bir şekilde dinlenebilmesine ve bu şekilde gerçeğin daha sağlıklı bir biçimde ortaya çıkartılmasına da katkı sağlar[106]. Ayrıca, duruşma disiplinine ilişkin düzenlemelerle mahkemelerin saygınlığı da korunmak istenmiştir. Bu bağlamda, hâkimler için duruşma disiplinini koruyucu tedbirleri almak hem bir yetki hem de bir yükümlülüktür.

Yargılama sırasında uygun olmayan hâl ve davranışlar gösteren izleyicilerin, duruşma salonundan çıkartılması, duruşma disiplininin sağlanması için alınacak tedbirler arasındadır. Hâkimin, duruşma disiplinini bozan izleyicilerin salon dışına çıkartılması için, ayrıca bir gizlilik kararı almasına gerek yoktur[107]. Çünkü, duruşma disiplinine ilişkin tedbirlerin yerine getirilmesi sebebiyle, bir ya da birkaç izleyicinin duruşma salonuna alınmaması, alenîyetin kaldırılması anlamına gelmez[108]. Zira, tedbirler kapsamında, başka izleyicilerin yargılamayı izleme imkânı ortadan kaldırılmamıştır.

Hâkim, duruşma disiplinine ilişkin önlemleri alırken, yargılamanın alenîyetini tamamen kaldırmamaya özen göstermelidir[109]. Sadece duruşma disiplinini bozan, salonda bulunması duruşmanın disiplinin sağlanması bakımından uygun olmayan kimselerle sınırlı olarak gerekli tedbirleri almalıdır. Duruşma disiplinine ilişkin tedbirler, ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Aksi hâlde, yargılamanın alenîyeti ihlâl edilmiş olur[110].

cc. Adliye Binasına İlişkin Düzenlemelere Dayanılarak Alenîyetin Kaldırılması

Adliye binasında, çeşitli sebeplerle alınan tedbirler de, alenîyetin sınırlandırılması sonucunu doğurabilir[111]. Bununla birlikte, adliye binasına ilişkin alınan tedbirlerin amacı, ne duruşma disiplininin korunması ne de

---

104 **Kissel/Mayer**, s. 1212; **Schreiber**, s. 856; ; **Şengün**, Kemal Oğuz: "Duruşma Disiplini", AD. 1971/2, s. 75; **Bilge/Önen**, s. 279; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. VI, İstanbul 2001, s. 149; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 591.

105 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1862.

106 **Yokuş-Sevük**, s. 750.

107 **Postacıoğlu**, s. 370.

108 Fasching/Schragel, s. 798.

109 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1865.

110 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1827; **Kissel/Mayer**, s. 1218; **Schreiber**, s. 830.

111 **Kissel/Mayer**, s. 1145.

yargılamanın alenîyetinin kaldırılmasıdır. Bu sebeple, adliye binasına ilişkin olan tedbirleri almaya yetkili kimse, izleyicilerin kanunda belirtilmiş bir sebep yok iken duruşma salonuna girmelerine engel olamaz. Adliye binasını idare ile yetkili kimseler, bu tedbirlerin icrası sırasında, alenîyet ilkesinin ihlâlinden kaçınmakla yükümlüdürler[112].

Yargılamayı izlemek isteyen kişiler bakımından adliye binasına girişi yasaklayan bir önlem alınabilmesi için, ciddi bir tehdidin bulunması ve güvenliğin başka bir şekilde sağlanmasının mümkün olmaması gerekir[113]. Örneğin, ciddi bir bomba ihbarı yapılması, terörist bir saldırı yapılacağına ilişkin ciddi kuşkular varsa, adliye binasına girişlerin kısıtlanması mümkündür.

dd. Kolluk Kuvvetlerinin Aldığı Önlemler Nedeniyle Alenîyetin Kaldırılması

Kolluk kuvvetlerinin aldığı önlemler, yargılamayı serbestçe izleme imkânını kısıtlayabilir. Örneğin, polisin, adliye binası önünde aldığı sıkı güvenlik önlemleri, kişilerin duruşmayı izlemelerini engelleyebilir[114]. Polisin güvenlik kameraları ile video çekimi yapması veya adliye binasının ve duruşma salonunun girişinde, duruşmayı izlemeye gelenlerin kimliklerini tek tek kontrol edip tespit etmesi, listelemesi yahut sıkı bir üst baş araması yapılması, ilgililerde psikolojik bir baskı yaratarak, onların duruşmayı izlemekten vazgeçmelerine sebep olabilir. Bununla birlikte, söz konusu güvenlik önlemlerinin kaldırılması da düşünülemez. Zira, suç teşkil eden fiillerinin oluşmasını engellemek için, söz konusu önlemlerin alınması, caydırıcılık bakımından şarttır. Örneğin, izleyicinin tabanca ile duruşma salonuna alınmaması, ölçülülük ilkesine uygun bir güvenlik önlemidir. Bu sebeple, üst baş araması yapılması, manyetik alan taramalı güvenlik kapılarından girişin zorunlu olması, yerinde önlemlerdir.

Kimlik kontrolü yapılmasının, gerekli ve uygun bir güvenlik önlemi olup olmadığı tartışmalıdır[115]. Zira, duruşmayı izlemek için vatandaş olma şartı dahi yoktur. Duruşmayı izlemeye gelen kişi, ergin olduğunu da ispatlamak zorunda değildir. Kimlik kontrolü yapılması, duruşmayı izlemesi muhtemel olan aranan bir kişinin varlığı durumunda söz konusu olabilir. İzleyicilerin isimlerinin kaydedilmesi veya fotoğraflarının çekilmesi bakımından da bu husus geçerlidir. Herhangi bir güvenlik tedbiri almaya gerek yokken izleyicilerin kimliklerinin tespit edilmesi, kendileri hakkında güvenlik dosyası açılacağı endişesini doğurabilir. Özellikle siyasî içerikli davalarda bu husus önem arz

[112] **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1827; **Kissel/Mayer**, s. 1210; **Schreiber**, s. 859.
[113] **Kissel/Mayer**, s. 1145.
[114] **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1828.
[115] **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1828.

etmektedir. İzleyicilerin, böyle bir endişeye kapılarak yargılamayı izlemekten vazgeçmeleri sonucunu doğurabilir.

ee. Gizli Yargılama Kararı Verilmesi

Mahkeme, alenîyetin kaldırılması kararını talep üzerine veya re'sen verebilir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, yargılamanın alenîyetinin kaldırılması kararının, mahkemece verileceğine işaret edilmiş; mahkemenin bu kararı, re'sen veya talep üzerine verebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme sevk edilmemiştir. Bununla birlikte, mahkemenin, alenîyetin kaldırılmasına ilişkin inceleme yaparken, tarafların ve yargılamaya katılan diğer ilgililerin taleplerini dikkate alması gerekir[116]. Ancak, mahkeme bu taleplerle bağlı değildir[117]. Mahkemenin alenîyetin kaldırılması hususunda, Kanun'da belirtilen hususlara dayalı olarak, açık bir takdir yetkisi vardır. İlgililerin, alenîyetin kaldırılmasına ilişkin herhangi bir talebi bulunmasa dahi, mahkeme, Kanun'da belirtilen hususlara dayanarak, kendiliğinden gizlilik kararı alabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, tarafların gizlilik talebinin, ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde, gizli duruşmada incelenip, karara bağlanacağı hususu açıkça düzenlenmiştir (HMK. m. 28,3). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkimin, alenîyetin kaldırılmasına ilişkin kararının gerekçelerini, esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklayacağı hükme bağlanmıştır (HMK. m. 28, III). Bu düzenleme ise, alenîyetin kaldırılması kararının tefhimi ile birlikte bu kararın gerekçelerinin açıklanması zorunluluğunu kaldırmış; gizlilik kararının gerekçesinin kararla birlikte öğrenilmesi imkânını ortadan kaldırmıştır. Gizliliğin amacının bertaraf edilmemesi amacıyla, gizlilik kararının gerekçesinin, esas hakkındaki kararla birlikte açıklanması kabul edilmiştir[118]. Gizlilik kararının bir ara kararı olması dolayısıyla, esas hakkındaki kararla birlikte bu karara karşı kanun yoluna başvurabileceğinden, kararın gerekçesinin esas hakkındaki kararla birlikte açıklanmasında sakınca görülmeyebilir. Lâkin, özellikle tarafların, bu gerekçeleri bilmeleri, gizlilik kararının kaldırılmasına ilişkin talepte bulunmaları açısından önem taşımaktadır. Taraflar, alenîyetin hangi gerekçe ile kaldırıldığını bilirlerse, daha sonra, tekrar alenî yargılama yapılması için talepte bulunabilirler.

Gizli yargılama yapılması hâlinde, duruşma salonunda bulunan kişilerin, yargılama ile ilgili olarak öğrenmiş bulundukları hususlar hakkında sessiz kalmalarına ilişkin yükümlülüğe, susma yükümlülüğü denir.

---

[116] **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1856; **Kissel/Mayer**, s. 1195; **Schreiber**, s. 849; **Albers** s. 1856; **Gummer**, s. 2609.

[117] **Tan**, s. 490; **Fasching**/**Schragel**, s. 804; **Simotta**, s. 462.

[118] **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, TBBD, s. 68, 2007, s. 324; **Karslı**, s. 334.

Susma yükümlülüğü, sırların korunması ilkesini kuvvetlendirmekte; alenîyetin kaldırılması ile sağlanan korumayı pekiştirmekte; onu tamamlayan bir işlev görmektedir[119]. Susma yükümlülüğü olmaksızın, alenîyetin kaldırılması anlamsız olabilir. Kamunun öğrenmesinden sakınılan bilgiler, tek başına izleyicilerin duruşma salonuna alınmaması ile korunmaz. Zira, duruşma salonunda bulunan diğer kişiler, bu bilgileri kamuya sızdırabilir. Alenîyetin kaldırılması ile sağlanmak istenen amaca, susma yükümlülüğü olmaksızın ulaşmak güçtür.

Susma yükümlülüğü, medenî yargıda açıkça ve ayrıca hüküm altına alınmış değildir. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda susma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlâli düzenlenmiştir. Ancak, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 149'uncu maddesinde, gizli duruşmalara ilişkin olarak, Ceza Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıf gereği, susma yükümlülüğü, medenî yargılama hukuku bakımından da geçerlilik taşıyan bir yükümlülük olduğu sonucuna varılabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, susma yükümlülüğü açıkça kabul edilmiştir (HMK. m. 28, IV). Buna göre, hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları hususunda uyarır ve Türk Ceza Kanunu'nun gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirir.

Gizli duruşma yapılmasına rağmen, istisnaî olarak duruşma salonunda bulunan kimselere, mahkeme, cezaî yaptırımı olan susma yükümlülüğü yükleyebilir (CMK. m.187,1). Susma yükümlülüğü, müdahiller, kanunî temsilciler, tanıklar, bilirkişiler ile kanunla gizli duruşmada bulunmasına izin verilen kimseler esas olmak üzere, yargılamaya katılan herkesi bağlayan bir yükümlülüktür[120]. Bu kişiler, duruşmanın gizli yapılmasını gerektiren sebeplerin açıklanmaması hususunda uyarılır ve bu husus tutanağa yazılır. Duruşmada yapılanların, verilen ifadelerin yayımı da yasaktır[121] (CMK. m. 187/3).

2. Statik Aleniyetin Sınırlandırılması

Dinamik alenîyet kaldırılmış olsa dahi, hükmün açıklanması alenî olmalıdır[122]. Mahkeme, duruşmaları gizli gerçekleştirmiş ise, hükmün tefhimi sırasında alenîyetin sağlanmasına ayrıca dikkat etmelidir. Toplumdaki adalet duygusu, mahkemelerin verdiği kararların bilinmesini gerektirir. Her durumda, mahkeme kararları hakkında bilgi edinilmesi güvence altına alınmalıdır.

---

119 **Simotta**, s. 456; ; **Kunter**/**Yenisey**, s. 415.
120 **Kissel/Mayer**, s. 1201; **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1858; **Gummer**, s. 2610; **Albers**, 2856.
121 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 269.
122 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1852; **Gummer**, s. 2609; **Albers**, s. 2855; **Yılmaz**-Şerh, s. 321.

Hükmün tefhiminin alenî olması ile, yargılamanın bütününün olmasa bile, en azından, mahkeme kararının geçerliliği ve uygunluğu denetlenebilecektir[123].

Hükmün tefhimin çocuk yargılaması gibi oldukça istisnaî durumlar hariç[124] alenî olması gerekir. Zira, yargılamanın gizli yapılması gerektiren sebepler, hükmün tefhiminim gizli yapılmasını gerektirmez. Ancak, çocukların ve tarafların özel hayatlarını korunmak ve adaletin zarar görmesini engellemek için, hükmün alenî olarak açıklanmasına sınırlamalar getirilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni içtihatlarında bu görüşü benimseyerek, istisnai olarak hükmün alenî olarak açıklamasına sınırlama getirilebileceğini kabul etmiştir[125].

Yargıtay kararlarını ve özetlerini fihristleriyle, resmî külliyat olarak, kesintisiz bir biçimde, ciltler hâlinde yayımlamak, Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nün görevleri arasındadır (YK. m. 50). Ayrıca icra ve iflâs hukukuna ilişkin Yargıtay kararlarının tamamının düzenli olarak yayımlanmaması açıkça kanuna aykırılıktır (İİK. m. 14, II). Yargıtay kararları, "Yargıtay Kararları Dergisi"nde yayımlanmaktadır. Aynı zamanda Yargıtay'ın internet sitesinden de elektronik ortamda kararlara ulaşma imkânı vardır. Bundan başka, Yargıtay kararlarının derlendiği kitaplar ve CD'ler de bulunmaktadır. Ancak, ülkemizde bütün mahkeme kararlarının toplandığı herkese açık bir bilgi bankası bulunmamaktadır. Bütün mahkeme kararlarına herkesin rahatlıkla ulaşılabileceği bir bilgi ağı kurulmalıdır.

3. Dolaylı Aleniyetin Sınırlandırılması

Gizli duruşma yapılması durumunda doğrudan aleniyetin yanı sıra dolaylı aleniyet de sınırlanmış olur. Ancak, gizli yargılama yapılmaksızın sadece dolaylı aleniyetin sınırlandırılması yayın yasağı ile ortaya çıkar.

Mahkemelerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla, yayın yasağı getirilebilmesi mümkündür[126]. Söz konusu yasakların temel amacı, yargının, basın yoluyla etkilenmesinin önlenmesidir[127]. Hâkimler, yasama ve

---

123 **Wolf**-Münchener Kommentar, s. 1852.

124 Çocuğun toplumsal yaşama katılabilmesinin sağlanması bakımından, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 185'inci maddesinde, onsekiz yaşından küçük sanığın yargılandığı davalarda, hükmün gizli duruşmada açıklanması öngörülmüştür. Ayrıca, Çocuk Koruma Kanunu'nun 23'üncü maddesi uyarınca, çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesinde belirtilen koşulların varlığı hâlinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder (CMK. m. 231 (5)).

125 B. ve P. - Birleşik Krallık Davası, 36337/97, 05.09.2001, p. 52, http://cmiskp.echr.coe.int////tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=2003&sessionId=9445273&skin=hudoc-en&attachment=true-20.12.2007).

126 **Donay**-Sanığın Hakları, s. 69.

127 **Özek**, Çetin: Türk Basın Hukuku, İstanbul 1976, s. 383; Sahir/**Özek**, Çetin: Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2000, s. 259; **Çankaya**, Özden/ **Batur Yamaner**, Melike: Kitle

yürütme organlarına olduğu kadar, kamuoyuna ve diğer güçlere karşı da bağımsız olmalıdır. Dolayısıyla, hâkimin bağımsızlığının, kitle iletişim araçlarına karşı da korunması gerekmektedir. Bu sebeple, yargılama sırasında, hâkimi etkileyecek yayın yapılması yasaklanmış ve suç sayılmıştır[128]. Mahkemelerin saygınlığının korunması, yasağın diğer bir amacıdır[129]. Genel ahlâkın, çocukların sağlığının ve kişilik haklarının korunması da söz konusu yasakların amaçları arasındadır[130].

Yargılama ile ilgili yayın yasağı konulması, dolaylı aleniyeti sınırlamaktadır. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda aleni duruşmalarda yayın yasağı alınabileceğine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 187'nci maddesine benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, alenî duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlâka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını alenî duruşmada açıklar (CMK. m. 187, III). Bununla birlikte, Basın Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, "basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir". Bu çerçevede medeni yargıda da yayım yasağı getirilebilir.

Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz (HMK m. 153). Bu hüküm, dolaylı aleniyetin sınırlandırılması sonucunu doğurmaz. Yargılamaya ilişkin ses ve görüntü nakli yapılmadan da yargılama ile ilgili kamuoyuna bilgi verilebilir.

İletişim Özgürlüğü, Ankara 2006, s. 125; **İçel**, Kayıhan/**Ünver**, Yener: Kitle Haberleşme Hukuku, Basın, Radyo-Televizyon, Sinema-Video, İnternet, İstanbul 2007, s. 68 **Yurtcan**, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007, s. 424.

128 "Yargılamanın dış etkilerden korunması da, gerçeğe uygun yargıya ulaşılabilmesi için vazgeçilmez, "yargı bağımsızlığı" kapsamında bir zorunluluktur. Hukuka aykırı yöntemlerle yanlı, gerçeğe aykırı yargı kararı sağlanmasına yönelik eylemler de türüne göre suç oluşturmaktadır; esasen bu durumda, yargının etkilenmesi değil saptırılması söz konusudur. Yargının siyasal güce karşı bağımsızlığı demokratik ülkelerde anayasal kurallarla güvenceye kavuşturulmaktadır. Yargıç bağımsızlığı, yargıcın karar verirken özgür olması, hiçbir dış etki ve tesir altında bulunmaması anlamına gelir. Baskı yapılması kadar, baskı yapılması olasılığı da yargıç bağımsızlığını zedeler. " bkz. **Erman/Özek**, s. 259.

129 **Özek**, s. 383; **Erman/Özek**, s. 258.

130 **İçel/Ünver**, s. 70.

4. Tarafların Alenî Yargılanma Hakkı Üzerinde Tasarruf Edip Edemeyecekleri Sorunu

Gerek Anayasa'da gerek Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, yargılamanın alenî yapılıp yapılmamasına ilişkin olarak taraflara herhangi bir tasarruf yetkisi vermemiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, tarafların dava açmadan önce veya dava devam ederken yapacakları bir usûl sözleşmesi ile alenî yargılama hakkından feragat etmeleri mümkün değildir. Alenîyetin kaldırılması bakımından taraf iradelerinin etkinliğinden söz edilemez. Alenîyet ancak, hâkim kararı ile kaldırılabilir[131].

Alenîyet ilkesi, sadece tarafların menfaatlerini değil; aynı zamanda kamu yararını da korumaya yöneliktir[132]. Yargılamanın alenî olması kamu düzeninden olduğu için, tarafların bu hususta sözleşme yapabilmeleri mümkün değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, taraflara sadece mahkemeden yargılamanın gizli yapılması hususunda bir talep hakkını vermiştir. Tarafların talebiyle gizli yargılanma yapılması, ancak mahkemenin kabul etmesi ile geçerli olabilecektir[133]. Taraflar aralarında yargılamanın gizli yapılmasına ilişkin bir sözleşme yapmışlar ise, bu sözleşmeyi mahkemeye sunmaları alenîyetin kaldırılması için yeterli sebep teşkil etmeyecektir. Mahkeme, bu hâlde alenîyetin kaldırılmasına ilişkin bir talep varmış gibi hareket etmeli ve kanunla sayılan alenîyetin kaldırılması sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemelidir. Mahkeme, tarafların bu talepleri ile bağlı olmayıp, yapacağı değerlendirme sonucunda, alenîyetin kaldırılması sebeplerinden birinin oluştuğuna kanaat ederse, alenîyetin kaldırılmasına karar vermelidir[134].

IV. GİZLİ YARGILAMA UYGULAMASI VE YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk yargılamasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gizli yargılama yapılması sebepleri çok dar bir şekilde düzenlenmiş olduğundan, duruşmaların şeklen aleni bir şekilde yapıldığı görülmektedir. Genel ahlak ve adabı ilgilendiren, yargılamayı katılanların özel hayatlarını ilgilendiren konularda, mahkemeler gizlilik kararı almaksızın, duruşma salonunda bulunan üçüncü kişileri dışarı çıkartmaktadır. Aslında mahkemeler, bu hallerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesini doğrudan uygulayarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlemeyen nedenlere dayanarak gizlilik kararı

131 **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 422.
132 **Pekcanıtez**-Alenîyet, s. 426.
133 **Akcan**, Recep: Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 79.
134 **Kurt Konca**, s. 328.

verebilir. Zira, Anayasa madde 90 uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. Alenîyet ilkesi, âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak temel hak ve özgürlükler kapsamında yer aldığından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen gizli yargılama yapılmasına ilişkin düzenleme, mahkemelerce doğrudan uygulanabilecek bir hukuk kuralı niteliği taşımaktadır. Mahkemeler, gizlilik sebeplerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde daha geniş bir kapsamda ele alabilirler[135].

Hukuk yargısında gizli yargılama yapılması, az sayıda Yargıtay kararına konu olmuştur. Bunun en temel sebebi, aleniyet ilkesinin ihlali halinde, yargılamanın taraflarının kanun yoluna başvurmamasıdır. Zira, yargılamanın tarafları, aleniyet ilkesinin ihlalini, kendileri bakımından bir hukuka aykırılık olarak değerlendirmemektedir. Özellikle aile mahkemelerinde, tarafların özel hayatları, aleniyet ilkesi ihlal edilerek gizli yargılama yapılması suretiyle korunduğundan, taraflar bu durumu bir yargılama hatası olarak görmemektedirler. Bilakis, hukuk yargılamasında, özellikle aile hukukuna ilişkin dava ve işlerde gizli yargılama yapılmasının de facto bir şekilde geliştiğini söylemek mümkündür.

Yargılamayı izlemek isteyen, ancak, duruşmaya alınmayan üçüncü kişilerin ise, yargılamanın tarafı olmamaları sebebiyle kanun yoluna başvurma imkânı bulunmamaktadır.

18. HD., E. 2012/6905, K. 2012/8337, T. "Dava soy bağının reddi istemine ilişkindir. H.U.M.K.nun 149. maddesine göre; yargılamanın kural olarak açık yapılması gerekir. Duruşmanın açık yapılmasının adap ve genel ahlaka hakikaten aykırı olduğu hallerde mahkeme, gerekçesini göstermek suretiyle yargılamanın gizli olarak yapılmasına karar verebilir. Mahkemece yukarda belirtilen hususlar dikkate alınmadan hangi gerekçeyle gizlilik kararı verdiğini de açıklamadan, gizlilik kararı verilmesinin koşulları bulunup bulunmadığını tartışmadan gizlilik kararı verip hükmü gizli tefhim etmesi doğru görülmemiştir"[136]. Genel ahlak ve adap açısından yargılamanın gizli yapılması kararı verilebilir. Ancak, bu karar gerekçeli olmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, gizlilik talebine ilişkin kararının gerekçesini esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklar. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ise, gizli yargılama yapılmasına ilişkin karar, aleni duruşmada açıklanır. Her iki Kanun bakımından da, mahkemenin gerekçesiz olarak gizlilik kararı alması hukuka aykırıdır. Ayrıca, gizlilik kararı alınsa dahi, hüküm her zaman için aleni

[135] **Yılmaz**-Şerh, s. 319.
[136] Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

duruşmada tefhim edilmelidir. Gizlilik kararı, hüküm duruşması bakımından uygulanmaz. Bu sebeplerle Yargıtay'ın kararı yerindedir.

16. HD, E. 2012/1598, K. 2012/2197, T. 12.3.2012 "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 'nın 36. maddesinde kabul edilen adil yargılanma hakkının garantileri arasında aleni yargılanma ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı da yer almaktadır. Aleni yargılanma prensibi ile hukuki dinlenilme hakkı, duruşmaların açık yapılması kadar hükmün açık duruşmada tefhimini ve kararların gerekçeli olmasını zorunlu kılmaktadır. Kararın gerekçesi ile hüküm fıkrası birbirine sıkı sıkıya bağlı olup, uyumlu bulunması zorunludur. Dava konusu olayda davaların hangi gerekçe ile reddedildiği konusunda herhangi bir gerekçe belirtilmeden karar oturumundaki beyanlara yollama yapılmak suretiyle hüküm kurulması isabetsizdir.[137]"Mahkeme kararının gerekçesi, varılan sonuçla uyum içinde değilse, doyurucu ve inandırıcı nitelik taşımıyorsa, görünüşte gerekçeli bir karar mevcuttur[138]. Gerekçenin, özellikle kanun yolu denetimine olanak verecek şekilde olması gerekir[139]. İleri sürülen vakıaların ve gösterilen vakıaların değerlendirilmesi, bunların ret ve üstün tutma sebeplerinin açıklanması hâlinde, kanun yolu denetimi yapılabilir. Görünürde gerekçe halinde, hükmün aleniyeti sağlanmamaktadır.

10. HD., E. 2013/6826, K. 2014/4318, T. 3.3.2014 "Dava, hizmet tespiti istemine ilişkindir. Mahkemece, hem kısa kararda hem de hükümde , "315... ... TC kimlik nolu 11072... ss nolu davacı A.S.'ın davalıya ait çalışmış olduğu SSK Aydın Sigorta İl Müdürlüğünde 1013948.09 sicil sayılı dosyada işlem gören işyerinde 01.08.1998-26.04.2005 tarihleri arasında çalışmalarının karşılığında almış olduğu prime esas kazançlarının bilirkişilerin 20.12.2011 tarihli rapor ve ekindeki hesap tablosundaki gibi olduğunun tespitine" denilmek suretiyle, usul ve yasaya uygun şekilde kısa karar oluşturulmaksızın gerekçeli karar yazıldığı anlaşılmaktadır. Ortada hukuki varlık kazanmış bir karar mevcut değildir. Kamu düzeni amacıyla konulmuş, emredici hükümlere aykırı olarak davanın yürütülüp sonuçlandırılması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir[140]." Bir hukukî uyuşmazlık hakkında, kanuna ve hukuka uygun bir şekilde kurulmuş bir mahkeme tarafından, kanunla belirlenmiş usûllerle verilmeyen veya alenîleştirilmeyen bir karar yok hüküm olarak nitelendirilir[141].

---

137 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

138 **Alp**, Mustafa: "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 438.

139 Gerekçesi tam yazılmayan kararların denetlenmesi mümkün değildir (bkz. **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 395).

140 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

141 **Postacıoğlu**, s. 716-717; **Üstündağ**, s. 811; **Özekes**, Muhammet: "Medenî Usûl Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm", YD. 2000, Sa. 4, s. 670-671; **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes**, s. 543, **Tutumlu**, Mehmet Akif: Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar, Ankara 2007, s. 363.

Davada verilen hüküm, talepler hakkında mahkemenin ulaştığı sonucu, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakları açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde göstermediğinden Yargıtay'ın verdiği karar yerindedir.

23. HD., E. 2013/8378, K. 2014/1593, T. 4.3.2014 "Gerekçeli karar tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz. Öte yandan, kısa kararla gerekçeli kararın çelişkili ya da farklı olması, yargılamanın aleniyetine, kararların alenen tefhim edilmesine ilişkin buyurucu nitelikteki maddelerine de aykırı bir durum yaratır. Ayrıca, anılan husus kamu düzeni ile ilgili olup, gözetilmesi yasa ile hâkime yükletilmiş bir ödevdir. Aksi düşünce ve uygulama yargının, yargıcın ve kararlarının her türlü düşünceden uzak, saygın ve güvenilir olması ilkesi ile bağdaşmaz. Eldeki davada, kısa kararda "Davanın kabulüne, 117.880,43 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, "karar verilmesine karşın, gerekçeli kararda "Davanın kabulüne, 117.880,43 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, temlik alana ödenmesine" karar verilmiş olup, kısa ve gerekçeli karar arasında farklılık ve çelişki yaratılmıştır. Nitekim, avans ve reeskont faizi oranları, farklı oranları ifade etmektedir. Mahkemece, kısa karar ile bağlı kalınmadan, yeni bir kısa ve buna uygun gerekçeli karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir." Gerekçeli kararın, kısa karara uygun olarak yazılması, mahkeme kararlarının güvenirliliğinin ve saygınlığının sağlanması ve bu bağlamda kamu düzeninin tesisi bakımından önem taşımaktadır. Kısa karar ile gerekçeli kararın birbirine aykırı olması hâlinde, alenîyet ilkesi zedelenmiş olur.[142]

V. SONUÇ

Sanayi devrimiyle gelişen ve bilgi çağında bulunan toplum hayatında, bireysel menfaatlerin değerinin artmasıyla alenîyet ilkesine bakış açısı değişmiştir. Bu durum, alenîyet ilkesinin uygulama alanının daraltılmasını gerektirmiştir. Bu sebeple, geçen yüzyıldan bu yana, alenîyet ilkesine getirilen istisnaların sayısı artmaktadır. Türk hukukunda da bu gelişmeler izlenmeli ve bunlara ayak uydurmak amacıyla gerekli kanun çalışmaları yapılmalıdır. 2006 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarı hükmünün kabul edilmesi yerinde olur. Bu değişiklikle özel hayatın gizliliğinin zarar görmesi engellenir. Aile hukukuna ilişkin dava ve işlerde yargılamanın gizli olması ise, uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünün sağlanmasında, gerçeğin ortaya çıkartılmasında önemli bir işlev görür.

[142] **Pekcanıtez**-Alenîyet s. 409.

II. OTURUM

HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI İLKESİ İLE HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ ARASINDAKİ İLİŞKİ[H]

Yrd. Doç. Dr. Varol KARAASLAN[*]

ÖZET

İlk bakışta hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile hâkimin tarafsızlığı ilkeleri arasında çelişki olduğu düşünülebilir. Ancak daha yakından incelendiğinde böyle bir çelişki olmadığı anlaşılacaktır. Hâkim taraf iddiaları çerçevesinde ve tarafların eşitliği ilkesini göz önünde tutarak aydınlatma ödevini yerine getirecektir. Bu da gerçeği tespit eden adil bir karar verilmesini mümkün kılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimin tarafsızlığı, tarafların eşitliği, adil karar

ABSTRACT

Advice duty of the judge and impartiality of the judge seems at first appearance incompatible. But there is no contradiction between advice duty of the judge and impartiality of the judge. The advice duty of the judge must be performed in the context of plaintiff and respondent's claims and equality before the law. Performing this duty would lead a fair judgment that determines the truth.

Key Words: Advice duty of the judge, impartiality of the judge, equality before the law, fair judgment

GİRİŞ

Bir taraftan hâkimin tarafsızlığından şüphe etmeyi gerektirecek önemli bir sebebin varlığının hâkimin reddi sebebi olarak kabul edilmesi, öte yandan hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yapacağı uyarılar ve soracağı sorular ile taraflardan birinin lehine bir durumun oluşmasına zemin

---

[H] Hakem incelemesinden geçmiştir.

[*] Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra- İflas Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

hazırlaması ihtimali nedeniyle tarafsızlık ilkesi ile aydınlatma ödevi arasında bir gerilim oluşması kaçınılmazdır. Bu çalışmada öncelikle hâkimin tarafsızlığı ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi kavramları incelenecek (I), daha sonra aydınlatma ödevinin kapsamı ele alınacak (II), bu yapılırken bazı somut durumlarda yapılacak uyarıların hâkimin tarafsızlığı ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorgulanacak; çalışmanın sonunda ise her iki kurum arasındaki ilişki konusunda genel bir değerlendirme yapılacaktır (III).

I. Kavramlar

A) Hâkimin Tarafsızlığı

Hâkimin tarafsız olması, görevini yaparken hiç kimseyi kayırmamasını, kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesini, duygularına kapılmamasını, kişisel görüşlerinin ve önyargılarının etkisi altında kalmamasını ifade etmektedir.[1]

Hâkimin kural olarak tarafsız olacağının varsayıldığı, bu nedenle temel usûl kanunlarında hâkimin tarafsız kalamayacağı özel durumlar saptanarak bu durumların hâkimin çekinme ve ret halleri olarak düzenlendiği söylenebilir.[2] Bu nedenle ilk bakışta Anayasa ve kanunlarda, açıkça "Hâkimler tarafsız olmak zorundadır" şeklinde bir düzenlemeye rastlanmadığını söylemek gerekir. Ancak, ülkemizin de taraf olduğu AİHS'nin 6. maddesi ile Anayasa m. 36 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi, herkesin gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve *tarafsız bir mahkeme tarafından* yargılanması zorunluluğudur. Yine mahkemelerin bağımsızlığı (m. 138); hukuk devleti (m. 2); kanun önünde eşitlik (m. 10); kanunî hâkim (m. 37) gibi anayasal ilkelerden aynı sonuca ulaşılabilecektir.[3]

Hâkimin tarafsızlığı, bağımsız olması ile yakından ilgilidir. Ancak bağımsız bir yargının mensupları tarafsız bir biçimde görevini yerine getirebilir.[4] AİHM'e göre de, tarafsızlık ve bağımsızlık birbirinden ayrılması güç iki kriterdir.[5]

---

1 **Öden,** s. 61.
2 **Taştan,** s. 54.
3 Krş. **Öden,** s. 64; **Ergül,** s. 249; **Taştan,** s. 40 vd. Alman hukukunda da hâkimin tarafsızlığı Alman Medeni Usul Kanununda açıkça düzenlenmemiş olup, Alman Anayasası'nın hâkimin bağımsızlığını düzenleyen 97., hukuk devleti ilkesini düzenleyen 20., eşitlik ilkesini düzenleyen 3. ve kanunî hâkim ilkesini düzenleyen 102. maddelerine dayandırılmaktadır. Krş. **Rensen,** s. 111; **Koch,** s. 151.
4 **Tanrıver,** s. 198.
5 AİHM *Langborger-İsveç* kararı (**İnceoğlu,** s. 205, dn. 393).

AİHM'e göre AİHS m. 6 anlamında tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargının bulunmamasını; mahkemenin veya mahkemenin bazı üyelerinin, taraflar düzeyinde, onların leh veya aleyhinde bir duyguya veya çıkara sahip olmamalarını ifade eder. Yine AİHM, tarafsızlığı, iki aşamalı olarak ele almaktadır. İlk aşamada, hâkimin, birey olarak davadaki kişisel tarafsızlığı yani *sübjektif tarafsızlık,* ikinci aşamada ise kurum olarak mahkemenin hak arayanlarda bıraktığı güven veren tarafsız bir görünüme sahip olması ve tarafsızlığı sağlamak için alınmış olan tedbirlerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda makûl her türlü kuşkuyu ortadan kaldırır nitelikte olması yani *objektif tarafsızlık* incelenmektedir.[6] Belirtmek gerekir ki, sübjektif ve objektif tarafsızlık kriterleri arasında her zaman kesin bir ayrım mümkün değildir.[7] Bununla birlikte her iki kavramı açmak gerekirse, sübjektif tarafsızlık bağlamında, hâkimin, belli bir olayda kişisel kanaatleri doğrultusunda taraflı davranıp davranmadığı incelenir. Örneğin, hâkim, yargılama sırasında taraflardan birine hasmane ve kötüniyetli açıklamalar yapmış veya kişisel nedenlerle bir davanın kendi mahkemesine verilmesini sağlamışsa sübjektif olarak tarafsız olmayacaktır.[8] Objektif tarafsızlık konusunda, tarafsızlığın olup olmadığına ilişkin dış görünüş çok önemlidir. Dış görünüşün tarafsız olmadığının belirlenmesi açısından tarafların veya sanığın duyduğu şüphe tek başına yeterli değildir. Belirleyici olan bu şüphenin nesnel olarak doğrulanıp doğrulanamadığıdır. AİHM'e göre, objektif tarafsızlık konusunda, adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gereklidir. Buna ilişkin olarak, daha ziyade, hâkimin farklı görevler üstlenerek veya davayla ilgili kişisel menfaatlere sahip olarak önyargılı olması dikkate alınmaktadır. Ancak, bir boşanma davasında, hâkimin, duruşmadan hemen sonra diğer taraf ile konuşmuş olması gibi soyut olarak hâkimi etki altında bırakmış olma ihtimali bulunan bir olayın varlığı meşrû kuşkuyu doğrulamaz.[9]

Bir davaya, ancak tarafsız olduğuna inanılan bir hâkim bakabilir. Bu nedenle, hâkimin tarafsızlığından şüpheye düşülecek objektif sebeplerin bulunması durumunda, hâkim tarafsız olarak kabul edilemeyecektir.[10] Bu, hâkime, davanın taraflarına karşı mesafeli olma ve objektif davranma yükümlülüğü yüklemektedir. Özellikle, hukuk yargılamasının önemli işlevlerinden birisinin, taraflar arasında mevcut olan hukukî uyuşmazlıkların tarafları bağlayıcı bir şekilde çözümlenmesi ve bu sayede hukukî barışın sağlanması olduğu dikkate alındığında, taraflara mesafeli ve objektif bir hüküm verme sürecinin gerekliliği de ortaya çıkmaktadır. Davanın tarafları, hâkimin

6 İnceoğlu, s. 188.
7 **Meyer-Ladewig,** EMRK, m. 6, kn. 76.
8 **Meyer-Ladewig,** EMRK, m. 6, kn. 76.
9 İnceoğlu, s. 190.
10 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 40.

tarafsızlığına güvendikleri ölçüde, onun kararını bağlayıcı olarak tanıyıp kabul edeceklerdir.[11]

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında yargı bağımsızlığı kavramını hâkimin tarafsızlığı anlamında kullanmaktadır: *"Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır. Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yaratabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler."*[12]

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında ise tarafsızlığa hâkimlik teminatı bağlamında vurgu yapmaktadır: *"Hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurumların en önemlisidir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin objektif bağımsızlığı olduğu halde, hâkimlik teminatı hâkimlerin kişisel bağımsızlığıdır. Hâkimlik teminatı hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil, toplum için kabul edilen ve hâkimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada söz konusu olan, hâkimin kişisel yararı olmayıp, kamunun yararıdır. -Hâkimlik teminatının amacı, bu görevi yürütenlerin özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir."*[13]

Hukuk yargılamasında hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve reddi, hâkimin tarafsızlığını korumaya yönelik kurumlardır. Yasaklılık sebeplerinin birinin varlığı halinde hâkim, bu konuda talep olmasa bile davaya bakamaz, çekinmek zorundadır (HMK m. 34). Konumuz bakımından daha çok önem arz eden mesele ise, hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin varlığı halinde hâkimin reddedilebilmesidir (HMK m. 36). HMK bu duruma örnek olarak hâkimin davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması; davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması; davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması; davanın, dördüncü

[11] **Koch,** s. 150.
[12] AYM E. 2001/309, K. 2002/91 T. 15.10.2002, 12.12.2003 tarih ve 25314 sayılı RG.
[13] AYM E. 2005/55 K. 2006/4 T. 05.01.2006, 20.11.2007 tarih ve 26706 sayılı RG.

derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması ile dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması hallerini göstermiştir (HMK m. 36/1 b. a-d).

B) Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Tasarruf ve taraflarca getirilme ilkelerinin geçerli olduğu bir medenî usûl hukuku sisteminde yargılamanın ne şekilde yürüyeceğine aslında taraflar karar vermektedir. Buna göre, yargılamanın konusunu taraflar tayin etmekte ve dava malzemesi taraflarca yargılamaya getirilmektedir. Davacının bir davayı açıp açmamak, açtığı davadan feragat etmek, davalının kendisine karşı açılmış olan davayı kabul etmek, her iki tarafın anlaşarak sulh olmak, kanun yoluna başvurmaktan feragat etmek gibi hakları vardır. Vakıaların mahkemeye sunulması ve ispatlanması da taraflara ait bir ödevdir. Hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve kendiliğinden delil toplayamaz. İddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf kural olarak ispat yükü altındadır. Karşı tarafça ikrar edilmeyen ve hukukî uyuşmazlık bakımından önem arz eden vakıaların ispatı gerekir. Yine, dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmak görevi de taraflara aittir.

Tüm bunlardan ilk bakışta ortaya çıkan sonuç, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre tarafların davanın başından sonuna kadar mutlak egemenliği olduğu, hâkimin ancak tarafların talebi olması halinde ve sundukları vakıalar ve ispat araçları çerçevesinde hüküm kurabileceğidir. Ancak, durum her zaman için böyle değildir. Bir defa hâkim bazı delillere kendiliğinden başvurabilir. Hâkim, davanın çözümü için gerekli ise keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına re'sen karar verebilir (HMK m. 288/2, 266). Mahkemenin hukuk yargılamasındaki görevi sadece tarafların getirdikleri dava malzemesini ele alıp buna göre bir hüküm vermekten ibaret olsa idi, sadece tarafların iddia ve taleplerinin eksiklik, belirsizlik ve çelişki içermemesi halinde maddî hukuka uygun adil kararlar verilmesi beklenebilirdi. Ancak taraflar her zaman iddia ve taleplerindeki eksiklik, belirsizlik ve çelişkileri kendi kendilerine fark edecek yeterlilikte değildir. Avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan hukukumuzda bu problemin önemi daha da açıktır. Bunun yanında, kendisini bir vekille temsil ettiren kişilerin vekillerinin de hukukî bilgileri ne kadar iyi olursa olsun hata yapma ihtimallerinin her zaman mevcut olduğu ortadadır.

Tarafların iddia veya taleplerinde eksiklik, belirsizlik veya çelişki bulunması halinde bunların giderilebilmesi bakımından akla iki seçenek gelebilir. İlk olarak, kanunî varsayımlar yoluyla sonuca gidilmeye çalışılabilir. Örneğin, talepler arasında çelişki varsa, hangi talebin geçerli sayılacağı konusunda hâkime yetki verilebilir. Bu seçeneğin yanında, hâkim tarafların

iddia ve taleplerindeki eksiklik, çelişki ve belirsizliklere işaret ederek, bunların giderilmesini sağlayabilecektir.[14] Dikkat edilirse, ilk çözüm şekli, taraf iradesinden ziyade, hâkimin bu iradenin ne anlama geldiği konusundaki akıl yürütmesine öncelik tanımakta, bu şekliyle de taraf egemenliği sistemini benimsemiş bir yargılama sistemine uygun düşmemektedir. Çünkü iddia, savunma ve taleplerinin ne olduğuna karar vermesi gereken o davanın taraflarıdır. İkinci seçenekte ise, hâkim, taraflara uyarıda bulunarak, eksiklik, çelişki ve belirsizliklerin giderilmesi gerektiğini ifade edecektir. Adil bir karar verilebilmesi tarafların iddia ve savunmalarındaki eksiklik, belirsizlik ve çelişkilerin giderilmesi ile mümkün olabilir. Böylelikle hâkim olayı doğru bir biçimde anlayarak maddî gerçeği tespit eden bir hüküm verebilir.[15]

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kanuni dayanağına bakılacak olursa, bu konudaki düzenleme HUMK'un 75. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında yer almaktaydı. Bahse konu HUMK m. 75 metni şöyleydi:

"Kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen nazarı dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz.

Ancak müphem ve mütenakız gördüğü iddia veya sebepler hakkında izahat isteyebilir.

Hâkim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir."

Kanunun lafzından burada sayılanlar konusunda hâkime tanınmış bir hak olduğu anlaşılmakta idiyse de, HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde bunun bir hak değil, yükümlülük olduğu kabul edilmekteydi.[16]

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" başlıklı 31. maddesi ise şöyledir: *"Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir."*

---

[14] Krş. **Tercan,** Tarafların Dinlenmesi, s. 10 vd.; **aynı yazar,** İsticvap, s. 48 vd.

[15] Krş. **Yılmaz,** Islah, s. 67.

[16] **Kuru,** Usûl, C. II, s. 1608; **Alangoya,** İlkeler, s. 139 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 285; **Karslı,** s. 307 vd.; **Tercan,** İsticvap, s. 48. "Talep sonucu açık değilse, HUMK'un 75/2 maddesi uyarınca mahkemenin davacı tarafa talep sonucunu açıklattırması gerekir. Bu madde hükmünde, "hâkim müphem ve mütenakız gördüğü iddia ve sebepler hakkında izahat isteyebilir" denilmekte ise de bunu sadece hâkime tanınan bir yetki şeklinde değil, aynı zamanda hâkime verilen bir görev olarak anlamak gerekir." (Yargıtay HGK E. 2010/17-596 K. 2010/641 T. 08.12.2010, Kazancı).

Madde gerekçesinde, hâkimin ancak bu hallerde, taraflardan açıklama isteme, soru sorma ve delil göstermelerini isteme yetkisi bulunduğu ifade edilmektedir. Yine gerekçede, maddede, hâkimin maddî anlamda davayı sevk yetkisinin düzenlendiği, mukayeseli hukuktaki gelişim sonucu, günümüzde, bununla hâkimin taraflara sorular sorma, işaret ve müzakere etme ödevinin anlaşıldığı belirtilmektedir. Bununla hâkim, olayın ve hukukî uyuşmazlığın olgusal ve hukukî boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele alabilecek, tarafların zamanında uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir.

Hâkim böylece sadece tarafların sunduğu vakıa ve delillerle yetinmeyecek, uyuşmazlığın aydınlatılması için gerekli adımları atarak tarafları kendi lehlerine işlem yapmaları için uyarabilecektir. Bu durumda, medenî usûl hukukunda mutlak anlamda taraf egemenliği olduğu iddiasının her zaman için doğru olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu ödev ile tarafların iddia ve savunma vasıtalarında ve taleplerinde eksiklik, belirsizlik ve çelişki bulunması halinde, bunların giderilmesi ve tamamlanması amacıyla hâkim bir kısım faaliyetlerde bulunmakta, ancak son tahlilde bu eksiklik, belirsizlik ve çelişkilerin giderilmesi tarafların tasarrufunda bir husus olarak kalmaya devam etmektedir.

HMK m.31'in madde metninde hâkim "taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir" şeklinde cümleler kullanılarak ve madde gerekçesinde hâkimin taraflardan açıklama isteme, soru sorma ve delil göstermelerini isteme yetkisi bulunduğu ifade edilerek bunun hâkime tanınan bir hak ve yetki olabileceği izlenimi uyandırılmıştır. Hâlbuki madde başlığında "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" kavramı kullanılarak ve gerekçede hâkimin taraflara sorular sorma, işaret ve müzakere etme ödevinin bulunduğu belirtilerek bunun hâkim bakımından bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir. Doğru olan da burada hâkim bakımından bir yükümlülük bulunduğudur. Zaten tabiatı itibariyle adil ve maddi gerçeği tespit eden bir hüküm verilebilmesi için hâkime tanınan bir enstrümanı kullanma konusunda hâkimin takdir hakkı bulunduğu düşünülemez.

II. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Kapsamı

A) Maddi Vakıalar Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Vakıalardaki eksiklik ve belirsizliğin giderilmesi, ileri sürülen iddia ve savunma vasıtalarının tamamlanması ve somutlaştırılmasına hizmet etmektedir. Bu nedenle, dava dosyasına intikal edecek yeni vakıaların, daha önce dilekçeler aşamasında ileri sürülmüş ancak eksik kalmış vakıaları tamamlayıcı veya

açıklayıcı nitelikte olması gereklidir. Mahkemenin, talep sonucunu haklı çıkaracak yeni vakıalar zinciri hakkında fikir üretmesi ve bunu tarafa bildirmesi aydınlatma ödevinin gereği değildir.[17] Sunulacak yeni vakıalar dava değiştirme anlamına gelecekse, bu durumda hâkim bu vakıaların ileri sürülmesini tarafa hatırlatamaz.[18] Burada dikkat edilmesi gereken husus, davacının dava dilekçesinde davasını dayandırdığı asıl vakıa, yeni vakıayı da kapsıyorsa, bir diğer deyişle, yeni vakıa, daha önce bildirilmiş olan asıl vakıaya zımnen dâhil ve onu açıklıyor veya tamamlıyorsa, bu vakıanın ileri sürülmesinin zaten dava değiştirme sayılmayacağıdır.[19] Hâkim, ileri sürülen vakıaya zımnen dâhil olan vakıaların yargılamaya getirilmesini taraflardan isteyebilir.[20] Bu nedenle, davacının getirdiği vakıalar soyut hukuk normunun unsurunu karşılamıyorsa, hâkim, bu eksikliğe işaret edebilecektir. Örneğin davalıdan temerrüt faizi talep eden bir davacı, bunun için ihtar gereken durumlarda dava dilekçesinde borçluya ihtarda bulunduğunu belirtmemişse (TBK m. 117), hâkim, bu hususu davacıya açıklattırmalıdır.[21] Doktrinde bir görüşe göre, hâkim bu durumda yalnızca söz konusu hukuk normunun uygulanamayacağını davacıya bildirmekle mükellef olup, somut olarak hangi vakıanın eksik olduğuna işaret edemez.[22] Kanaatimce, hâkimin yalnızca soyut olarak eksikliğe işaret etmesi, aydınlatma ödevi bakımından yeterli olmayacaktır. Şöyle ki, zaten aydınlatma ödevi çerçevesinde işaret edilebilecek eksiklik önceden ileri sürülen vakıaya zımnen dâhil olan veya o vakıayı açıklayan, yani vakıalar zincirini değiştirmeyen değişikliklerdir. Bu değişikliklere işaret edilmesi, ne davanın değiştirilmesi ne de hâkimin taraflardan birine yardım etmesi olarak değerlendirilmelidir. Hâkim bu şekilde Kanunun kendisine yüklediği bir vazifeyi yerine getirmektedir. Ayrıca, hâkim, gerektiğinde hakkı ortadan kaldıran bir itirazın dayandığı maddî vakıanın eksik ifade edilmesi örneğinde olduğu gibi, davalıya da bu eksikliği tamamlamasını

---

17 **Laumen,** s. 215 vd.; **Liu,** s. 300.

18 Hangi durumda yeni vakıa getirilmesinin dava değiştirme anlamına geleceği hakkında bkz. **Kuru,** Usûl, C. II, s. 1708 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 295 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 555. **Yılmaz,** sonradan ileri sürülen maddî vakıaların dava dilekçesindeki vakıalar zinciri içerisine girmemesi ve yeni bir vakıalar zinciri oluşturması halinde ortada bir dava değişikliği olduğunu belirtmektedir (**Yılmaz,** Islah, s. 161 vd.). **Kuru** da davacının, dava dilekçesinde bildirdiği vakıaların özet olarak belirtilmesinin yeterli olduğu, davacının dava dilekçesinde davasını dayandırdığı asıl vakıaya dâhil olan yeni vakıaların sonradan ileri sürülmesinin davayı genişletme ve değiştirme yasağına aykırılık oluşturmayacağını ifade etmektedir (**Kuru,** Usûl, C. II, s. 1719). **Alangoya** ise, dava dilekçesinde talebin dayandığı hayat olayının diğer olaylardan ayrımını sağlayacak ölçüde maddî vakıaların bildirilmesinin yeterli olacağı kanaatindedir (**Alangoya,** İlkeler, s. 106; **aynı yazar,** Dava Temeli, s. 285; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 223).

19 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 299; Yılmaz, Islah, s. 161; Kuru, Usûl, C. II, s. 1719; Alangoya, İlkeler, s. 108; aynı yazar, Dava Temeli, s. 285; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 238 vd.; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 375, 555; Deren-Yıldırım, s. 273.

20 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 238; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 375.

21 Krş. **Tercan,** Tarafların Dinlenmesi, s. 30.

22 **Alangoya,** Dava Temeli, s. 286.

işaret edebileceği için, bu durum tarafsızlığının ihlâli olarak da değerlendirilemeyecektir. Son olarak, avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan Türk hukukunda, hâkimin, sunulan vakıaların soyut hukuk normunun unsurlarını karşılamadığı şeklindeki uyarısı birçok durumda, yeterli hukukî bilgisi bulunmayan taraflar açısından bir anlam taşımayacaktır. Bu nedenle, yargılamanın kişilerin sübjektif haklarının maddî gerçeğe uygun bir biçimde tespiti ve yerine getirilmesi şeklindeki amacı da göz önünde tutulduğunda, hâkimin taraflara somut olarak gerekli uyarıları yapması gerektiği ortadadır. Örneğin, satış sözleşmesi yapıldığı halde bir menkul malın kendisine teslim edilmediği iddiasıyla açtığı davada, davacının satış bedelini ödediğini iddia etmemesi durumunda iddiada eksiklik olacak, hâkim bu eksikliğin giderilmesine işaret edebilecektir. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, dava dilekçesinde davalının kiraladığı dükkânı fena kullandığını iddia eden bir davacının, yargılama sırasında bu konuda önceden ihtar çekmediğini açıklamış olmasının davayı açıklama niteliğinde olduğu ve dava değiştirme sayılmayacağı ifade edilmiştir.[23] Bu bağlamda verilebilecek bir diğer örnek ise, TBK m. 125'te yer alan seçimlik hakları kullanmak isteyen alacaklı bakımından söz konusu olabilir. Kural olarak söz konusu seçimlik haklardan birisini kullanmak isteyen alacaklının, temerrüde düşen borçluya borcunu ifa etmesi için uygun bir süre vermesi gereklidir (TBK m. 123). TBK m. 125'in diğer unsurları dava dilekçesinde yer almış olmakla birlikte, davacının bu şekilde bir süre vermiş olduğu iddiası dilekçesinde yer almamışsa, hâkimin davacıya süre verip vermediğini sorarak bu hususu açıklığa kavuşturması gerekir. Burada bir dava değişikliği de söz konusu değildir.[24]

Ancak, ileri sürülmesi gereken yeni vakıa bağımsız bir vakıa ise, bir diğer deyişle, sonradan ileri sürülen vakıalar dava temelini değiştiriyor ve yeni bir vakıalar zincirinin ortaya çıkmasına yol açıyorsa, bu yeni vakıanın ileri sürülmesi dava değiştirme sayılacağı için, hâkim bu vakıanın tamamlanması konusunda uyarıda bulunamayacaktır.[25] Dava değiştirme anlamına gelecek bir vakıa değişikliğinin Türk hukukunda karşı tarafın rızası veya ıslah yolu ile mümkün olduğu unutulmamalıdır. Böyle bir vakıa değişikliğine hâkim de işaret edemeyecektir. Buna rağmen, hâkim, aydınlatma ödevini yerine getirdiği inancıyla bu şekilde bir dava değişikliğine işaret etmişse, bu, hâkimin reddi için geçerli bir sebep oluşturacaktır.[26]

Aydınlatma ödevinin yerine getirilmesinde iddia ve savunma vasıtaları çerçevesinde kalmaya bir başka örnek olarak, alacağın temliki

---

[23] Yargıtay HGK E. 1960/6-56 K. 1960/38 T. 14.9.1960 (**Kuru,** Usûl, C. II, s. 1719).
[24] Krş. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 238.
[25] Krş. **Alangoya,** İlkeler, s. 108; **Tercan,** Tarafların Dinlenmesi, s. 29.
[26] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 375; **Tercan,** Tarafların Dinlenmesi, s. 29.

dolayısıyla ilk borç ilişkisinin alacaklısının değil, üçüncü bir kişinin borçluya dava açmış olması hali gösterilebilir. Bu durumda davalı, açılan alacak davasında, davacının borç ilişkisinde bulunduğu kişi olmadığını, yani davacının dava takip yetkisi bulunmadığını iddia etmekteyse, hâkim, davacının yargılamanın o aşamasına kadar alacağın kendisine devredildiğine ilişkin açık veya örtülü bir iddiası bulunup bulunmadığına bakmalıdır. Eğer davacı böyle bir vakıa iddiasında bulunmadıysa, hâkim, talep sonucunu haklı çıkarmak üzere davacıya alacağın devrine ilişkin bir belge temin etmesi gerektiğini hatırlatamayacaktır.[27] Ancak, davacının vakıa iddiaları arasında bir devir sözleşmesi yapıldığı anlamına gelebilecek bir iddiası varsa, hâkim, soru sorarak bu şekilde bir iddiası olup olmadığı konusundaki belirsizliği gidermeli, davalının bu vakıayı inkâr ederek alacağın devrinin çekişmeli bir hale gelmesi durumunda da, alacağın devrine ilişkin belgeyi ibraz etmesini davacıdan istemelidir. Çünkü bu belirsizlik giderilmeden hüküm verilmesi halinde, vakıa iddiaları arasında alacağın temlikine de yer verdiği düşüncesinde olan davacı, mahkemenin iddialarını yanlış anladığını, davasının dava takip yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddi neticesinde öğrenebilecektir.[28]

Dava konusu hak gerçekten de üçüncü bir kişiye aitse, dava devam ederken bu üçüncü kişi ile davacı arasında bir alacağın temliki sözleşmesi yapılması gerekecektir. Ancak, böyle bir durumda, davacının açtığı davayı kazanmasını sağlamak üzere, davacıya, üçüncü kişi ile alacağın temliki sözleşmesi yapması ve bu şekilde maddî hukuktaki durumun değiştirilerek davacının davasını kazanabileceği şeklinde bir hatırlatma yapılması aydınlatma ödevinin sınırlarını aşan bir yaklaşım olacaktır.[29]

Vakıa iddialarının eksik olması nedeniyle tamamlanması konusunda hâkim tarafından taraflara uyarıda bulunulması gerekip gerekmediğine ilişkin bir diğer tartışma, adam çalıştıranın özen sorumluluğunun ihlâlinden kaynaklanan bir maddî tazminat davasında hâkimin, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini iddia etmeyen davalıya, kurtuluş beyyinesi ileri sürmek isteyip istemediğini sormasıdır. Bir görüşe göre, hâkim, normal koşullarda böyle bir davada savunma olarak ileri sürülecek kurtuluş beyyinesinin adam çalıştıran veya vekili tarafından unutulmuş olabileceği düşüncesiyle, bu savunmayı yapmak isteyip istemediğini davalıya hatırlatmalıdır. Bu, vakıa iddialarının tamamlanmasının bir parçasıdır. Hâkimin hatırlatması bakımından davalının savunmalarında örtülü de olsa bu beyyineye

---

27 MüKo ZPO/Wagner, m. 139, kn. 34; Schelhammer, kn. 416.

28 **Dittmar,** s. 56; **Laumen,** s. 218.

29 OLG Frankfurt NJW 1970, s. 1884. Bu karar hakkında eleştirel görüşler için bkz. **Schneider,** NJW 1970, s. 1885; **Wassermann,** s. 174 vd.

dayanmış olmasına da gerek yoktur.[30] Buna karşılık ifade edilen diğer bir görüşe göre ise, burada vakıa iddialarının tamamlanmasına ilişkin bir durum söz konusu değildir. Davalının savunmaları arasında zımnen de olsa kurtuluş beyyinesi anlamına gelebilecek bir iddia bulunmuyorsa, hâkim, davalıya bu beyyineyi ileri sürmek isteyip istemediğini soramayacaktır.[31] Kanaatimce de bu ikinci görüş doğrudur. Çünkü hâkim, aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafların hangi anlama geldiği şüpheli olan beyanlarının tam olarak ne anlama geldiği konusunu açıklığa kavuşturabilir. Ancak hâkimin tarafların herhangi bir şekilde değinmedikleri vakıa iddiaları konusunda onlara yol göstermesi ve bu imkândan faydalanmak isteyip istemediklerini benzer davalarda bu savunmanın yapılıyor olması gerekçesiyle hatırlatması aydınlatma ödevinin bir parçası olmadığı gibi, hâkimin tarafsızlığı ile de bağdaşmamaktadır.

Sonuç itibariyle, sonradan ileri sürülen bir vakıanın dava dilekçesinde davanın dayanağı olarak gösterilen temel vakıaya dâhil sayılabilmesi için, bu vakıayı tamamlayıcı, açıklayıcı ve aydınlatıcı nitelikte olması, dava dilekçesindeki temel vakıa ile çelişmemesi ve bu vakıanın mahiyetine yabancı bulunmaması gerekmektedir. Tüm bu durumlarda, hâkim, aydınlatma ödevi gereğince vakıa iddialarındaki eksiklik ve belirsizliklerin giderilmesini taraflardan isteyebilecektir.[32]

1. Hâkimin İtiraz ve Def'ileri Hatırlatma Ödevi Var mıdır?

Hâkim, aydınlatma ödevi çerçevesinde, davanın taraflarına itiraz ve def'ileri hatırlatabilecek midir? Burada öncelikle, bir irade beyanında bulunmakla geçerlilik kazanan ve geçerlilik kazanması için herhangi bir irade beyanında bulunmaya gerek olmayan itiraz sebepleri arasında ayrım yapmak yerinde olacaktır. Bir irade beyanına gerek olmaksızın geçerlilik kazanan şekle aykırılık, ifa, fiil ehliyetinin bulunmaması gibi itiraz sebeplerinin tarafların sunduğu dava malzemesi içinde yer alması halinde, hâkim bunları re'sen göz önüne almak zorundadır. Dava malzemesinde bu itiraz sebeplerinin varlığı hakkında tereddüte yer bırakacak hususlar varsa, aydınlatma ödevi gereği, hâkimin taraflara soru sorarak bu hususları açıklığa kavuşturması gerekecektir.[33]

Kuşkusuz taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu bir usûl hukuku sisteminde dava malzemesini yargılamaya getirmek tarafların ödevidir. Hâkimin, tarafların o ana kadar mahkemeye getirdikleri dava malzemesinden anlaşılmayan bir itiraz veya def'iyi hatırlatması, hâkimin taraflardan birine yol göstermesi anlamına geleceği için bir ret sebebidir. Ancak, tarafların getirdiği

---

30 **Peters,** s. 116 vd.; benzer görüşte **MüKo ZPO/Wagner,** m. 139, kn. 22 vd., 37.
31 **Musielak/Stadler,** m. 139, kn. 9; **Rensen,** s. 180 vd.
32 Krş, **Kuru,** Usûl, C. II, s. 1721.
33 **Nowak,** s. 71.

dava malzemesinden bir itiraz sebebi olduğu açıkça anlaşılmamakla beraber, bir itiraz sebebi olabilecek vakıalar örtülü olarak ileri sürülmüşse, örneğin davalı, davacının da bana şu kadar borcu var demekle aslında takas anlamına gelebilecek bir beyanda bulunmuşsa, hâkim, tarafa, beyanının ne anlama geldiğini, bir başka ifade ile takas hakkını kullanıp kullanmadığını sormalıdır. Bir kez daha hatırlatmak gerekir ki, hâkimin bu hatırlatmada bulunması, bir itiraz sebebinin varlığının sunulan dava malzemesinden bir ölçüde de olsa anlaşılması halinde mümkün olacaktır. Aksi halde hâkim, tarafsızlığını ihlâl etmiş olacaktır.[34]

Geçerlilik kazanması için irade beyanında bulunulmasını gerektiren itiraz sebeplerine bakılacak olursa, burada da öncelikle "yenilik doğuran hak" kavramına değinmek yerinde olacaktır. Özel bir hukukî duruma istinaden hak sahibine tek taraflı irade beyanında bulunarak hukukî bir sonuç meydana getiren yetki yenilik doğuran hak olarak adlandırılmaktadır. Bu haklar, sahibine, bir hukukî ilişkiyi kurma (kurucu yenilik doğuran hak), üzerinde değişiklik yapma (değiştirici yenilik doğuran hak) veya ortadan kaldırma (bozucu yenilik doğuran hak) imkânı vermektedir.[35] Kural olarak yenilik doğuran hakların kullanılabilmesi için bir dava açmaya gerek yoktur. Bu durumda, yenilik doğuran hakların şartları gerçekleşmişse, diğer tarafa ulaşması gerekli bir irade beyanı ile bu haklar gerçekleşir. Ancak, karşı tarafın yenilik doğuran bir beyanın geçerliliğine ilişkin itirazı varsa, bu hakkı kullanmak isteyen kişi bir tespit davası açabilir.[36] Konumuzla ilgili olan yenilik doğurucu haklar bozucu yenilik doğurucu haklar olan fesih, rücû ve iptaldir. Fesih, geçerli olarak kurulmuş bir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir nedenle ileriye etkili olmak üzere sona erdirilmesi (örneğin kira sözleşmesinin, kira ilişkisinin devamını taraflardan birisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda feshedilmesini düzenleyen TBK m. 331); sözleşmeden dönme, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması (satış sözleşmesinde, satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcının temerrüde düşmesi halinde satıcının sözleşmeden dönebileceğine ilişkin TBK m. 235/1); iptal ise, sözleşmenin geçerlilik unsurlarının tarafların yararı için arandığı durumlarda, bunların eksikliğinin belli bir süre içinde taraflarca ileri sürülmesi[37] (örneğin gabinde zarar görenin sözleşme ile bağlı olmama hakkını düzenleyen TBK m. 28, sözleşme kurulurken esaslı hataya düşen tarafın iptal hakkını düzenleyen TBK m. 30) anlamlarına gelmektedir.[38] Alman hukukunda

[34] Stürner, kn. 76; Schelhammer, kn. 416.
[35] Oğuzman/Barlas, kn. 555 vd.; von Tuhr, s. 23.
[36] Von Tuhr, s. 25; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 470.
[37] 6098 sayılı TBK'da "bağlı olmama" olarak ifade edilmiştir.
[38] **Kılıçoğlu,** s. 87 vd.

bir görüşe göre, fesih, iptal, sözleşmeden dönme gibi yenilik doğuran hakların şartlarının oluştuğunu dava dosyasından anlayan hâkim, söz konusu hakkın gerçekleşmesi için sadece tarafın bu konudaki irade beyanı eksikse dahi, bu haktan yararlanacak tarafa, irade beyanında bulunması gerektiğini hatırlatamayacaktır.[39] Buna karşılık, dava malzemesinden yenilik doğuran hakkın varlığı anlaşılmakla beraber, bu hakkın kullanımına ilişkin bir irade beyanı bulunmasa bile, hâkimin tarafa irade beyanında bulunması gerektiğini hatırlatması görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır.[40] Bu yazarlara göre, aksi halde, taraflardan biri, inşaî hakkına ilişkin irade beyanında bulunması gerektiğini bilmemesi nedeniyle davayı kaybedecek ve diğer taraf haksız bir biçimde davayı kazanacaktır. Bu da hakkaniyet duygusuna aykırı olacaktır. Çünkü burada söz konusu olan dava dosyasına usûlüne uygun bir şekilde girdikten sonra hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir itirazdır.[41] Hâkimin bu konuda uyarıda bulunmayarak hak kaybına göz yumması, tarafın sunduğu itirazı oluşturan koşulların dikkate alınmamış olduğunu gösterir. Bu durumda hâkim vakıa iddialarındaki eksikliğin giderilmesi amacıyla uyarıda bulunmazsa, dava malzemesinin bir kısmını dikkate almadan karar vermiş olacaktır. Hâlbuki tarafların vakıa iddialarının hukukî sonuçları hakkında onları bilgilendirmek hâkimin görevidir. Hukuku uygulamak hâkimin görevi olduğu için, hâkim davanın taraflarını hakları konusunda aydınlatmalıdır. Burada hâkimin yaptığı, taraflara yeni bir savunma vasıtası temin etmek değil, diğer koşulları oluşmuş bir savunma vasıtasının etkin hale gelebilmesi için gerekli olan usûlî yolu göstermektir.[42]

Kanaatimce, Türk hukuku bakımından ilk görüş tercihe şayandır. Çünkü iptal hakkına ilişkin irade beyanı mevcut olmadıkça hâkim sakatlığı re'sen dikkate alamaz.[43] Hâkimin, aydınlatma ödevi kapsamında, geçerliliği için ilgili tarafın irade beyanında bulunması gereken bir itiraz sebebinin varlığı halinde, irade beyanı eksikliğine işaret ederek bu eksikliğin giderilmesini sağlama şeklinde bir görevi de bulunmamaktadır. Bu şekilde bir hatırlatma hâkimin tarafsızlığını da ihlâl edecektir.

a) Takas Bakımından Değerlendirme

Takas, birbirine karşı aynı tür alacağa sahip kişilerden birinin tek taraflı irade beyanı ile bu alacakları az olanı tutarında sona erdirmesi olarak tanımlanmaktadır.[44] Hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, daha önce

[39] Stürner, kn. 77; Musielak/Stadler, m. 139, kn. 9.
[40] **Hermisson,** s. 2561; **Peters,** s. 134; **Laumen,** s. 221.
[41] Hermisson, s. 2561.
[42] **Peters,** s. 134; **Nowak,** s. 72; **Laumen,** s. 221; **MüKo ZPO/Wagner,** m. 139, kn. 36.
[43] **Oğuzman/Öz,** s. 120.
[44] **Oğuzman/Öz,** s. 584.

kullanılmayan bir takas hakkına işaret edip edemeyeceğine bakıldığında, hâkim, davalı tarafın takas hakkı bulunduğunu dava dosyasından anlamış, ancak davalı cevap dilekçeleriyle bu hakkını kullanmak istediğini beyan etmemişse, takas hakkını dikkate alamaz. Çünkü kullanılmayan takas hakkı itiraz etkisi doğurmaz.[45] Nihayetinde takas, borcu sona erdiren bir itiraz sebebidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tarafın sunduğu dava malzemesinde takasa ilişkin bir bilginin var olup olmadığı ve ilgili tarafın takas hakkından yararlanmak istediğini örtülü de olsa beyan edip etmediğidir. Vakıa iddialarında kendisinin de karşı taraftan aynı cinsten alacağı olduğunu, bu yüzden borcunu ödemediğini ileri süren taraf aslında takasın koşullarının yerine gelmiş olduğunu ifade etmekte, ancak henüz takas konusunda irade bildiriminde bulunmamaktadır. Hâkim, bu halde, tarafa takas hakkını kullanmak isteyip istemediğini sorarak söz konusu belirsizliği gidermelidir.[46] Hâkimin, davalı tarafın takas konusunda örtülü de olsa bir irade beyanında bulunmuş olup olmadığına bakmaksızın, dava malzemesinden davalının takas hakkı bulunduğunu anlaması durumunda bunu hatırlatması gerektiği görüşü doğru değildir.[47] Bu durumda hâkim tarafsızlığını ihlal etmiş olacaktır. Çünkü aydınlatma ödevi çerçevesinde hâkimin yapması gereken, davaya yeni itiraz ve def'ilerin sunulmasını sağlamak değil, tarafların sundukları vakıaların o tarafın iradesine uygun bir şekilde biçimlenmesine yardım etmektir. Bu da, tarafın vakıa iddiaları arasında yer almayan takas beyanını kullanmak isteyip istemediğinin sorulması suretiyle olmayacaktır. Kaldı ki, takas hakkının kullanılmaması nedeniyle açılan davayı davacının kazanmış olması, takasa konu hakkı ortadan kaldırmamaktadır. Yani bu hak, ilk davanın davacısına karşı açılacak yeni bir dava ile de talep edilebilir.[48] Ancak tarafın takas hakkını kullanmak isteyip istemediği konusunda belirsizlik bulunuyorsa veya takas konusundaki beyanını uygun bir hukukî ifade ile yapmadığı anlaşılmakta ise, aydınlatma ödevi gereği bu ifadenin takas anlamına gelip gelmediği sorularak taraf iradesi açıklanmaya çalışılmalıdır.[49]

b) Zamanaşımı Bakımından Değerlendirme

Öncelikle zamanaşımının hukukî niteliğine bakılacak olursa, bu kurumun, takastan farklı olarak, alacak hakkını değil, belli bir süre geçmiş olması koşulu ile dava ve takip hakkını sona erdirdiği tespiti yapılmalıdır.[50] Bu kurumun kabul edilme nedeni ise alacaklı ve borçlu bakımından farklı sebeplere dayanmaktadır. Alacaklı açısından bakıldığında, kanun koyucu, alacaklının

---

45 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 538.
46 Peters, s. 87; Stein/Jonas/Leipold, m. 139, kn. 54; Prütting/Gehrlein/Mannebeck, m. 42, kn. 31; Reischl, s. 113.
47 Bu görüşte **MüKo ZPO/Wagner,** m. 139, kn. 36; **Laumen,** s. 221; **Nowak,** s. 72.
48 Hermisson, s. 2561.
49 Schelhammer, kn. 416.
50 Kılıçoğlu, s. 845.

alacağı konusunda aktif olmasını istemiş ve alacağını tahsil etmek için uzun bir süre uğraşsız bir şekilde beklemesinin önüne geçmek istemiştir. Borçlu açısından bakıldığında ise, doğumunun üzerinden çok uzun bir süre geçmiş bir borcu dolayısıyla talepte bulunulması halinde, bu borcu ödeyip ödememe noktasında borçluya bir seçim hakkı tanınmış, bu şekilde hukukî güvenlik ilkesinin tesis edilmesine çalışılmıştır. Ayrıca, uzun bir süreden sonra o borcun gerçekten var olup olmadığının ispatlanması da, bu konudaki delillerin yok olması veya artık elde tutulmaması nedeniyle güçleşecektir. Zamanaşımı kurumu kabul edilmemiş olsa idi, bazı borçluların borcu ödediklerini gösterir belgeleri muhafaza etmemeleri sebebiyle aynı borcu ikinci defa ifa etmeleri durumu da ortaya çıkabilecekti.[51] Kanun koyucu, sayılan bu nedenlerle zamanaşımı kurumunu kabul etmiş, diğer yandan da, zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyeceğini hükme bağlamıştır (TBK m. 78/2). Çünkü zamanaşımına uğramış bir borcun ifası geçerli bir borcun ifası olup, borç olmayan şeyin ifası olarak değerlendirilemez.[52] Bu konuda göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus da, zamanaşımının ileri sürülmedikçe hâkim tarafından dikkate alınamamasıdır (TBK m. 161).[53] Ancak, davalının, "bu kadar uzun zaman geçtikten sonra bu alacağın tarafımdan istenememesi gerekir" şeklindeki bir beyanı acaba hâkimin kendisine zamanaşımı def'ini hatırlatmasını gerektirir mi? Bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, zamanaşımı def'inin öne sürüldüğünün kabul edilebilmesi için "zamanaşımı" sözcüğünün kullanılması zorunlu değildir.[54] Davalı vekilinin hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddini talep ettiği bir başka davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu beyanın, artık zaman geçtiği için davanın dinlenemeyeceği anlamına geldiği, bunun da yorum kuralları gereği zamanaşımı def'i olarak yorumlanması gerektiği, çünkü olaya uygulanacak kanun hükmünün hangisi olduğunu tespit etmenin hâkimin görevi olduğu şeklinde karar vermiştir.[55]

---

51 Krş. **Oğuzman/Öz,** s. 602; **Kılıçoğlu,** s. 846.

52 Oğuzman/Öz, s. 603.

53 Alman hukukunda da sadece zamanaşımının gerçekleştiğine ilişkin vakıaların mahkemeye sunulmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda bu vakıalara dayanılarak bir hakkı yerine getirmekten kaçınma iradesinin bildirilmesi gerektiği hakkında bkz. **Wernecke,** s. 332.

54 Yargıtay 13. HD E. 1982/8879 K. 1983/1508 T. 04.3.1983 (Hukuktürk).

55 Yargıtay HGK E. 1962/1-14 K. 1962/35 T. 17.10.1962 (**Üstündağ,** İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, s. 75, dn. 146a). Belirtmek gerekir ki, bu kararda yorum ilkelerinden hareket edilerek zamanaşımı savunması yapıldığının kabul edilmesi taraf egemenliğine dayalı hukuk yargılamasına aykırıdır. Hâkimin yapması gereken, tarafın yerine geçerek bir def'iyi ileri sürmek veya geçerli kılmak değil, savunmasının zamanaşımı anlamına gelip gelmediğini davalıya sorarak bu hususu açıklığa kavuşturmaktır. Kaldı ki, somut olayda davalı davayı bir vekil aracılığıyla takip etmektedir. Bir avukat, hak düşürücü süre ile zamanaşımı arasındaki farkı bilebilecek durumdadır. Avukatın yapmadığı savunmayı hâkim onun yerine geçerek yapamaz.

Davalı, savunmasında açık veya dolaylı şekilde aradan zaman geçmiş olması nedeniyle alacak hakkının dava edilebilmesinin imkânsızlaştığı ve bu nedenle davanın reddi gerektiğini belirtmiş ise, hâkimin davalıya irade açıklamasının ne anlama geldiği, bir diğer deyişle zamanaşımı def'inde bulunup bulunmadığını sorması aydınlatma ödevinin bir gereğidir.[56]

Aydınlatma ödevi, hâkimin genel olarak taraflara danışmanlık hizmeti verdiği, unuttukları veya önemsemedikleri iddia ve savunma vasıtalarını yargılamaya dâhil etmelerini sağlayacak bir ödev olarak anlaşılamaz. Bu ödev, maddî ve hukukî açıdan belirsizlik taşıyan noktaların aydınlatılmasına ve tarafların kendilerini daha iyi ifade etmelerine, belirsizlik taşıyan taleplerinin somutlaştırılmasına hizmet eder. Bu nedenle, davalının zamanaşımı anlamına gelebilecek bir beyanı söz konusu değilse hâkim de davalıya hatırlatmada bulunamaz. Bu, aynı zamanda maddî hukukla uyumlu bir sonuçtur. Her ne kadar bir savunma vasıtasının itiraz veya def'i olarak düzenlenmiş bulunması tarihî nedenlere dayanmakta ise de, burada kanun koyucunun takdir hakkına saygı duymak gerekmektedir. İtirazlar dahi, ancak itiraz konusu vakıaların usûlüne uygun bir biçimde dava dosyasına girmiş olmaları halinde hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulabilir. Zamanaşımı ise bir itiraz olarak değil, def'i olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, def'iler hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflara hatırlatılamaz. Böyle bir hatırlatma hâkimin tarafsızlığını ihlâl anlamına gelecektir.[57]

Sonuç itibariyle, zamanaşımı def'i cevap veya ikinci cevap dilekçelerinde ileri sürülmemişse hâkim zamanaşımı def'ini davalı tarafa hatırlatamaz. Bu dilekçelerde davalının zamanaşımı anlamına gelebilecek bir beyanı söz konusu ise, hâkimin bu beyanın ne anlama geldiği konusunda davalıya soru yöneltmesi aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Özellikle avukatla temsil edilmeyen ve hukukî bilgisi yeterli olmayan bir davalıya bu soru sorulmayarak beyanını zamanaşımı olarak dikkate almamak, kişi örtülü de olsa bu def'iye dayanmış olduğu için maddî gerçeğe uygun bir karar verilmemesine ve usûlî fırsat eşitliğinin tesis edilmemesine yol açacaktır. Çünkü bu beyan zamanaşımına yönelik bir irade açıklaması olarak anlaşılacak olursa, zamanaşımının gerçekleşme koşulu olarak TBK m. 161'de yer alan, borçlunun zamanaşımını ileri sürmüş olması hususu da yerine gelmiş sayılacak, ancak bu beyanın ne anlama geldiği hâkimin soracağı soru ile açıklığa kavuşturulmayıp söz konusu beyan dikkate alınmadan hüküm kurulursa, maddî gerçeğe uygun olmayan bir karar verilmiş olacaktır.

[56] Krş. **Meriç,** Zamanaşımı, s. 687 vd.
[57] Krş. **Yılmaz,** Şerh, s. 415.

B) Deliller Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Deliller bakımından aydınlatma ödevi konusunda, önemli bir kısmı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da uygulama alanı bulan şu tespitler yapılabilir: Deliller konusunda aydınlatma ödevi hem davacı hem de davalı bakımından önemli bir etkiye sahip olabilir. Şöyle ki, taraflar, hukukî uyuşmazlığın çözümü noktasında önem arz eden çekişmeli bir iddiada bulunmuş olup, bu iddianın ispatı için gerekli olan delilleri ibraz etmemiş olabilir. Bir diğer olasılık da, tarafın delil ibraz etmiş olması, ancak ibraz edilen delilin mahkemenin kanaatine göre bahse konu çekişmeli vakıayı ispat etmeye yeterli olmamasıdır. Kuşkusuz, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimin kendiliğinden delil araştırması anlamına gelmemektedir. Taraflarca getirilme ilkesi gereği, davada ispatı gereken vakıalara ilişkin deliller davanın taraflarınca yargılamaya getirilmelidir. Ancak, tarafların getirdiği delillerle iddia ve savunmaları kanıtlanamıyorsa, hâkim gerekli olan delillerin gösterilmesini istemelidir. İki tarafın iddiaları buradaki sınırı belirler.[58]

HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde deliller açısından aydınlatma ödevi hâkimin davanın her aşamasında, iki tarafın iddiaları çerçevesinde gerekli delillerin ibrazını emredeceğini öngören HUMK m. 75/3'te, hâkimin, davanın ispatı için delil ikamesi gerekiyorsa bunları açıklayacağını ve iki tarafa münasip bir mühlet vereceğini düzenleyen HUMK m. 217/2'de ve mahkemenin, gerekli gördüğü takdirde tahkikat hâkimi tarafından dinlenen şahit ve bilirkişiyi tekrar celp ve isticvap edeceğini ve iki tarafın tahkikat hâkimi huzurunda ileri sürdükleri hususların yeni deliller ile ispat edilmesine karar verebileceğini hükme bağlayan HUMK m. 378'de düzenlenmişti.[59]

HUMK döneminde hâkime deliller bakımından verilen yetkinin doktrinde ele alınışına bakıldığında, bu yetkinin ilk olarak gerçeğe ulaşmaya hizmet ettiği ifade edilmektedir. Bu şekilde hâkimin gerçeğe uygun bir hüküm temeli elde etmesine yardımcı olunmaktadır. Bu yetkinin ayrıca sosyal bir niteliği vardır. Hâkim böylece hukukî bilgisi yeterli olmayan tarafa yardımcı

---

58 **Yılmaz,** Şerh, s. 362 vd.

59 **Alangoya,** haklı olarak HUMK m. 378'in tek hâkimli mahkemelerde de uygulanacağını belirterek, aksine bir çözümü haklı gösterecek herhangi bir menfaat bulunmadığını, böyle bir sonucun hem HUMK m. 75/2'ye, hem de sürpriz karar yasağına aykırı olacağını ifade etmektedir. Buna göre, tek hâkimli mahkemelerde de, ispatsızlık halini bildirerek yeni deliller getirilmesi istenmeden tahkikat sona erdirilemez (**Alangoya,** İlkeler, s. 169; **aynı yazar,** Dava Temeli, s. 292). Bu hükmün sadece toplu mahkemelerdeki yargılamalarda uygulanıp, tek hâkimli mahkemelerde uygulanamayacağı yönünde bir görüş için bkz. **Kuru,** Usûl, C. III, s. 2943 vd. Yazara göre, tek hâkimli mahkemelerde tarafların yeni delil gösterebilmeleri ancak HUMK m. 244 hükmüne göre ve tahkikat safhasında mümkündür. Bu nedenle, tek hâkimli mahkemelerde tahkikatın genişletilmesine karar veren hâkim tarafların yeni delil göstermelerine kural olarak izin veremez. Toplu mahkemelerde bile bu hüküm ihtiyatla uygulanmalıdır (**Kuru,** Usûl, C. III, s. 2944, 2992).

olmakta ve devlet de taraflar arasındaki fiilî eşitliğin sağlanmasına gayret etmiş olmaktadır.[60] Bu yetki kapsamında hâkimin, tarafların gösterdikleri delillerin yeterli olmaması durumunda onların yeni delil göstermelerini isteme yetkisi bulunduğu ve dava dosyasına usûlüne uygun bir şekilde girmiş bulunan hususlara ilişkin de re'sen delil celp edebileceği ifade edilmiştir.[61]

HUMK m.75/3'ün hâkime nasıl bir yetki verdiği konusunda ise doktrinde farklı görüşler mevcuttu. Bir görüşe göre, hâkimin, taraflardan delil dermeyan etmelerini isteme yetkisi bulunmakla birlikte, belirli bir delile işaret etme yetkisi bulunmamaktaydı. Buna göre, deliller konusunda hâkimin yetkisi, tarafların sunduğu dava malzemesi ile sınırlı idi.[62] Bununla birlikte hâkim, bir vakıanın ispat edilememiş olması halinde ispat yükü kendisine düşen tarafa başka delili olup olmadığını sorabilmeli, dava dosyasına usûlüne uygun biçimde girmiş olan delilin de gösterilmesini isteyebilmeliydi.[63] Buna karşılık ileri sürülen görüşe göreyse, HUMK m. 75/3 düzenlemesi hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir parçası olup, bu hükümle delillerin toplanması bakımından hâkim yetkilendirilmiştir. Hâkimin ispatı gereken vakıanın henüz ispatlanmadığını tarafa ifade etmesi ve yeni deliller getirilmesi gereğini bildirmesi zaten HUMK m. 75/2 ve sürpriz karar yasağının gereğidir. Bunun için HUMK m. 75/3'e gerek yoktur. Kaldı ki, HUMK m. 217 ve 378 hâkime zaten bu yönde görev ve yetki vermiştir. Son olarak, mehaz kanunda da hâkimin re'sen delil temini yolunda yetkilendirildiği hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, o zamana kadar yargılamaya getirilmemiş olan deliller hâkim tarafından emrolunabilmelidir. Burada amaç vakıaların gerçekliğinin en iyi şekilde ortaya çıkarılması olup,[64] HUMK m. 75/3'te yer alan "iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olmak üzere" ifadesi, hâkimin bu konudaki yetkisini sınırlamaktadır. Bu ifade doğrultusunda hâkim söz konusu yetkiyi iki tarafın iddiaları sınırları içerisinde kullanacaktır. Bu sınırlama bir yandan hâkimin re'sen delil araştıramayacağı şeklinde anlaşılacak, öte yandan ise, hâkimin re'sen delil celbedebilmesi için, ileri sürülmemiş olmakla birlikte söz konusu belirli delillere işaret eden ve usûlüne uygun olarak dosyaya girmiş bulunan dayanak noktalarının bulunması gerekecektir.[65]

---

60 **Alangoya,** İlkeler, s. 168 vd.

61 **Alangoya,** İlkeler, s. 175; **Tercan,** Tarafların Dinlenmesi, s. 31.

62 **Üstündağ,** Die Sammlung des Prozesstoffs, s. 754; **Kuru,** Usûl, C. II, s. 2022.

63 **Kuru,** Usûl, C. II, s. 2022. Ancak **Kuru** öte yandan, dava dosyasına usûlüne uygun biçimde girmiş bulunan faturadan anlaşılan kişilerin ve senedin sahteliğinin iddia edilmesi halinde senette imzası bulunan kişilerin mahkemece re'sen tanık olarak dinlenmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir (**Kuru,** Usûl, C. II, s. 2023).

64 **Alangoya,** İlkeler, s. 162 vd.; **aynı yazar,** Dava Temeli, s. 291 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 288 vd.

65 **Alangoya,** İlkeler, s. 175; **aynı yazar,** Dava Temeli, s. 293 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 290.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise, Yargıtay'ın HUMK m. 75/3'ü gerekçe göstererek, dava dosyasına usûlüne uygun biçimde girmiş olan belgelerde adı geçenlerin, mahkemece, kendiliğinden tanık olarak dinlenebileceğine ilişkin kararlar verdiği görülmektedir.[66] Hukukî uyuşmazlıkla ilgili olarak düzenlenmiş tutanaklar, dava dosyasına usûlüne uygun bir şekilde iddia ve savunma vasıtası olarak girmiş olmaları kaydıyla uyuşmazlığın aydınlatılması için mahkemece getirtilmelidir. Bunun için tarafların istekte bulunmuş olması şart değildir.[67] Yine bir senedin sahteliğinin iddia edilmesi durumunda, senette tanık olarak imzası bulunan kimseler mahkemece re'sen dinlenebilir.[68] Yani, yargılamaya usûlüne uygun bir şekilde sunulmuş iddia ve savunma vasıtalarında, re'sen başvurulacak delillere işaret eden dayanak noktaları mevcutsa, hâkim bu delillere re'sen başvurabilecektir. Dosyadan anlaşılamayan delillere ise hâkimin re'sen başvurması mümkün olmayacaktır. Davacı ve davalının sunduğu deliller hukukî uyuşmazlığı çözmeye yetmiyorsa, hâkim, iki tarafın iddia sınırları içinde kalmak kaydıyla gerekli olan delillerin gösterilmesini isteyebilir.[69] Taraflar, iddia ettikleri vakıalar hakkında eksik delil göstermişlerse, hâkimin müdahalede bulunarak delillerin tamamlanmasını istemesi gerekir.[70] Yargıtay bir başka kararında, taraflara delillerinin sorulmamasını ve delil ibraz etmeleri imkânı tanınmamasını savunmayı

---

66 Yargıtay 4. HD E. 2002/7810 K. 2002/12411 T. 06.11.2002 (Kazancı); Yargıtay 4. HD E. 2003/2424 K. 2003/6935 T. 26.5.2003 (Kazancı).

67 Yargıtay 4. HD E. 2003/2424 K. 2003/6935 T. 26.5.2003 (Meşe İçtihat). Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasıyla açılan bir manevî tazminat davasında, davalının bu konuda bir talebi olmasa da, haberin dayanağı olduğu anlaşılan MİT raporunun getirtilmesi gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 4. HD E. 2000/11832 K. 2000/10914 T. 30.11.2000 (Hukuktürk). Burada bugünkü uygulama bakımından akla HMK m. 195 gelmektedir. Ancak bu madde metninden, ilgili resmî makam ve üçüncü kişilerin ellerinde bulunan delillerin getirtilmesine karar verilmesi için tarafların bu delillere dayanmış olmaları gerektiği anlaşılmaktadır.

68 Yargıtay 13. HD E. 1979/3947 K. 1979/4118 T. 12.10.1978 (**Kuru,** Usûl, C. II, s. 2136, dn. 206). Kıdem tazminatına ilişkin bir davada davalı tarafından ibraz edilen ibranamenin altında imzası bulunan kişilerin tanık olarak dinlenmesi gerektiği hakkında bir karar için bkz. Yargıtay 9. HD E. 2001/797 K. 2001/13909 T. 18.9.2001 (Hukuktürk).

69 Alangoya, İlkeler, s. 175 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 290; Yılmaz, Şerh, s. 362 vd.

70 Yargıtay 18. HD Kat Mülkiyeti Kanunu'na ilişkin bir davada, ortak yerlerden olan kapıcı dairesinde oturan kişinin kim olduğu, kapıcılık hizmeti verip vermediği, onunla kira sözleşmesi yapılıp yapılmadığı ve kira bedeli alınıp alınmadığı hususlarının araştırılmadığı, davaya konu taşınmazın kapıcı dairesinde oturan kişinin usûlüne uygun olarak çalıştırılan kapıcı veya kira akdine dayalı kiracı mı olduğu hususlarının taraflardan delilleri sorulup araştırılarak hüküm verilmesi gerektiğine karar vermiştir (E. 2009/7318 K. 2010/522 T. 25.1.2010, Meşe İçtihat). Ölünceye kadar bakma akdine dayanan bir davada, ancak kendi borcunu yerine getiren bakma sorumlusunun sözleşmeyi yerine getirmeyi istemek hakkı olacağına, bu nedenle bakma borcunun yerine getirildiği hakkında davacıdan delil istenmesi gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 14. HD E. 1974/504 K. 1974/493 T. 13.3.1974 (Meşe İçtihat). Sunulan delillerin davacının dayandığı tapunun nereyi kapsadığını tespit etmeye yetecek nitelikte olmaması halinde, davacıdan şahitleri ve başka delilleri sorularak tapunun nereye ait olduğunun tespit edilmesi gerektiği hakkında bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK E. 1951/118, K. 1951/115 T. 11.7.1951 (**Umar,** s. 429).

kısıtlayan ve hükmün sonucunu etkileyen önemli bir usûl hatası olarak nitelendirmiştir.[71] Yine hangi delillerin gösterildiği konusunda "ve sair deliller", "diğer kanunî deliller" gibi ifadeler nedeniyle belirsizlik bulunuyorsa, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu belirsizliğin giderilmesi için taraflardan hangi delillere dayandıkları konusunda açıklama yapmalarını istemesi gerekir. Ancak, bu durumda hâkim, tarafa özellikle yemin deliline başvurabileceğini hatırlatmalıdır.[72]

İspat yükü kendisine düşmeyen tarafça da iddia edilen vakıanın aydınlatılması için delil gösterilmiş ve gösterilen deliller ile vakıalar yeteri kadar aydınlanmışsa ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, gösterilen deliller iddia edilen vakıalar hakkında hâkime tam bir kanaat vermemişse, ispat yükünün kimde olduğunun tespiti önem arz edecektir.[73] Bu durumda hâkim, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü açıklamalı ve o taraftan uyuşmazlık konusu vakıayı ispat etmesini istemelidir.[74] Hâkim, ispat yükünü yanlış tespit etmiş ve yargılama devam ederken bu hatasını anlamışsa, hangi tarafın hangi vakıayı ispat etmesi gerektiğini taraflara bildirmeli, bu konuda tarafları uyarmalıdır. Çünkü ispat yükünün yanlış tespit edilmiş olması bir usûl hatasıdır.[75] Yargıtay bir kararında, yapılan bir basın açıklaması nedeni ile kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu iddiasıyla açılan bir manevî tazminat davasında, kişilik haklarına saldırı içeren sözlerin davalılar tarafından söylenip söylenmediği konusunda ilk derece mahkemesinin hiç bir delil toplamadığını, hâlbuki HUMK m. 75/3 gereği hâkimin bir vakıanın

---

71 Yargıtay 2. HD E. 2000/5003 K. 2000/6679 T. 22.5.2000 (Hukuktürk).

72 Örneğin Yargıtay 13. HD E. 2004/10203 K. 2005/1185 T. 01.2.2005 (Kazancı); Yargıtay 15. HD E. 2010/5473 K. 2011/6415 T. 02.11.2011 (Kazancı). **Kuru,** HUMK bakımından bu uygulamayı doğru bulmaktadır. Yazara göre, iddiasını veya savunmasını başka delillerle ispat edememiş tarafa yemin teklif etme hakkının hatırlatılması gereklidir. Çünkü taraflar iddialarını önce başka delillerle ispatlamaya çalışırlar. İspat edemezlerse, son çare olarak başarı şansı çok düşük olan yemin deliline başvurmak istenmesi, tarafın iddia veya savunmasını ispat etmeye çalışmasındaki davranışına dâhildir (**Kuru,** Usûl, C. II, s. 2503; sonuç olarak benzer görüşte **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 346). **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** sadece tarafların göstermesi durumunda başvurulabilecek delillere bu şekilde başvurulmasının ne HUMK ne de HMK bakımından mümkün olduğu kanaatindedir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 506 vd.; HMK bakımından benzer şekilde **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s. 407).

73 Kuru, Usûl, C. II, s. 1972 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 354 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 310; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 676 vd.

74 **Kuru,** Usûl, C. II, s. 1973 vd. Haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat davasında zarar görenin ancak haksız fiil nedeniyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlularından isteyebileceğine, karşı taraftan tahsili istenen tazminatın bir bölümünün davacının kendi çalıştırdığı işçilere ve araç sürücülerine ödediği ücretler ile araçların yakıt giderlerine, bir başka deyişle genel idare giderlerine ilişkin olduğunun anlaşıldığına, hâlbuki bu giderler kural olarak haksız fiil meydana gelmeseydi dahi yapılacak giderler olduğuna, bu nedenle eğer hasarın giderilmesi için özel olarak bu giderler yapılmış ise mahkemenin bunların kanıtlanması için davacı tarafın delillerini sorup saptaması gerektiğine ilişkin bir karar için bkz. Yargıtay 7. HD E. 2009/8423 K. 2010/1773 T. 30.3.2010 (Meşe İçtihat).

75 **Kuru,** Usûl, C. II, s. 1974, dn. 19.

ispatlanamamış olması durumunda, ispat yükü kendisine düşen tarafa başkaca delili olup olmadığını sorması gerektiğine hükmetmiştir.[76]

Senetle ispatı gereken bir hukukî işlem hakkında ispat yükü kendisine düşen taraf tanık deliline başvurmuşsa, hâkimin karşı tarafa senetle ispat zorunluluğunu hatırlatarak tanık dinlenmesine muvafakat edip etmediğini sorması gerekir (HMK m. 200/2). Eğer ortada bir delil başlangıcı bulunuyorsa (HMK m. 202) veya somut olayda senetle ispat zorunluluğunun istisnaları mevcutsa (HMK m. 203), hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa tanık dinletme hakkı olduğunu hatırlatması gerekir.[77]

---

[76] Yargıtay 4. HD E. 1998/7013 K. 1998/10038 T. 10.12.1998 (Hukuktürk). Belirtmek gerekir ki, kararda yer alan "Her ne kadar taraflarca, tanık listesi verilmemiş ise de, davacının kanıtları arasında "vs. deliller" denmek suretiyle, tanıkların da delil olarak sunulabileceği kabul edilmek gerekir. Özellikle somut olayın durumu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 75. maddesi de dayanak yapılmak suretiyle bu yola başvurmayı gerekli kılmaktadır. Öte yandan dava basın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı olup, bir kamu görevlisinin görevini yöntemine uygun yapmadığı olgusuna dayanmaktadır. Böyle bir yayın ve olgu, taraflarla birlikte özellikle kamuyu yakından ilgilendirmektedir. Kamu görevlisinin kişiliğinin bilinmesi, kamuyu yakından ilgilendirmektedir. Çünkü bunda yararı vardır. Kamu yararının bulunduğu hallerde de, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 75/3 maddesi uyarınca hareket edilmesi zorunludur" ifadeleri ne HUMK ne de HMK sistemine uygundur. Çünkü her iki kanunda da dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi benimsenmiştir. Şahsî bir hakkın söz konusu olduğu bir manevî tazminat davasında "kamu görevlisinin görevini yöntemine uygun yapmadığı" olgusuna dayanılarak kamu yararından da söz edilemez. Ayrıca, taraf egemenliği ilkesini benimsemiş bir hukuk yargılaması sisteminde, hâkimin re'sen başvurabilecekleri hariç olmak üzere, tarafların başvurulmasını istedikleri delilleri usûlüne uygun bir biçimde mahkemeye bildirmeleri gerekmektedir. Somut olayda tanık listesi dahi verilmemiş olmasına rağmen mahkemenin re'sen tanık deliline başvurması taraflarca getirilme ilkesinden ziyade kendiliğinden araştırma ilkesini çağrıştırmaktadır.

[77] Davacının, damadı ile birlikte adi ortak olarak birlikte inşaat yaptıklarını, davalının ortaklığı inkâr ettiğini ileri sürerek, adi ortaklığın tespitine ve maddî tazminata ilişkin açtığı dava, ilk derece mahkemesince, adi ortaklığın yazılı delillerle ispat edilemediği, bu nedenle dinlenen tanık beyanlarına da itibar edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiş, Yargıtay, taraflar arasındaki akrabalık ilişkisi nedeniyle tanık beyanlarının dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur (Yargıtay 13. HD E. 2005/17906 K. 2006/2004 T. 20.2.2006, Hukuktürk). Bu kararda dikkat çeken nokta, ilk derece mahkemesinin bir taraftan hukukî uyuşmazlığın senetle ispat edilmesi gerektiği düşüncesinde olması, öte taraftan ise tanık dinlemesidir. Senetle ispatı gereken bir hususta karşı tarafın da rızası bulunmuyorsa tanık dinlenmesi mümkün değildir. Bir diğer davada, davacı, ev eşyalarının davalı tarafından taşınması sırasında personelin dikkatsiz ve özensiz davranması sonucu eşyalarda hasar meydana geldiğini ileri sürerek, zararın tahsili istemiyle dava açmış, davalı, davacı ile aralarında taşımaya ilişkin bir sözleşme bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir. İlk derece mahkemesi, taraflar arasında yazılı nakliye sözleşmesi bulunmasa da, sözleşmenin varlığının tanık beyanları ile ispatlandığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Yargıtay, taşıma sözleşmesinin varlığının HUMK'un 288. maddesi gereğince tanık dinletme konusunda karşı tarafın açık muvafakati bulunmuyorsa senetle ispat edilebileceğini, yine HUMK'un 203/4. maddesinde "halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muamelelerde" tanık dinlenebileceğini, bu hüküm gereğince mahkemece hukukî işlemin yapıldığı yerde dava konusu taşımanın yapıldığı dönemde şehir içi evden eve nakliyatlarda yazılı sözleşme yapılmaması konusunda teamül olup olmadığı araştırıldıktan sonra tanık dinlenebileceğine hükmetmiştir (Yargıtay 11. HD E. 2005/1417 K. 2006/1277 T. 13.2.2006, Hukuktürk). Bu davada da görüldüğü gibi, mahkeme, öncelikle tanıkla ispatın mümkün olup olmadığını tespit etmeli, bunun için gerekirse o hukukî işlemin şimdi HMK m.

Yargıtay kararlarında açıkça belirtildiği üzere, mahkeme, hangi vakıaların ispatı için delil gösterileceğini ve gösterilen delillerin neler olduğunu tespit ettikten sonra, taraflardan delillerini göstermelerini istemelidir. Mahkemece hangi delillerin ibraz edileceği açıklanmadan, soyut bir ifadeyle delillerin bildirilmesinin istenmesi yetersizdir. Delil ibrazı için mahkemece verilen sürenin de, istenilen delillerin ibrazını temine uygun, elverişli bir süre olması gerekir.[78] Mahkemece ispat yükü kendisine düşen davacıya yalnız "bütün delillerini getirmesi" şeklindeki ara karar gereğince kesin süre verilmiş olması ve bu ara kararın gereğinin yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması doğru değildir.[79] Yine, kıdem tazminatına ilişkin bir davada, feshin haklı bir fesih olup olmadığının tespiti bakımından mahkemeye sunulan ve bir kısmında davacının imzasının bulunmadığı aylık ücret bordrolarının ne ölçüde gerçeği yansıttığı araştırılmalı ve bu şekilde istifa tarihine kadar davacıya ait ücretlerin ödenip ödenmediği tespit edilmelidir. Ayrıca, mahkemece istifa belgesinin aslı da celp edilmelidir.[80]

HMK m. 119/1 b. f'ye göre, dava dilekçesiyle davacı iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini, m. 129/1 b. e'ye göre de, cevap dilekçesiyle davalı, savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini bildirmelidir. HMK m. 31'de de, aydınlatma ödevinin bir parçası olarak, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü

203/1 b. 1'de düzenlendiği üzere senede bağlanmamasının teamül olarak yerleşmiş bulunup bulunmadığını saptamalı, böyle bir teamülün varlığı ortaya çıkmışsa aydınlatma ödevi gereği tarafa tanık dinletebileceğini hatırlatmalıdır.

78 Yargıtay 13. HD E. 2002/13515 K. 2003/1964 T. 27.2.2003 (Meşe İçtihat); Yargıtay 13. HD E. 2001/12918 K. 2002/2272 T. 08.3.2002 (Meşe İçtihat). "Belirtilmelidir ki, kanıtlama yükü kendisine ait olan tarafın, o yolda delil bildirmekten vazgeçmiş ve dolayısıyla iddiasını kanıtlayamamış olduğunun kabul edilebilmesi için, mahkemece kendisine bu konuda açık, tüm yükümlülükleri gösteren kesin bir sürenin verilmiş olması, vekille temsil edilse dahi, verilen kesin sürede bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde usûl hukuku açısından doğacak sonuçların da açıklanıp ihtar edilmesi ve buna rağmen o tarafın kesin süre içerisinde uygun delillerini bildirmemiş olması gerekir. Eş söyleyişle, salt, o tarafın belirli bir delile dayanmadığı ve o delilin toplanmasına gerek bulunmadığı şeklindeki beyanları esas alınarak, bu beyanlar karşısında, verilse bile kesin sürenin sonuçsuz kalacağı varsayımından hareket edilemez… Böyle durumlarda mahkemece yapılması gereken iş; kanıtlama yükünün kendisine ait olduğu usûl hukuku kuralları çerçevesinde tespit edilmiş olan tarafa, öncelikle bu yükümlülüğü çerçevesinde hangi tür kanıtları sunabileceği bildirilip, varsa bu nitelikteki delillerini bildirmesi için gerektiğinde kesin süre vermek; bu süre içerisinde kanıtların bildirilmesi durumunda ise, bunların toplanması için yatırılması gereken masraf tutarını kalemler halinde tek tek açıklamak; masraf yatırılması konusunda yine gerekirse kesin süre vermek, ayrıca, verilen kesin sürede masrafların ödenmemesi durumunda usûl hukukunun buna bağlayacağı sonuçları açıklayıp, ihtar etmektir. İlgili taraf, ancak mahkemenin bütün bu usûlî gerekleri yerine getirmesine rağmen, uygun tutumu benimsemediği takdirde bunun sonuçlarından sorumlu tutulabilir." (Yargıtay HGK E. 2003/13-536 K. 2003/558 T. 08.10.2003, Hukuktürk).

79 Yargıtay 1. HD E. 1977/1764 K. 1977/1788 T. 25.2.1977 (**Kuru,** Usûl, C. II, s. 2025).

80 Yargıtay 9. HD E. 2002/1169 K. 2002/9215 T. 29.5.2002 (Meşe İçtihat).

hususlar hakkında, taraflardan delil gösterilmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, delillerin eksik bildirilmiş olduğunu veya hangi vakıanın hangi delille ispatlanacağı konusundaki somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğini tespit eden hâkimin bu eksikliklerin tamamlanması için taraflara makûl bir süre vermesi yerinde olacaktır.[81]

Tahkikat aşamasında da iddia edilen ve ispatı gereken vakıalara ilişkin yeni deliller elde edilebileceği için, HMK m. 145 sonradan delil gösterilmesine belli şartlar altında izin vermiştir. Burada taraflar, hâkimin izni ile yeni deliller göstermektedir. Dikkat edilecek olursa, bu madde kapsamında gösterilecek delillerin tarafların dilekçeler aşamasında bildirdikleri deliller olması şart değildir. Taraflar böylece tahkikat aşamasında da HMK m. 145'teki şartlar yerine geldiyse her türlü yeni delili ileri sürebileceklerdir.[82] Bu şekilde yeni delil sunulabilmesi hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir.[83]

Her ne kadar davanın ispatı için delil ikamesi gerekiyorsa hâkimin bunları taraflara açıklayarak süre vermesine ilişkin HUMK m. 217/2 hükmü HMK'da bulunmamakta ise de, HMK m. 31 hâkimi, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda delil gösterilmesini istemekle yükümlü kılmıştır. Kanaatimce yalnızca hâkimin taraflardan yeni delil göstermelerini istemesi değil, aynı zamanda hangi vakıaların ispatı için delil gösterilmesi gerektiği ve bu vakıaların ispatının hangi delillerle olabileceği konularında tarafların aydınlatılması, delillerin ibrazı için yeterli sürenin tanınmış olması ve ibraz edilen deliller arasında çelişki bulunması durumunda bu çelişkinin giderilmesine işaret edilmesi de hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamı içinde ele alınmalıdır.

Dava dosyasına usûlüne uygun bir şekilde girmiş bulunan bilgi ve belgelerden anlaşılsa bile, taraflarca getirilme ilkesine tâbi bir davada kişilerin hâkim tarafından re'sen tanık olarak davet edilmelerinin ise mümkün olmadığı kanaatindeyim.[84] Bu şekilde tanık deliline başvurmanın HMK m. 25/2'de yer alan "Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz" hükmüne de aykırılık oluşturacağı fikrindeyim. Belirtmek gerekir ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimin esasen hangi durumlarda bir delile re'sen başvurabileceği veya taraflarca gösterilen bir delile hâkim

---

81 Krş. **Umar,** s. 353 vd.; **Karslı,** s. 564; **Erdönmez,** s. 21.

82 Krş. **Yılmaz,** Şerh, s. 906. Benzer bir düzenlemenin yer aldığı HUMK'un 244. maddesi şöyleydi: "İkame ve beyan olunan delillerin tamamen istima ve tetkikından sonra iki yüz yirmi birinci madde hükmüne tevfikan ayrıca tahkikat icrasına karar verilmiyen meselelerde iki taraftan her biri yeni delil ibraz ve ikamesini istiyebilir. Hâkim muvafık görürse bu talebi kabul eder."

83 Bkz. HMK m. 145'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

84 HMK bakımından da, hâkimin dava dosyasındaki bilgilerden olayla ilgili olduğu anlaşılan kişileri tanık olarak dinleyebileceği görüşü için bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s. 364; **Erdönmez,** s. 51.

tarafından başvurulmasının gerekli olup olmadığını belirleyen bir müessese değildir.[85] Aydınlatma ödevi, daha ziyade, ispatı gereken bir vakıaya ilişkin delil ibraz edilmemiş olması, ikame edilen delillerin yetersiz veya çelişkili olması ya da delillere nasıl ulaşılacağına ilişkin bilgilerin eksik olması durumunda, bir de, ispat yükünün kime düştüğü noktasında önem arz edecektir. Ancak, tarafların hâkimce re'sen başvurulacağı beklentisinde oldukları bir delile hâkim başvurmak niyetinde değilse, bu durumun taraflara bildirilmesi aydınlatma ödevinin gereği olarak ele alınabilir.[86]

Bütün bunların sonucunda, deliller bakımından aydınlatma ödevinin gereği olarak, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda taraflardan delil göstermelerini isteme yetkisi bulunmaktadır. Ancak iki tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda geçerli olan taraflarca getirilme ilkesi gereği hâkim bazı delillere re'sen başvuramayacaktır. Hâkim, sadece kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda tüm delillere re'sen başvurabilecektir.[87] Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından dosyaya usûlüne uygun bir şekilde sunulmuş bilgi ve belgelerden anlaşılan ancak tarafların dayanmadıkları delillere hâkimin re'sen başvurabileceği şeklinde bir istisna Kanunda mevcut değildir. Hâkim, yalnızca, bu bilgi ve belgelerden anlaşılan delillere başvurmak isteyip istemediğini taraflara sormalı, söz konusu delilleri yargılamaya dâhil etmek konusundaki karar taraflara ait olmalıdır. Bu, tarafların sunduğu delillerle iddia ve savunmanın net bir biçimde kanıtlanamamış olması durumunda aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Kuşkusuz, burada belirleyici olan, iki tarafın iddia ve savunma sınırları içerisinde bu faaliyetin yürütülmesidir.[88]

Sonuç olarak, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda da, hukukî uyuşmazlığın aydınlatılması ve adalete uygun bir karar verilebilmesi için hâkim taraflardan delil göstermelerini isteyebilecektir.[89] Ayrıca, deliller

---

85 Nitekim Alman hukukunda da, bu konuların Alman Medenî Usûl Kanunu'nun hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin 139. maddesinin düzenleme alanı içerisinde olmadığı belirtilmektedir, bkz. **Stein/Jonas/Leipold,** m. 139, kn. 46.

86 Stein/Jonas/Leipold, m. 139, kn. 46.

87 Bu konuda yanlış bir karar için bkz. Yargıtay 22. HD E. 2011/947 K. 2011/2762 T. 13.10.2011 (**Yılmaz,** Şerh, s. 361). Yargıtay bu kararında, işe iade davasında iş sözleşmesinin fesih sebebi olarak gösterilen, işçi hakkında şikâyette bulunan kişinin ifadesine hâkim tarafından başvurulmamış olmasını bozma nedeni saymış, bu kararını hâkimin olayı aydınlatma ödevi bulunduğu gerekçesine dayandırmıştır. Hâlbuki hâkimin olayı aydınlatma ödevi şeklinde bir ödevi bulunmamaktadır. Bir tanığın ifadesine hâkim tarafından re'sen başvurulması ise hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gereği değildir. Bu, sadece kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olabilir. İşe iade davalarında da taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu hakkında bkz. **Aktepe,** s. 81 vd.

88 Krş. **Yılmaz,** Şerh, s. 362 vd.

89 **Yılmaz,** Şerh, s. 362.

arasında bulunan çelişkilere işaret etmek[90] ve ispat yükünün hangi tarafta olduğunu belirleyerek bunu taraflara bildirmek de hâkimin davayı aydınlatma ödevinden kaynaklanan diğer görevleridir. Bir diğer husus da, ispat konusunda karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin, hangi vakıaların ispatlanması gerektiği, ispat yükünün kime ait olduğu ve şimdiye kadar ikame edilen delillerle bir vakıanın ispatlanıp ispatlanmadığı konusundaki görüşünü taraflarla paylaşması sonucu, bu konuda mahkemeden farklı bir kanaate sahip olan taraf belli bir vakıanın ispatlanması gerektiği, ispat yükünün kendisinde olduğu veya gösterdiği delillerin o vakıanın ispatı için yeterli görülmediğini öğrenerek buna göre yargılamaya devam edecek, gerekirse yeni deliller ikame etmek isteyecektir. Böylece taraflar, mahkemenin bu konudaki kanaatinden yargılamanın bitiminde değil, dava devam ederken haberdar olacaklardır. Sonuç olarak, davayı kazanmak bakımından, tarafın veya vekilinin, bir vakıanın ispatının gerekli olup olmadığı veya mahkemenin delilleri nasıl değerlendirdiği konusundaki tahmin yeteneği değil, o tarafın haklı olup olmadığı belirleyici olacaktır.[91] Bütün bunlar için hâkim taraflarla hukukî müzakerede bulunarak kendi hukukî değerlendirmeleri konusunda tarafları bilgilendirmelidir.

C) Talep Sonucu Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından biri de talep sonucudur (HMK m. 119/1 b. ğ). Bu nedenle, davacı talebinin ne olduğunu açıkça belirtmelidir. Mahkeme de hüküm verirken bu talebi dikkate almak zorundadır.[92] Buradan anlaşılacağı üzere talep sonucunun açık ve anlaşılır olması davacının sorumluluğunda olan bir husustur. Ancak talep sonucundaki eksiklik, belirsizlik ve çelişkiler hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile

---

[90] Bir tescil davasında, ilk derece yargılamasında yerel bilirkişi ile davacının gösterdiği tanıklar dava konusu taşınmazın özel mülkiyet konusu yerlerden olup, tarım arazisi durumunda bulunduğunu, davalı Hazine tanığı ise, dava konusu taşınmazın eskiden mera niteliği taşıdığını, buraya davacı tarafından daha sonra ağaç dikilmiş olduğunu beyan etmiş, Yargıtay 8. HD E. 1986/9922 K. 1986/10333 sayı ve 28.10.1986 tarihli kararında, şahit beyanları arasındaki aykırılığın giderilmesi için HUMK'un 378. maddesi uyarınca tanıkların çağrılıp yeniden dinlendikten sonra karar verilmesi gerektiğine hükmetmiş, yerel mahkemenin direnme kararı üzerine dosya önüne gelen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Özel Dairenin bozma kararını haklı bulmuştur (Yargıtay HGK E. 1987/8-390 K. 1987/875 T. 25.11.1987, Kazancı). Bir hizmet tespit davasında, hükme esas alınan kurum kayıtları, vergi kayıtları, işyeri kayıtları, işyerinden verilen bordrolarda dava edilen dönemde çalışmış bordro tanıkları ile komşu işyeri tanıkları arasındaki çelişki giderildikten sonra karar verilmesi gerektiği hakkında bir karar için bkz. Yargıtay 10. HD E. 2004/13250 K. 2005/2948 T. 21.3.2005 (Meşe İçtihat); kamulaştırma bedelinin artırılması davasında Belediye Başkanlığı ile Tapu Sicil Müdürlüğünden gelen yazılar arasındaki çelişkinin giderilmesi hakkında bir karar için bkz. Yargıtay 18. HD E. 2002/6064 K. 2002/6759 T. 12.6.2002 (Meşe İçtihat).

[91] **Spohr,** s. 154 vd.; **Laumen,** s. 197.

[92] Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 284 vd.; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 508 vd.; Pekcanıtez, Belirsiz Alacak, s. 13 vd.

giderilmelidir.[93] Örneğin, kiralayanın kira bedeline ilişkin açtığı bir davada, davanın kira bedelinin tespiti davası mı, yoksa kira alacağı için açılan bir eda davası mı olduğu belli değilse, hâkim, davacıya bu hususu açıklattırmalıdır.[94]

HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde doktrinde hayat olayı ile uyumlu olmayan talep sonucunun değiştirilmesi konusunda hâkimin bir görevi olmadığı,[95] bunun hem davayı değiştirme ve genişletme yasağına aykırılık teşkil edeceği, hem de hâkimin tarafsızlığından şüpheyi haklı kılan bir ret nedeni olacağı ifade edilmekteydi.[96] Hâkimin tarafların gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabileceği ifadesi HMK m. 31'de değil, bu maddenin gerekçesinde yer almaktadır. Yine, hukukumuz bakımından talep sonucunu artırma ve değiştirme davayı değiştirme sonucunu beraberinde getirecek, bu da dilekçeler aşamasından sonra ancak karşı tarafın açık muvafakati veya ıslah ile mümkün olacaktır (HMK m. 141). Bu nedenlerle, Türk hukukunda uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesini sağlama konusunda hâkimin bir ödevi bulunmamaktadır.

Hâkimin talep sonucunda değişiklik yapılması gerektiğine işaret etmesini öngören bir kanunî düzenleme bulunmamasına rağmen, Yargıtay bazı kararlarında ek bir dava yoluyla talep sonucunun hayat olayına uygun hale getirilerek karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Örneğin, tescil talebini ihtiva etmeyen tapu kaydının iptali davasında mahkeme davacıya mehil vererek ayrıca tescil davası açmasını sağlamalı, davacı bu davayı açtığı takdirde her iki dava birleştirilmelidir. Yargıtay bu kararını, sadece tapu kaydının iptaline karar verilmesinin taşınmazı kayıtsız bırakacağı, bunun da dolu pafta sistemi ile bağdaşmayacağı ile gerekçelendirmiştir.[97]

Olması gereken hukuk bakımından talep sonucunu artırma ve değiştirmenin söz konusu hukukî uyuşmazlığı esastan çözümlemeye hizmet edeceği durumlarda hâkime dava değişikliğine izin verme yetkisi verilmesi gerektiği kanaatindeyim. Böylece hâkim usûlî olarak yanlış ifade edilmiş bir talep sonucunun değiştirilmesi noktasında taraflara uyarıda bulunabilecektir. Bu

---

93 **Kuru,** Usûl, C. II, s.1608; **Kuru/Arslan/Yılmaz,** s.285; **Yılmaz,** Şerh, s.817; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes,** s.374 vd., 509; İsviçre hukuku bakımından aynı şekilde **Berner Kommentar/Hurni,** m. 56, kn. 14 vd.

94 **Tercan,** Tarafların Dinlenmesi, s. 27. İsviçre hukukunda da, talep sonucu konusundaki belirsizlikler hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında giderilmelidir. Örneğin, davacı tarafın birden çok kişiden oluştuğu bir davada, davalının davacıya belli bir miktar tazminat ödemeye mahkûm edilmesi şeklindeki bir talep sonucunda hâkim, davacılardan hangisine tazminat ödenmesinin istendiğini açıklattırmalıdır (**Berner Kommentar/Hurni,** m. 56, kn. 14).

95 Alangoya, İlkeler, s. 155; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 287.

96 **Tercan,** Tarafların Dinlenmesi, s. 28.

97 Yargıtay 1. HD E. 2006/11989 K. 2006/13071 T. 26.12.2006 (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 287, dn. 13a).

değişiklik yapıldığı takdirde, dava dilekçesinde yer alan vakıalar davacının talep sonucunu haklı çıkarmamakla birlikte, davacı aynı vakıalara dayanarak başka bir talepte bulunma imkânına sahipse ve yeni talep sonucu davacının dava açmadaki iktisadî gayesine hizmet ediyorsa hâkim talep sonucu değişikliğine işaret edebilecektir. Burada dava dilekçesinde ifade edilen talep sonucu ile ulaşılmak istenen iktisadî sonuç göz önüne alındığında yeni talep sonucunun da aynı iktisadî sonucu sağlaması gerekli ve yeterli olacaktır. Tapu sicilinde başkası adına kayıtlı olan bir taşınmazın gerçek malikinin bu durumun düzeltilmesi amacıyla istihkak davası açması durumunda bu dava, davacı zaten taşınmazın maliki olduğu için reddedilecektir. Davacının burada açması gereken dava tapu sicilinin düzeltilmesi davası olup açtığı dava ile amaçladığı iktisadî sonuç taşınmazına kavuşmaktır. Bu nedenle hâkim, davacıya, istihkak davası olarak açtığı davasını tapu sicilinin düzeltilmesi davasına dönüştürmesi gerektiği konusunda işarette bulunabilecektir. Burada hâkimin müdahalesinin nedeni, hukukî bilgisi yeterli olmayan davacıya doğru usûlî yolu göstermektir. Bu durum, aynı zamanda, aydınlatma ödevinin amaçlarından olan usûl ekonomisi ilkesine de uygunluk arz edecektir. Böylece aynı konuda ikinci bir dava açılmasının da önüne geçilmiş olacaktır. Bunun için hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin HMK m. 31'in değiştirilerek söz konusu maddeye "hâkim, tarafların gerekli taleplerde bulunmalarını sağlar" şeklinde bir ekleme yapılması ve davayı değiştirme yasağının bu madde ile uyumlu bir biçimde değiştirilmesi gerekmektedir. Böylece hem kanunî dayanak noktasındaki eksiklik ortadan kalkacak, hem de hâkim açıkça Kanundan kaynaklanan bir görevi ifa edeceği için tarafsızlığını da ihlâl etmemiş olacaktır.

Dava devam ederken, dava konusu şeyin üçüncü bir kişiye devri halinde, davacı davasına üçüncü kişiye karşı devam etme veya temlik eden kişiye karşı tazminat davası olarak devam etme şeklinde bir seçim hakkına sahiptir (HMK m. 125). Burada her ne kadar bu hak Kanundan kaynaklanıyor olsa da, HMK'da, tarafa bu hakkı olduğunun hatırlatılması şeklinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, haklı olarak, tarafın söz konusu hakkı konusunda bilgilendirilmesi ve davaya ona göre devam edilmesi gerektiği görüşündeydi.[98] Kanaatimce bu durum, aydınlatma ödevi kapsamında talep sonucunun değiştirilmesine işaret edilmesine örnek teşkil etmektedir. Çünkü talep sonucu değiştirilmeden yargılamaya devam edilmesi halinde, hayat olayı ile talep sonucu arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmış olacaktır. Hâkim bu hatırlatma ile söz konusu uyumsuzluğun giderilmesini sağlamakta, yani hayat olayına uygun bir talep sonucuna işaret

[98] Bkz. Yargıtay 1. HD E. 2011/7181 K. 2011/8902 T. 19.9.2011 (Kazancı), Yargıtay 1. HD E. 2011/8204 K. 2011/9060 T. 21.9.2011 (Kazancı); Yargıtay 1. HD E. 2011/5795 K. 2011/6407 T. 30.5.2011 (Kazancı).

etmektir. Burada hâkim tarafından işaret edilen değişiklik kanunen karşı tarafın rızasını gerektirmediği için olan hukuk bakımından hâkimin bu şekilde bir uyarıda bulunmasına engel bir durum da söz konusu değildir.

Talep sonucu bakımından hâkimin davayı aydınlatma ödevi bahsinde son olarak belirtmek gerekir ki, hukukumuzda geçerli olan iddia ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağı bazı durumlarda maddî hakikate ulaşılmasını engellemekte ve usûl ekonomisine aykırı şekilde hukukî uyuşmazlığın çözümü için başka yargılamaları gerekli kılmaktadır. Bu nedenlerle, olması gereken hukuk bakımından, hâkimin uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi bakımından dava değişikliğini uygun görmesi halinde talep sonucunun değiştirilmesinin mümkün olması ve bunun için karşı tarafın muvafakati şartının aranmaması gerektiği görüşündeyim. Bu, aynı zamanda, yargılamanın amacı olan maddî gerçeğe ulaşılmasını da kolaylaştıracaktır.[99] Böylece, davayı değiştirme yasağını aşabilmek için davacıya ek dava açması imkânının hatırlatılarak bunun için süre verilmesi ve daha sonra her iki davanın birleştirilmesi şeklindeki çözüme gerek kalmaksızın hukukî uyuşmazlık aynı dava içinde tüm yönleriyle ele alınıp sonuçlandırılabilecektir.

III. Sonuç

Aslında hâkimin tarafsızlığı ilkesi ile aydınlatma ödevinin birbiriyle ilişkisi noktasında cevaplanması gereken temel soru, hâkimin taraflardan bir açıklama ve delil gösterilmesini istemesi ve talep sonucundaki belirsizliğe işaret etmiş olmasının hangi durumlarda aydınlatma ödevi sınırları içinde kabul edileceği, hangi durumlarda ise hâkimin bu sınırı aşmış sayılarak reddinin istenebileceğidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, temel olarak maddî gerçeğin bulunması amacıyla hâkime verilmiş bir ödevdir. Bu şekilde adil bir karar verme ihtimali artacaktır. Hâkimin, taraflardan birisine aydınlatma ödevi çerçevesinde talep ettiği hukukî korumanın ne olduğunu açıklatması, dilekçesindeki çelişkilere dikkat çekmesi, açıklama yaptırması ve soru yöneltmesi, doğal olarak o tarafın davayı kazanma şansını artıracak, diğer tarafın kazanma şansını da azaltacaktır. Ancak bu, hâkimin maddî gerçeğe ulaşmak için yaptığı ve kanundan kaynaklanan bir faaliyettir. Bu nedenle, aydınlatma ödevini yerine getiren bir hâkimin tarafsızlığını tehlikeye düşüren bir durum söz konusu değildir. Zaten, hâkim bu faaliyeti kanun gereği yapmak zorundadır. Hâkimin kanun gereği yapması gereken bir faaliyetin, davanın taraflarından birinin lehine olduğu için reddine sebebiyet vermemesi gerekir. Bu nedenle, aydınlatma ödevi

[99] Krş. **Yılmaz,** HMK Tasarısı, s. 193; **aynı yazar,** Islah, s. 40, dn. 81; **aynı yazar,** Taraf Değişikliği, s. 572; **Akil,** Vakıaların İleri Sürülmesi, s. 19.

çerçevesinde bir faaliyette bulunmuş hâkimin reddinin gerekeceğini iddia etmek doğru olmayacaktır.[100] Hukuk Muhakemeleri Kanunu aydınlatma ödevi konusunda hâkime bir takdir hakkı tanımamış, madde başlığından açıkça anlaşıldığı üzere bunun hâkim tarafından yerine getirilmesi gerekli bir ödev olduğunu tespit etmiş, yani hâkime bu konuda bir yükümlülük yüklemiştir.[101] Hâkime kanun tarafından yüklenmiş bir yükümlülüğün icrası, hâkimin reddi sonucunu doğurmamalıdır. Aksinin kabulü, hâkimin kanunen yerine getirmesi gereken bir ödevin icrasının kanunun bir diğer maddesine aykırı olacağı anlamına gelir ki, bu bir çelişkidir.[102]

Medenî usûl hukuku bağlamında, özellikle gerçeğe ulaşmak yargılamanın amaçlarından biri olarak kabul edildiğinde, hâkimin tamamen pasif bir şekilde, bir hakem gibi hareket ettiği bir yargılamanın ideal bir yargılama olmayacağı ortadadır. Bir defa, taraflar, taleplerini net bir şekilde ifade edememiş olabilirler veya tarafların iddialarının tam olarak ne olduğu hâkim tarafından anlaşılmamış olabilir. Pasif bir hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirmesi mümkün değildir. Kanunun kendisine tanıdığı yetki sınırları içerisinde hareket eden bir hâkimin tarafsızlığından şüphe etmeyi gerektirecek bir durum da söz konusu olmayacaktır. Bu noktada, aydınlatma ödevini yerine getiren hâkimin tam tersine aktif bir hâkim olması gerekmektedir. Tarafların iddia ve savunma vasıtalarında eksiklik ve belirsizlikler bulunabileceği gibi, taraflar, iddia ettikleri maddî vakıaları kanıtladıkları düşüncesinde olup, hâkim aksi kanaatte de olabilir. Yine, taraflar ispat yükünün kimde olduğuna ilişkin bir yanılgı içinde de olabilirler. Son olarak, hâkim, hükmünü, iki tarafın dayandığı hukukî sebeplere değil de, tamamen başka bir hukukî sebebe dayandırmak niyetinde olabilir. Tüm bu durumlarda hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yapacağı müdahale tarafsızlığını tehlikeye düşürmeyecek, tam aksine, aydınlatma ödevini yerine getirmemesi halinde verilecek hükmün uyuşmazlığı esastan çözen ve tarafları tatmin eden bir hüküm olarak tanınıp kabul edilmesi zorlaşacaktır.

Hâkimin yargılama esnasında işaret ettiği bir husus veya sorduğu sorunun hangi durumlarda aydınlatma ödevi sınırlarını aşarak hâkimin tarafsızlığını tehlikeye düşürecek bir durum haline gelebileceği noktasında şu tespit yapılabilir: İlk olarak hâkim aydınlatma ödevini yerine getirirken silahların eşitliği prensibine riayet etmelidir. Hâkim, aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflar arasında eşit ve objektif davranmıyorsa, yani tarafların birisinin dava malzemesinde çelişkili gördüğü hususları açıklattırıyor, yeni

[100] Krş. **MüKo ZPO/Gehrlein,** m. 42, kn. 32.
[101] Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 285.
[102] **Deubner,** Gedanken, s. 86; **MüKo ZPO/Wagner,** m. 139, kn. 10; **Stein/Jonas/Leipold,** m. 139, kn. 21.

deliller ibraz etmesini istiyor, ancak diğer tarafa bu anlamda herhangi bir uyarıda bulunmuyorsa, tarafsızlık yükümlülüğünü ihlâl etmiş demektir. Bu durumda, hâkim, davanın taraflarından birisi için aydınlatma ödevinin gereklerini yerine getirmiş, diğer taraf bakımından ise aydınlatma ödevini yerine getirmemiş olması nedeniyle tarafsızlığını ihlâl etmiş olacaktır. İkinci olarak, hâkim, tarafların tasarruf ve karar verme yetkilerine müdahalede bulunup onlara belli bir dava stratejisi izlemelerini dayatıyorsa, bu, aydınlatma ödevinin sınırlarını aşacak ve tarafsızlığının ihlâli olacaktır.[103] Çünkü hâkim, eksik ve belirsiz gördüğü hususlarda işarette bulunabilir, uyarılar yapabilir, açıklama isteyip sorular sorabilir. Ancak, tarafların yerine geçerek onların ne yapmaları gerektiğine karar veremez. Taraflarca getirilme ilkesi gereği, hâkimin yaptığı uyarıları yerine getirip getirmemek tarafların insiyatifindedir. Bu nedenle aydınlatma ödevi gereği hâkimin taraflardan birine yaptığı uyarıların gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, ısrarla bu uyarının tekrarlanması ve yerine getirilmesinin istenmesi, hâkimin o dava bakımından belli bir sonucu arzu ettiği izlenimi verir ki, bu da tarafsızlığın ihlâli anlamına gelecektir.[104] Üçüncü olarak, hâkim, tarafların iddia ve savunmalarını yorumlayıp anlam verebilir, ancak onların yeni iddia ve savunma vasıtaları sunmalarını sağlayacak şekilde hatırlatmada bulunamaz. Buradaki temel nokta şudur: Hâkimin, tarafların yargılamanın o aşamasına kadar dayandıkları iddia ve savunma vasıtalarını açıklattırıp netliğe kavuşturması maddî gerçekliğe ulaşılması amacıyla aydınlatma ödevi çerçevesinde bir faaliyettir. Ancak, hâkim, bu sınırı aşarak, tarafların şimdiye kadar dayanmadıkları yeni iddia ve savunma vasıtalarını mahkemeye sunmaları telkininde bulunuyorsa, bu durum hâkimin tarafsızlığına gölge düşürecektir.[105] Hâkimin, taraflardan birisine bu şekilde telkinde bulunması, taraflara mesafeli davranma kuralının ihlâli anlamına gelecek ve hâkim, bu şekilde, kendisini bir anlamda, yeni iddia ve savunma vasıtalarını mahkemeye sunması konusunda telkinde bulunduğu taraf ile özdeşleştirmiş olacaktır. Kuşkusuz, bunun da hâkimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektiren bir durum olarak değerlendirilmesi gerekir.[106] Fakat tarafların iddia ve savunma vasıtası olarak ileri sürdükleri hususlara zımnen dâhil olan vakıaların ortaya çıkarılması aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Hâkim bu durumda, taraflara, tam olarak ne kastettiklerini sorup açıklatmalıdır.[107]

---

103 Berner Kommentar/Hurni, m. 56, kn. 50.

104 MüKo ZPO/Gehrlein, m. 42, kn. 33.

105 Bu konuda **Yılmaz** şöyle demektedir: "Örneğin, zamanaşımı def'inde bulunmayan davalıya hâkimin zamanaşımı def'inde bulunma hakkının olduğunu hatırlatması veya hâkimin davacıya "şu şekilde bir iddiada bulunursa" davayı kazanabileceğini söylemesi, hâkimi ret (veya çekilme) sebebi oluşturur." (**Yılmaz,** Şerh, s. 415).

106 Krş. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 375; Stürner, kn. 24 vd.; Musielak/Stadler, m. 139, kn. 5.

107 **Stürner,** kn. 24; **Stein/Jonas/Leipold,** m. 139, kn. 52; **Schumann,** s. 185, dn. 62.

Hâkimin, aydınlatma ödevine ilişkin uyarılarını, taraflardan birine duruşma harici yapması halinde de tarafsızlığını ihlâl edeceği belirtilmelidir. Diğer tarafa bilgi verilmeksizin yapılan ve yazılı tutanağa geçirilmeyen uyarılar hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasını haklı kılacaktır.[108]

Burada tartışılması gereken bir diğer sorun da, hâkimin tarafsızlığı ilkesinin aydınlatma ödevini mi sınırladığı, yoksa tam tersi, tarafsızlık ilkesinin sınırları belirlenirken aydınlatma ödevinin mi belirleyici olacağıdır. Kanaatimce, temelde hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yapacağı faaliyetler bir ret sebebi teşkil etmez. Yani, aydınlatma ödevi, hâkimin tarafsızlığının sınırlarını tayin eder. Aksi görüşün kabulü, uygulamamızda çokça görüldüğü gibi, oldukça pasif bir hâkimi beraberinde getirecektir. Hâlbuki aydınlatma ödevi ile hedeflenen, maddî gerçeğe uygun ve tarafları tatmin edecek bir karara ulaşılmasını, yani hükmün adil olmasını sağlamaktır. Hâkim, reddedileceği düşüncesiyle aydınlatma ödevini ihmal etmemeli veya bu ödeve ilişkin faaliyetlerini kısıtlamamalıdır.[109] Bunun için de, aydınlatma ödevi çerçevesinde hâkimin yapacağı faaliyetlerin ret sebebi teşkil etmeyeceğinin kabul edilmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk: Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü, DEÜHFD 2010, C. 12, s. 1-23

Aktepe, Sezin: İşe İade Davalarının Medenî Usûl Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, 2009, C. 11, s. 63-101

Alangoya, Yavuz: Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 (Alangoya, İlkeler)

Alangoya, Yavuz: Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Makaleler, İstanbul 2012, s. 283-331 (Alangoya, Dava Temeli)

Alangoya, Yavuz / **Yıldırım,** M. Kâmil / **Deren-Yıldırım,** Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009

Deren-Yıldırım, Nevhis: Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 2003, s. 267-284

[108] Berner Kommentar/Hurni, m. 56, kn. 50.
[109] Peters, s. 109; Wiezcorek/Schütze/Smid, m. 139, kn. 64.

Deubner, Karl G.: Gedanken zur richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht, FS für Gerhard Schiedermair, Münih 1976, s. 79-92

Dittmar, Rolf: Anmerkung zu OLG Frankfurt Beschluß vom 3. 3. 1970, NJW 1971, s. 56

Erdönmez, Güray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD C. 87, S. 5, 2013, s. 15-53

Ergül, Ozan: Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı, TBBD, 2004, S. 54, s. 245-257

Hausheer, Heinz / **Walter,** Hans Peter: Berner Kommentar, B. 1, B. 2, Bern 2012

Hermisson, Vollrath: Richterlicher Hinweis auf Einrede- und Gestaltungsmöglichkeiten, NJW 1985, s. 2558-2562

İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3. Bası, İstanbul 2008

Karslı, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012

Koch, Melanie: Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, Hamburg 2003

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Bası, C. II, III, İstanbul 2001

Kuru, Baki / **Arslan,** Ramazan / **Yılmaz,** Ejder: Medenî Usûl Hukuku, 24. Bası, Ankara 2013

Laumen, Hans-Willi: Das Rechtsgespräch im Zivilprozess, Köln-Berlin 1984

Liu, Ming-Scheng: Die Richterliche Hinweispflicht, Frankfurt am Main 2009

Meriç, Nedim: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, 2009, C. 11, s. 377-424 (Meriç, Davayı Aydınlatma)

Meriç, Nedim: Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medenî Yargılama Hukuku Meseleleri, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, C. 1, s. 679-704 (Meriç, Zamanaşımı)

Meyer-Ladewig, Jens: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Bası, Baden Baden 2011

Musielak, Hans-Joachim: ZPO, 10. Bası, Münih 2013

Krüger, Wolfgang / **Rauscher,** Thomas: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 4. Bası, Münih 2013

Nowak, Erwin: Aufklärungspflicht und Befangenheit, Bochum 1991

Oğuzman, M. Kemal / **Barlas,** Nami: Medenî Hukuk, 19. Bası, İstanbul 2013

Oğuzman, M. Kemal / **Öz,** M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 11. Bası, İstanbul 2014

Öden, Merih: Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması, AÜHFD, 1993, C. 43, S. 1-4, s. 61-124

Pekcanıtez, Hakan: Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011 (Belirsiz Alacak)

Pekcanıtez, Hakan / **Atalay,** Oğuz / **Özekes,** Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013

Peters, Egbert: Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess, Tübingen 1983

Prütting, Hanns / **Gehrlein,** Markus: ZPO Kommentar, Köln 2010

Reischl, Klaus: Der Umfang der Richterlichen Instruktionstätigkeit – Ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO-, ZZP 116 (2003), s. 81-117

Rensen, Hartmut: Die richterliche Hinweispflicht, Bielefeld 2002

Schelhammer, Kurt: Zivilprozess, 14. Bası, Heidelberg-Münih 2012

Schneider, Egon: Anmerkung zu OLG Frankfurt Beschluß vom 3. 3. 1970, NJW 1970, s. 1885

Schumann, Ekkehard: Die Absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs. 2 ZPO), FS für Dieter Leipold, Tübingen 2009, s. 175-200

Spohr, Tilman: Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozess, Göttingen 1969

Stein, Friedrich / **Jonas,** Martin: Zivilprozessordnung, 22. Bası, Tübingen 2005

Stürner, Rolf: Die Richterliche Aufklärung im Zivilprozess, Tübingen 1982

Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, 2004, S. 53, s. 191-215

Taştan, Asuman Zeynep: Hâkimin Tarafsızlığı, Ankara 2005

Tercan, Erdal: Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001 (Tercan, İsticvap)

Tercan, Erdal: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, MİHDER, C. 7, S. 18, s. 1-56 (Tercan, Tarafların Dinlenmesi)

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011

Üstündağ, Saim: İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967 (Üstündağ, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı)

Üstündağ, Saim: Die Sammlung des Prozesstoffs im Türkischen Zivilprozessrecht und Die Damit Verbundenen Probleme, FS für Hans F. Gaul, Bielefeld-Gieseking 1997, s. 751-757 (Üstündağ, Die Sammlung des Prozesstoffs)

Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2 (Çev. Edege, Cevat), Ankara 1983

Wassermann, Rudolf: Der Soziale Zivilprozess, Neuwies-Darmstadt 1978

Wernecke, Frauke: Die Einrede der Verjährung- Schnittpunkt zwischen materiellem Recht und Zivilprozessrecht, JA 2004, s. 331-335

Wieczorek, Bernhard / **Schütze,** Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 3. Bası, B. 2, Teilband 1, Berlin-New York 2007

Yılmaz, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda Islah, 3. Bası, Ankara 2011 (Yılmaz, Islah)

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013 (Yılmaz, Şerh)

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Notlar, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s. 169-197 (Yılmaz, HMK Tasarısı)

Yılmaz, Ejder: Davada Taraf Değişikliği, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 569-596 (Yılmaz, Taraf Değişikliği)

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ediyorum. Elbette medeni usul hukukuna hakim olan ilkeler, Kanun'un ruhunu, felsefesini ve yorum yapılırken de son derece dikkatle ele alınması gereken kırmızı çizgileri oluşturuyor. Ancak bu çizgiler zaman içinde değişebiliyor; değişmek de zorunda. Bugün tasarruf ilkesine verilen anlam belki elli sene önceki verilen anlamdan daha farklı bir boyuta geldi. Bugün ilkeler çerçevesinde bu değişiklikler olurken hakimin yükümlülükleri ya da ödevi bakımından da aynı şeyin mevcut olduğunu görebiliyoruz. O yüzden bu davayı aydınlatma ödevi, göreceksiniz üzerinde -özellikle genç meslektaşlarım için söylüyorum- gelecekte çok daha fazla tartışılacak bir ödev olarak kendisini gösterecek. Bu konuda elbette bizim hukukumuzdaki şu andaki düzenlemenin oldukça muhafazakar bir düzenleme olduğunu açıkça beyan etmem gerekiyor. Çünkü herşeyden önce bizim iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı çerçevesinde bu ödevi daha ileri götürmek konusunda ciddi bir sınırımız var. Ancak buna rağmen yorum yoluyla pekçok şeyin davayı aydınlatma ödevini genişletme yönünde getirilebileceği kanısındayım. Herşeyden önce kullanmadığımız kurumlar hiç bugüne kadar kullanmadığımız kanun maddeleri var. Bunların en başında da isticvap geliyor. Biz isticvap müessesesini maalesef hiçbir şekilde yargılamada kullanamıyoruz. Çünkü bu konuda bir zaman da ayrılmıyor. Beşer dakikalık veya üçer dakikalık veya içeri girip çıkılacak şekilde düzenlenen duruşmalar hakimin isticvap yapmasını ve bu konuda bir tecrübe sahibi olmasını maalesef mümkün kılmıyor. 1980'li yılların sonuna doğru İlhan Postacıoğlu Hoca'mızın -genç meslektaşlarım için söylüyorum- bugün yaşayan bir abidedir.

Baki Kuru Hoca'mız. Hemen hemen aynı dönemin en ünlü hukukçularından olan İlhan Postacıoğlu Hoca'mızı Dokuz Eylül Üniversitesi'ne davet ettiğimde dedi ki "Benim bu kadar yıllık meslek yaşamımda anlattığım ama uygulamada göremediğim bir müesseseyi anlatacağım. Belki İzmir'deki öğrenciler bunu meslek yaşamlarında kullanırlar uygularlar diye" o da isticvaptı. İsticvabı hiç kullanmıyoruz.

Bakın Ceza Muhakemesi Hukuku'nda çapraz sorgulama geldi o kadar sevindik ki işte bizde de Anglo Sakson Hukuku'ndaki gibi çapraz sorgulama olacak diye. Ama bugüne kadar hiçbir çapraz sorgulama olayına ben tanık olmadım. Çünkü bilmiyoruz. Çapraz sorgulamayı bilmiyoruz. Nasıl sorulacağı konusunda sorunun bilgi sahibi değiliz. Ne lisansta bunun eğitimini alıyoruz ne de mezun olduktan sonra bir staj döneminde bunu dikkate alabiliyoruz ve öğrenebiliyoruz. Dolayısıyla bu konuda elbette davayı aydınlatma ödevine gelecekte çok daha geniş bir perspektiften bakılacak. Yine Kanun'un hazırlanışı sırasında Alman Hukuku'nda o zaman yürürlüğe giren ama bizim almadığımız

bir hakimin maddi anlamda hakimin davayı sevk yetkisi vardı. Bu maddi anlamda sevk yetkisi önemli ölçüde davayı aydınlatma ödevine cesaret veren ve onu bir adım daha ileri götüren bir düzenleme. Biz bunu almadık, alamadık çünkü cesaret edemedik. Çünkü bu konuda hala iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağını muhafaza etme ihtiyacını hissettik.

Bunun da zaman içinde değerlendirilebileceğini ve tartışılabileceğini söylüyorum. Özellikle bugün Avrupa'da Alman Hukuku'nda Fransız Hukuku'nda tartışılan ve yeni yazılan tezlerden bir tanesi hakimin daha aktif hale getirilebilmesi o büyük ölçüde davayı aydınlatma ödeviyle de ilgili. Şimdi bir arkadaşımız İngiltere'de bu konuyla ilgili çalışma yapıyor.

Yine Marmara'dan Gülcan Hanım'ı biliyorum hakimin maddi anlamda davayı sevk yetkisini yazdığını biliyorum. Zaman içinde bunlardan da etkileneceğimizi düşünüyorum ve bu gelecekte zannediyorum aydınlatma ödevine daha farklı bir bakış bir boyut getirilecek.

Elbette sayın Karaarslan'ın tezi de Türk Hukuku'na yeni bazı kazanımlar getirecek diye düşünüyorum. Ancak söylediği son cümleye izninizle kısaca değinmek istiyorum. O da sürpriz karar verme yasağı. En çok sürpriz karar veren kurumlardan bir tanesi şu anda Yargıtay oldu. Yargıtay çok sürpriz karar vermeye başladı. Hatta kararlarında cesaretle kararın sürpriz bir karar olduğunu da ifade ediyor. Diyor ki; mesela bir kararını ifade edeyim: Biz diyor yaklaşık üç yıldır istikrarlı olarak o görüşe göre karar verdik ama artık o görüşü değiştirdik. Şimdi biz bundan sonra tam tersine bir içtihat oluşturduk. Bunu kararında da açıkça yazıyor. Bu tipik sürpriz karar verme yasağının ihlalidir değerli meslektaşlarım. Çünkü istikrarlı bir içtihadı Yargıtay dairesi değiştirmek istiyorsa bunu kendi başına yapamaz. Yargıtay Kanunu, bu konuda içtihadı birleştirme yoluna başvurması gerektiğini söylüyor. Hocamızın kitabında zannediyorum 15 ya da 16. madde, bu açıkça söylenmiştir. Mutlaka böyle olması söylenmiştir. Ben Hocam bugüne kadar bir tane bu türde içtihadı birleştirme kararına tanık olmadım. Yani Yargıtay bir dairesi benim bugüne kadarki görüşüm bu idi ama şimdi değiştireceğim İçtihadın birleştirilmesini talep ediyorum şeklinde bir talepte bulunmadı. Bu da şunu ifade ediyor: Sürpriz karar vermek ki adil yargılanma hakkının unsurudur son derece tehlikelidir insan hakları mahkemesi önüne Anayasa Mahkemesi önüne gittiği zaman mutlak bir bozma sebebidir, yargılamanın iadesi sebebidir insan hakları açısından. Dolayısıyla bu sürpriz karar verme yasağını artık mutlaka gündeme getirmemiz lazım ve bunu çok titiz bir şekilde uygulamamız lazım. Siz hukuki güvenlik ilkesi bir hukuk devletinde güvendiğiniz bir içtihada göre dava açıyorsunuz ama temyize geldiği zaman temyizde deniliyor ki biz artık içtihadımızı değiştirdik. Bunu yapamazsınız enazından tek başınıza yapamazsınız diye söylemek istiyorum. Evet hemen ikinci konuşmaya geçiyoruz. Aziz Serkan Aslan

DOĞRUDANLIK İLKESİ[H]

Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN[1]

ÖZET

Çalışmamızda öncelikle doğrudanlık ilkesi hakkında genel bilgiler verildikten sonra bazı durumlarda usul ekonomisi ilkesi ile çatışan doğrudanlık ilkesinin istisnaları incelenmiştir. Çalışmamızın konusu olan doğrudanlık ilkesi usul kanunları düzenlenirken adil bir yargılamanın teminatını oluşturan başlıca ilkelerdendir. Bu bağlamda ülkemizde HMK düzenlenirken doğrudanlık ilkesi de dikkate alınarak doğrudanlığa uygun bir yargılama yapılması amaçlanmıştır. İncelememiz esnasında doğrudanlık ilkesinin genel amacı ve diğer bazı ülkelerdeki düzenlemeler göz önünde bulundurularak HMK'da yer alan ilgili hükümlerde genel olarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Doğrudanlık, Delil, İspat, Görev, Mahkeme.

THE PRINCIPLE OF DIRECTLY

ABSTRACT

In our study, general information about the principle of directly given after exemptions in some cases conflict with the principle of directly. The principles of directly procedural economy are examined. The principle of directly that is the subject of our study is one of the fundamental principles of procedural law constitutes the guarantee of a fair trial editing. In this context, our country HMK editing immediacy principle is intended to be an appropriate considering the immediacy judge. The overall objective of the principle of directly during our review and other provisions contained in the relevant regulations in some countries are evaluated considering in HMK.

Key Words: Directly, Evidence, Proof, Duties, Court.

[H] Hakem incelemesinden geçmiştir.

[1] Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim üyesi.

I. GİRİŞ

Doğrudanlık ilkesi, re'sen delil toplama ilkesinin geçerli olduğu ceza hukuku kaynaklı bir ilke olarak görünmesine rağmen, adil bir yargılamanın yapı taşlarından olması sebebiyle bütün yargılama usullerinde geçerli olan bir ilkedir. Bu bağlamda doğrudanlık ilkesi, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünü konu alan medeni yargılama hukukunun da temel ilkeleri arasında yer alır. Modern hukuk sistemlerinde de medeni yargılama hukukunun temel ilkeleri arasında kabul edilen doğrudanlık ilkesinin bu önemine rağmen, ülkemizde doğrudanlık ilkesiyle ilgili bir makale ve birkaç genel eser dışında günümüze kadar ayrıntılı bir çalışma yapılmamıştır. Oysa ilkelerin doğuş yeri kabul edilen ve çalışmamızda ağırlıklı olarak esas aldığımız Alman hukuk literatüründe, medeni yargılama usulünde doğrudanlık ilkesine ilişkin ilk çalışma, 1929 yılında Rudolf Cremer tarafından doktora tezi düzeyinde yapılmıştır. Yine bu konudaki 1935 yılında Theodor Paeffgen, 1972 yılında Wiebke Annelene Rohwer ve son olarak 1990 yılında Maria Koukouselis tarafından hazırlanan doktora tezi düzeyindeki çalışmalarla derinlemesine incelenmiş, kanun koyucu ve uygulayıcılara yön vermiştir[2].

Doktrinde "vasıtasızlık", "doğrudan doğruyalık", "yüzyüzelik" gibi isimlendirilen doğrudanlık ilkesi, davanın açılmasından hüküm verilinceye kadar ki bütün delil toplama evrelerinin, kararı verecek olan hâkim veya hâkimlerin denetiminde ve gözetiminde gerçekleşmesinden sonra bu şekilde elde edilen delillerin araya fazla zaman girmeden değerlendirilerek, içlerinden adil bir hüküm tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olanların mahkeme tarafından seçilmesini konu alan bir usul hukuku ilkesidir[3].

Medeni usul hukukuna hâkim olan diğer ilkeler gibi doğrudanlık ilkesi de adil ve doğru bir karar verilmesine hizmet eder. Doğrudanlık ilkesine uygun yapılan bir yargılama ile, hüküm verici mahkeme, tarafları ve delilleri huzurunda inceleme, onlar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı bulacaktır.

---

[2] **Rohwer,** Wiebke Annelene: Materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme: Ein Prinzip der StPO wie der ZPO?, Kiel-1972; **Koukouselis**, Maria: Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, Inbesondere bei der Zeugenvernehmung, Frankfurt-1990; **Cremer,** Rudolf: Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Zivilprozeß, Lübed-1929; **Paeffgen,** Theodor: Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Zivilprozeß, Köln-1935.

[3] **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, B.3, Ankara–1948, s.128; **Arslan,** Ramazan/ **Tanrıver**, Süha: Yargı Örgütü Hukuku, B.2, Ankara–2001, s.182; **Yıldırım,** M. Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul–1990, s.90; **Kurt,** Nesibe: Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara–2008, s.599; **Pekcanıtez,** Hakan/ **Atalay,** Oğuz/ **Özekes,** Muhammet: Medeni Usul Hukuku, B.11, Ankara–2011, s.263; **Alangoya,** Yavuz/ **Yıldırım,** Kamil/ **Deren-Yıldırım,** Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, B.7, İstanbul–2009, s.189; **Alangoya,** Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul–1979, s.5, dn.17; **Karslı,** Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul-2011, s.271.

Doğrudanlık İlkesinin Adil Bir Yargılamaya Olan Katkılarını Şu Şekilde Sıralayabiliriz:

1- Doğrudanlık ilkesine uygun yapılan bir yargılama sayesinde gerçeğin açığa çıkarılmasına kolaylaşır.

Hüküm verici mahkemenin istinabe yoluyla delil toplaması veya yazılı beyanla ifade veren kişi hakkında kişisel bir izlenim edinmesi halinde gerçek ile mahkemenin arasına kağıttan bir duvar (papierne scheidewand) örüldüğü kabul edimelidir.

2- Doğrudanlık ilkesine uygun yapılan bir yargılama yargıya güvenin sağlanmasını kolaylaştırır.

Yargılama makamı önüne çıkan taraflar, öncelikle kendisi hakkında yürütülen yargılama faliyeti ve yapılan işlemlerle ilgili olarak bilgilenmek, daha sonra da kendi talep ve düşüncelerini aracısız olarak yargı organları önünde tam olarak anlatmak, açıklamak isterler[4]. Doğrudanlık ilkesinin tam olarak uygulanmadığı bir yargılamada, tarafların ileri sürdüğü maddi vakıaların tam olarak ortaya konulamaması ve mahkeme tarafından yanlış anlaşılma tehlikesi herzaman mevcuttur. Her iki tarafın ortaya koyduğu delillerin, iddia ve savunmaların, uyuşmazlığı çözecek mahkeme önünde aracı olmaksızın tartışılıp değerlendirilmeden bir nevi ortaçağdaki engizisyon mahkemesi gibi taraflara ve kamuya kapalı bir yargılama ile dosya üzerinden hüküm verilmesi, toplumun adalet duygusunu ve yargıya olan güvenini sarsacaktır.

3-Doğrudanlık yargılamanın basit, çabuk ve ucuz şekilde sonuçlanmasına aracılık eder.

Hüküm verici mahkemenin, doğrudanlık ilkesine aykırı olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığa neden olan temel konuyu dosyalara bakarak öğrenmek zorunda olan bir başka mahkemeyi istinabe etmesi, bu yolla delillerin toplanması işini gerçekleştirmesi, davanın uzamasına ve dava masraflarının artmasına yol açacaktır. Bunun yerine delillerin hüküm verici mahkeme önünde doğrudan doğruya incelenmesi halinde, hem istinabe için duruşmalara ara verilerek delillerin toplanmasının beklenmesine ve toplanılan delillerin sonucu hakkında yeniden değerlendirme yapılarak duruşmanın parçalanması suretiyle oluşacak zaman kaybı engellenmiş olacak; hem de delillerin toplanması işinin istinabe edilen hâkime aktarılması ve bu hâkim tarafından hazırlanan zabtın, yargılama makamı tarafından da yeniden incelenmesi sureti ile yargılama organları arasında oluşacak iş yükünün daha fazla artması engellenmiş olacaktır.

[4] Daha detaylı bilgi için bkz. **Özekes,** Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara–2003.

4-Yargılama makamının deliller hakkında kişisel izlenim elde etmesine aracılık sağlar.

Her ne kadar ülkemiz hukuk yargılama usulünde delillerin değerlendirilmesinde hâkimin takdir yetkisini kısıtlayacak şekilde kanuni delil sistemi geçerli olsa da HMK da kabul edilen davayı aydınlatma yükümlülüğü gereğince hâkimin, hüküm kurarken her türlü yasal zorlamadan uzak tutulması, delilleri vicdani kanaatine göre serbestçe takdir etmesinin sağlanması gereklidir (hâkimin delillerin takdirini serbestçe yapması ilkesi). Hakime delilleri takdir yetkisinin tanındığı durumlarda da hakimin delilleri değerlendirirken daha hassas davranması, deliller hakkında kişisel izlenimde hata yapmamak için doğrudanlık ilkesine uygun hareket etmesi gerekir. Bu bağlamda hâkimin örneğin tanık delili hakkında doğru değerlendirme yapabilmesi için onun doğrudan ifadesini alması, ifade psikolojisi biliminin verilerinden de yararlanarak tanık ifadesinin analizini yapması gerekir. Bu bakımdan mahkemelerce sıkça başvurulan tanık delilinin ifade psikolojisi bilimi çerçevesinde analizine ilişkin adalet akademisinde eğitim verilmesinin ülkemiz hukuku açısından ve doğrudanlık ilkesine katkı açısından faydalı olacağı aşikârdır.

II. Doğrudanlığın Türleri

Hukuk yargılamasının ve ceza yargılamasının bir yapı prensibi olarak tanımlanan doğrudanlık ilkesinin ne anlama geldiği ve bu soyut kavramın kapsamı oldukça tartışmalıdır. Doğrudanlık ilkesi, öğretide genel kabul gördüğü üzere, şekli (subjektif) anlamda doğrudanlık ve maddi (objektif) anlamda doğrudanlık olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Ancak Alman hukukunda kabul edilen bu ayrıma daha adil bir yargılama için 3. bir doğrudanlık türü olarak zamansal doğrudanlığında eklenmesi gereklidir. Esasen bu ayrım teorik bir anlam ifade etmekte olup, bunların birbirinden bağımsız ele alınması mümkün değildir. Çünkü doğrudanlık ilkesinin şekli, maddi ve zamansal boyutu birbirini tamamlayıcı niteliktedir.

Şekli anlamda doğrudanlık, tarafların dinlenmesinin, duruşmanın ve delillerin toplanmasının doğrudan doğruya hüküm verici mahkemenin huzurunda yapılması gerektiği anlamına gelir. Diğer bir anlatımla şekli anlamda doğrudanlık, arada başkaca hâkim ve mahkemeye ait mutavassıtlar olmaksızın hükmün verilmesidir. Şekli anlamda doğrudanlık ilkesinin tanımı gereğince sadece bütün davayı yaşamış olan, tarafların konuşmalarını dinlemiş ve

delillerin toplanmasında hazır bulunmuş olan kişi bir kararın sorumluluğunu taşıyacak durumdadır[5].

Delillerin şeklî doğrudanlık ilkesi kapsamında incelenmesinin geçerliliği ve önemi hukuk muhakemesi için tartışılmazdır. Bununla beraber sıkı ispatın bir unsuru olan şekli doğrudanlık ilkesi, muhakemenin işleyişini ağırlaştırabilir. Bu nedenle hüküm verici mahkemenin huzurunda delil ikamesinin imkânsız veya çok zor olduğu hallerde şekli doğrudanlık ilkesinden tavizler verilebilmektedir. Bunun nedeni yargılamada şekli anlamda doğrudanlık ilkesinin önemi kadar usul ekonomisi ilkesinin de önemli rol oynamasıdır. Böyle bir durumda mahkeme delilin önemine ve durumuna göre iki ilke arasında uygun bir seçim yapmalıdır (HMK m.218)[6].

Şekli anlamda doğrudanlıkla ilgili kanundaki en önemli düzenleme "delillerin incelenmesi ve istinabe" başlığı altında HMK m.197'de yer almaktadır. Madde'ye göre, kanunda belirtilen haller dışında deliller, mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Maddenin gerekçesinde Türk medeni usul mevzuatında ilk defa doğrudanlık ilkesinden bahsedilmiş, kanunun zaten özünde yer alan ilkeye kanun koyucu tarafından ilk kez atıfta bulunulmuştur. Gerekçede, delillerin mahkeme huzurunda ve mümkün olduğunca birlikte ve aynı duruşmada incelenmesinin sebebinin doğrudanlık ilkesi olduğu açıkça vurgulanmıştır. Maddeden çıkan sonuca göre, delilleri değerlendirecek olan hâkim şekli doğrudanlık gereğince araya kimse girmeden delilleri bizzat görüp incelerse daha doğru karar verebilecektir.

Şeklî doğrudanlık ilkesi sadece, mahkemenin belirli bir delil aracını nasıl tüketmesi gerektiği sorusuna yanıt arar. Bununla birlikte o, mahkemenin hangi delil araçlarını tamamen kullanması gerektiği sorusu için yararsızdır. **Maddi anlamda doğrudanlık** ise hakimin huzurunda toplanılan deliller içinden ispatı gereken konuya en yakın delil aracını kullanmasına verilen addır. Buna göre hakim hüküm tesis ederken ispatı gereken konuya en yakın delil aracını, doğrudan delilleri kullanmalı, sonradan oluşturan delil aracını, dolaylı delilleri kullanmaktan kaçınmalıdır. Buna göre mahkeme, halen görülebilen bir durum

[5] Ceza Hukukunda Doğrudanlık İlkesi'nin görünümü hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Şahin,** Cumhur: Ceza Muhakemesinde İspat, Delillerin Doğrudan Doğruyalığı Ankara–2001.

[6] HMK m.218'in gerekçesinde mahkemenin iki ilke arasında kalması halinde ne yapacağına ilişkin bir düzenleme vardır. Gerekçeye göre, "özel bir ortamda korunması gereken ya da taşınması güç olan belgelerin uyuşmazlığın çözümüne etkisi olacağına karar verildiği takdirde mahkemeye getirilmesi zor ve sakıncalı belgeler yerinde incelenecektir. Zira mahkemece değerlendirilmeyen ve tarafların bilgisine sunulmayan hiçbir delil veya belge hükme esas alınamaz. Aksinin kabulü, hukukî dinlenilme hakkına ve adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır". Burada kanun koyucu doğrudanlık ilkesi ile usul ekonomisi arasındaki dengeyi gözeterek, doğrudanlık ilkesinin uygulanmasını mümkün kılmıştır.

hakkında olay yeri keşfi yapılması yerine bir tanığı olay yeri keşfi aracısı olarak sorgulamamalı veya görgü tanıklarının, tarafların ifadelerini dinlemek yerine önüne konulan istinabe tutanakları üzerinden karar vermemelidir. Mahkemenin, önüne konulan ifade tutanağını duruşmada okuyarak bilgilenmesi halinde, orijinal delil ile mahkeme arasına iki aracı girmektedir, bunlardan ilki, ifade sahibinin ifadesini alan görevli, ikincisi ise duruşmada okunacak olan tutanaktır.

Zamansal doğrudanlık ise duruşma esnasında hâkimde oluşan kanaatin zaafa uğramaması, canlı kalabilmesi için ilgililerin mümkün olduğu olduğu kadar duruşmada hazır bulundurulması, duruşmanın aralıksız yapılması yapılması ve mümkün olduğunca kısa bir süre içinde karar verilmesini gerektirir. Kanunlarda kural olarak yargılamanın süresi ile ilgili mahkemelere herhangi bir mühlet buyrulmadığından, delillerin zamansal doğrudanlık gözetilerek değerlendirilmesinin her şeyden evvel davaya bakan hâkime davayı seri icra etmesi için bir çağrı niteliğinde olacağını düşünüyoruz. Zira yargılama uzadıkça, duruşmalar arasındaki süreler arttıkça unutmalar yaşanması söz konusu olabilecek, bunun neticesinde yargılama makamında yer alan süjeler ancak duruşma tutanaklarıyla yetinmek zorunda kalabileceklerdir. Bu durumda daha önceki duruşma tutanakları hükümde hayati rol oynayacaktır. Bu gerçekliğe rağmen önceki duruşmalar esnasında birçok noktanın tutanağa geçirilmemiş olması mümkündür. Yargılama sürecinde duruşmanın ertelenmesi halinde araya giren gereğinden fazla süre, zamansal doğrudanlık ilkesinin ortadan kalkmasına sebep olacak, bu da mahkemenin aslında hafıza tazeleyicisi işlevi gören önceki duruşma tutanaklarına göre, dolaylı yoldan hüküm kurmasına sebep olabilecektir. Zamansal doğrudanlık ilkesinin bir gereği de, HMK m.294/2'de belirtildiği gibi, hükmün yargılamanın sona erdiği duruşmada verilmesi ve araya zaman girmeden tefhim olunmasıdır. Bunun aksi zadece yargılamayı uzatmaz aynı zamanda gerekçeli kararın yazılmasının gerilere bırakılması, kararın daha sonra zabıtlardan okunarak verilmesine, delillerin takdirinde hataya düşülmesine neden olur. Bu yüzden delillerin toplanırken mümkün mertebe sözlü duruşma ile bağlantı sağlanıp bunun hemen akabinde karar verilirse, o zaman doğrudanlık ilkesinin gerekliliklerine uyulmuş olunur.

III. Doğrudanlık İlkesinin İstisnaları

İstinabe: Doğrudanlık ilkesinin en önemli istisnası sayılabilecek istinabe yoluna mahkemelerin keyfi olarak müracaat etmesini engellemek için, kanun koyucu sıkı şartlar öngörmüş ve istisnai durumlarda istinabe yolu ile mahkemenin kendi yargı çevresi dışındaki işlemleri başka mahkeme tarafından yaptırmasına müsaade etmiştir.

Naip Tayini: Mahkemenin kendi yargı çevresi içerisinde ve fakat mahkeme binası dışında yapılacak bir usuli işlem için o mahkeme hâkimlerinin

o işlemi gerçekleştirmek için toplu halde o yere gitmeyip, sadece bir üyenin o işlemi yapmakla görevlendirilmesine naip tayini denir. Bu şekilde üye hâkim tarafından yapılmış tahkikat işlemi bizzat heyet tarafından yapılmış sayılmaktadır. Tahkikata katılmayan hâkimler, tahkikat hâkiminin hazırladığı dosya vasıtası ile hükme esas teşkil edecek vakıalar hakkında bilgi edinirler ve edindikleri bilgiye göre heyet halinde karar verirler ki bu da doğrudanlık ilkesine aykırılık teşkil eder.

Mahkemeye Sunulan Yazılı İfade: Hukuk yargılama usulünde tanıklar kural olarak mahkeme huzurunda sözlü olarak dinlenir. Ancak HMK m.246'ya göre, hâkim gerekli görülen hâllerde, sözlü olarak dinleme yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir. Bu şekilde tanığın verdiği yazılı ifade yoluyla mahkemenin delil toplaması olayında, doğrudanlık ilkesinin delinme ölçüsü, naip hâkim veya istinabe yoluyla delil toplanırken doğrudanlık ilkesinin delinmesinden daha ağırdır.

Hâkim Değişikliği Sebebiyle Doğrudanlık İlkesinin İhlali: Medeni yargılama hukukunda doğrudanlık ilkesinin delinme sebeplerinden biri de yargılamayı yapan hâkimin yargılama sürecinde çeşitli nedenlerle değişmesi halidir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda, fiiliyatta oldukça sık rastlanan hâkim değişikliği hallerinde nasıl işlem yapılacağı sorusunu ayrıntılı olarak düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Buna ilişkin bir durumda Alman Yüksek mahkemesi doğrudanlık ilkesi bakımından şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır, "Eğer delillerin toplanmasından sonraki bir hâkim değişikliğinde farklı hâkimlerden tertip edilen mahkeme, son duruşmada, ifadeyi alan hâkim tarafından dinlenen bir tanığın kişisel inanırlılığından şüphe ediyorsa veya esas karar için bir delil hakkında kendi izleniminin gerekli olduğunu düşünüyorsa, delillerin toplanmasının yeni terkib olunan yargılama makamının huzurunda tekrar edilmesi kaçınılmazdır. Bu durum dışında terkib olunan yeni mahkemece, önceden toplanmış delillere dayanılarak hüküm verilmesi doğrudanlık ilkesinin ihlali sayılmaz.

Modern İletişim Araçlarının Kullanılması Yolu İle Doğrudanlığın İhlali: Video konferans yöntemi kullanılarak dinleme yapılması, mahkeme huzurunda doğrudan dinleme yapılması ile aynı anlama gelmez. Zira videokonferans yöntemi ile yapılan dinleme işleminde, mahkeme kendi duyularıyla değil teknik imkânların izin verdiği imkânlarla davadaki ilgilileri dinlemektedir. Fakat yine de video konferans yöntemi ile taraf, tanık, bilirkişi dinlenmesi, isticvabın yapılması, yeminin eda edilmesi, doğrudanlığı ihlal eden diğer haller gözönüne alındığında oldukça hafif bir ihlal olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda videokonferans yöntemi, doğrudan dinleme ile istinabe yoluyla dinleme arasında bir yerde durmaktadır.

IV. Doğrudanlık İlkesine Aykırılığın Sonuçları

1) İlk derece yargılaması İçinde Aykırılığın Giderilmesi

İlk derece mahkemesi, doğrudanlık ilkesini bazen duruşma esnasındaki davranışları ile bazen de verdiği ara kararlar ile ihlal edebilir. Örneğin istinabeye başvurulmasına gerek olmayan bir durumda mahkeme istinabe yoluna başvurmuş olabilir. Bu durumlarda hakkı ihlal edilen kimsenin ara karara itirazı üzerine veya mahkemenin kendiliğinden bu durumu farketmesi üzerine, henüz nihai karar verilmeden bu ihlali düzeltmek mümkünse, mahkeme bu ihlali giderecek veya telafi edecek tedbirleri almalıdır. Böylece adaletli bir yargılamanın ve doğru bir kararın önündeki engel, en kısa sürede ve ihlal eden yargılama makamının önünde, kanun yoluna başvurulmasına gerek kalmadan giderilmiş olacaktır.

2) Kanun Yollarına Müracaat ile aykırılığın giderilmesi

Türk hukukunda, mahkemelerin doğrudanlık ilkesini ihlal eden kararları genel olarak delillerin toplanmasına ilişkin ara karar niteliğindedir. Bu nedenle bu kararlar nihai kararla birlikte temyiz edilebilir. Hüküm verici mahkeme, doğrudanlık ilkesine riayet etmesi için, vereceği ara kararlara karşı doğrudan bir kanun yolu ile zorlanamaz ise de, doğrudanlığın ispat hukukunun en önemli ilkelerinden birini teşkil ettiği ve ona riayet edilmemesinin yargının kalitesi için oldukça tehlikeli sonuçlar doğuracağını dikkate almalıdır. Bu bakımdan HMK'da ara kararlara ilişkin düzenlemeler, HMK m.197 ile bağlantılı olarak kelimesi kelimesine yorumlandığında bu ilkeye karşı bir ihlalin, hukuk yargılamasında yaptırımsız kaldığı şeklinde anlaşılması, yasanın genel içeriğiyle de bağdaşmayacaktır.

V. Sonuç Yerine: HMK hükümlerinin Doğrudanlık İlkesi Açısından Değerlendirilmesi ve Öneriler

1) Video Konferans Yöntemi ile Ses ve Görüntü Nakli Yapılması İmkânının Yargılama Usulüne Girmesi (HMK m.149)

Hukuk Muhakemeleri Kanununda doğrudanlığın etkin bir şekilde uygulanmasına yönelik pek çok hüküm yeralmaktadır. Bunlardan birisi video konferans yöntemi ile ses ve görüntü nakli yapılması imkânının yargılama usulüne girmesidir. Buna göre, tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme; başka yerde bulunan tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın ses ve görüntü nakli ile dinlenilmesine izin verebilecektir. Taraflar buna rıza göstermezse bu deliller istinabe yöntemi ile toplanacaktır. Yemin ve isticvap delillerinin toplanmasında ise mahkeme, videokonferans yöntemine tarafların rızası olmaksızın re'sen başvurabilecektir. Esasen yargılama da doğrudanlık ilkesine önemli katkılar sağlayacak olan ve mahkemeyi usulün amacı olan maddi gerçeğe daha fazla

yaklaştıracak olan videokonferans yöntemi ile (yemin ve isticvaptan ayrı olarak) tanık ve bilirkişi gibi delil araçlarının dinlenilmesi yöntemini, tarafların rızasına bırakmak tarafların tasarruf yetkisini, doğrudanlık ilkesi aleyhine genişletmek manasına gelmektedir. Bunun yerine başka yerde bulunan tanık, bilirkişi, uzman veya bir tarafın dinlenilmesinde de mahkemece öncelikle videokonferans yöntemine müracaat edilebilmeli, bu mümkün olmuyorsa istinabe yoluna başvurulabilmelidir.

2) İstinaf Yolunda Tahkikat İşlemleri (HMK m.153, HMK m.354)

Doğrudanlık ilkesinin kanun yollarında uygulanması ile ilgili olarak HMK m.354'te istinaf yolunda tahkikatın ne şekilde yapılacağı tarif edilirken, doğrudanlık ilkesinin ihlal edilmesine sebep olabilecek dolaylı yollarla tahkikat yöntemine de zemin oluşturulmamalıdır. Zira ülkemizce benimsenen istinaf yargılamasının özelliği gereği bölge adliye mahkemesi, ilk derecedeki tahkikattan farklı olarak, denetim çerçevesinde gerekirse yeniden dava konusu hakkında inceleme yapabilecektir. Madde ile, incelenen konunun önemine ve kapsamına göre, incelemenin doğrudan bölge adliye mahkemesi heyeti tarafından yapılmasına veya heyetçe görevlendirilecek bir naip üye tarafından yürütülmesine olanak sağlanmaktadır[7].

Bununla birlikte bölge adliye mahkemelerinin normal adliyeler gibi her ilde kurulmayıp birden fazla ili kapsayan belirli bölgelerde kurulması, (işlemin yapılacağı yerin, bölge adliye mahkemesinin yargı çevresinde bulunmakla beraber onun faaliyet gösterdiği il merkezinde olmaması) doğrudanlık ilkesine uygun şekilde yapılması gereken; keşif, bilirkişi incelemesi, tanık dinlenmesi gibi işlemler bakımından sorun oluşturabilecektir. Ayrıca bölge adliye mahkemelerince delil toplanması işleminin bu gibi hallerde heyet olarak veya naip üye tayin ederek yapılması doğrudanlık ilkesinin ihlaline neden olabilecektir. Kanunun gerekçesinde bu gibi sorunların istinabe kurumuna müracaat edilerek çözümlenebileceği belirtilmiştir. Bu çözüm ile birlikte, HMK m.153'te yer alan "dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir." hükmünden faydalanmak doğrudanlık ilkesi ihlalinden doğan zararlı sonuçları asgariye indirebilecek bir yöntem olarak düşünülebilir. Hükümde "Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamayacağı" da düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesine bakıldığında hükmün amacının yargılamanın selametini sağlamak, tarafları teşhir etmemek ve özellikle hâkim ve tanıkları etki altında bırakma girişimlerinin önüne geçmek olduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimizce hükme

[7] Daha detaylı bilgi için bkz. **Akkaya,** Tolga: Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara-2009.

yapılacak ek ile, duruşma esnasında doğrudan doğruya yapılan taraf, tanık ve bilirkişi dinlemelerinin; mahkeme izniyle, tarafların kanun yollarına başvurması halinde üst mahkemeye gönderilmek üzere, (yazılı ifade tutanağı ile birlikte) görüntülü ve sesli olarak kayda alınması, bu kayıtların diğer evraklarla birlikte üst mahkemeye gönderilmesi mümkün kılınabilir. Böyle bir imkân, istinaf mahkemelerinde yapılacak olan incelemeye istinabe yolu ile ilgililerin dinlenilmesinden daha fazla katkı sağlayabilir. Bununla birlikte hepsinde olmasa dahi en azından il merkezlerindeki adliyelerde videokonferans yöntemine uygun salonların tefriş edilmesi ve delil toplanması işlemlerinin mümkün olduğunca bu salonlardan faydalanarak yapılması doğrudanlık ilkesinin ihlalinin azalmasına katkı sağlayacaktır.

3) Kısa Karar ve Gerekçeli Kararın Yazılması Süresi (HMK m.294/4)

Kanun, yargılama esnasında delillerin mümkün olduğu kadar kısa sürede ve bir arada ileri sürülmesini, hâkiminde sürülen delilleri duruşmada inceleyerek kısa sürede hüküm vermesini amaçlamaktadır. Bu şekli anlamda doğrudanlığın tamamlayıcısı olan zamansal doğrudanlık ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bu amaca uygun olarak pek çok yeni hüküm tesis etmiştir. Bununla birlikte zamansal doğrudanlık ilkesinin bir gereği de, hükmün yargılamanın sona erdiği duruşmada verilmesi ve tefhim olunmasıdır. HMK m.294/4'te, zorunlu nedenlerin varlığı halinde, duruşmada sadece hüküm sonucu tefhim edilerek hüküm verilmişse, hükmün gerekçeli kararının da hükmün tefhiminden itibaren bir ay içinde yazılması gerekliliği düzenlenmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öteden beri var olan ve zamansal doğrudanlığı ihlal eden otuz günlük gerekçe yazılma süresinin, daha kısa bir süreye indirilmesi ile zamansal doğrudanlığın daha az ihlal edilmesi sağlanabilecektir.

4) Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme (HMK m.401/1)

Hukuki koruma tedbiri türlerinden olan delil tespiti konusunda HMK m.401 ile yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. HMK m.401 /4'e göre, dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında, sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir. İhtiyati tedbir müessesesindekine benzer şekilde düzenlenen fıkra hükmü, doğrudanlık ilkesinin amacına uygundur. Buna karşın HMK m.401/1'de, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespitinin, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteneceği düzenlenmiştir. Fıkra'nın lafzı ve içeriği Hukuk Muhakemeleri Kanununda gözetilen temel ilkelerden biri ve inceleme konumuz

olan doğrudanlık ilkesi ile çelişki yaratabilecek niteliktedir. Zira, henüz dava açılmadan önce talep edilecek delil tespiti konusunda fıkranın lafzına göre, talepte bulunana iki seçenek sunulmaktadır. Delil tespitini isteyen kişi isterse delil tespitini davaya bakacak olan mahkemeden isteyebilecek, isterse de üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteyebilecektir. Madde'nin lafzından çıkan sonuca göre, talepte bulunan kimsenin tespitini istediği deliller, asıl davanın açılacağı yerde bulunsa bile, kişinin bu seçimlik hakkını kullanmasına herhangi bir mani bulunmamaktadır. Delil tespitini isteyecek olan kimse, davaya bakacak olan mahkeme delillerin bulunduğu yerde bulunmasına rağmen kanunda yer alan "delillerin bulunduğu yerin sulh mahkemesi de görevli ve yetkilidir" hükmüne dayanarak bu mahkemeden de delillerin tespitini yapmasını isteyebilecektir. Daha sonradan örneğin bir boşanma davasının o yerdeki asliye hukuk mahkemesinde açılması halinde, davaya bakacak olan mahkeme, kendi yargı çevresinde bulunmasına rağmen kendi toplamadığı delillere dayanarak hüküm vermek zorunda kalabilecek veya doğrudanlık ilkesine uygun bir yargılama için usul ekonomisini de ihlal etmeyi göze alarak aynı delilleri bir kez de kendisi toplamak zorunda kalabilecektir. Kanımızca kanun koyucunun madde düzenlemesindeki asıl amacı doğrudanlık ilkesine zıtlık teşkil edecek böyle bir sonucun ortaya çıkması değildir. Ancak madd madde'nin lafzı uygulamada böyle bir sonucun ortaya çıkması tehlikesine müsaittir. Bu tehlikenin önlenmesi ve kanun koyucunun amacına uygun olarak doğrudanlık ilkesine uygun hakkaniyetli bir yargılamanın yapılması açısından madde düzenlemesinin, "Henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya **üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şey veya tanık olarak dinlenilecek kişi esas davaya bakacak olan mahkemenin yargı çevresi dışında ise**, o yerdeki sulh mahkemesinden istenir." şeklinde yorumlanması kanaatimizce daha uygun olacaktır[8].

[8] Daha detaylı bilgi için bkz. **Arslan,** Aziz Serkan: 6100 sayılı HMK Madde 401 Hükmüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.1, 2012.

KAYNAKÇA:

Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul–1979.

Alangoya, Yavuz/ **Yıldırım,** Kamil/ **Deren-Yıldırım,** Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, B.7, İstanbul–2009.

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, B.3, Ankara–1948.

Arslan, Ramazan/ **Tanrıver**, Süha: Yargı Örgütü Hukuku, B.2, Ankara–2001.

Arslan, Aziz Serkan: 6100 sayılı HMK Madde 401 Hükmüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.1, 2012.

Cremer, Rudolf: Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Zivilprozeß, Lübed-1929.

Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul-2011.

Koukouselis, Maria: Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, Inbesondere bei der Zeugenvernehmung, Frankfurt-1990.

Kurt, Nesibe: Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara–2008.

Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara–2003.

Paeffgen, Theodor: Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Zivilprozeß, Köln-1935.

Pekcanıtez, Hakan/ **Atalay,** Oğuz/ **Özekes,** Muhammet: Medeni Usul Hukuku, B.11, Ankara–2011.

Rohwer, Wiebke Annelene: Materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme: Ein Prinzip der StPO wie der ZPO, Kiel-1972.

Şahin, Cumhur: Ceza Muhakemesinde İspat, Delillerin Doğrudan Doğruyalığı, Ankara–2001.

Yıldırım, M. Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul–1990.

III. OTURUM

TÜRK HUKUKUNDA YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİ

Doç. Dr. Seda ÖZMUMCU*

I. Genel Olarak

Günümüz hukuk sistemlerinde kanunlar hazırlanırken, belli bir sebep ve amaç doğrultusunda hareket edilmektedir. Bu anlayış yargılama hukuku alanında da aynı şekilde geçerlidir. Dolayısıyla yargılama hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler yapılırken de esas alınması gereken temel ilkeler bulunmaktadır. Buna bağlı olarak her medeni muhakemeye ilişkin kanunlar bu usuli ilkeler esas alınarak bunun üzerine inşa edilmektedir. Yargılama boyunca tarafların ve hâkimin davadaki rollerinin ne olacağı, muhakemenin nasıl cereyan edeceği konusunun özünde bütün bu usuli ilkeler yer almaktadır.[1]

Nitekim her kanun, ait olduğu ülkenin seçmiş olduğu ideoloji doğrultusunda hareket etmektedir. Bu ideoloji doğal olarak, yargılamaya ilişkin kanunlara da yansımakta ve şekil almaktadır. Medeni yargılamaya ilişkin kanunlar hazırlanırken dikkate alınması gereken ve geçerli olarak kabul edilmiş temek prensipler bulunmaktadır. Her mevzuatta olduğu gibi medeni yargılama kanunlarına ilişkin yasal düzenlemeler de temel dayanaklarını o ülkede geçerli olan Anayasal ilkelerden almaktadır. Kıta Avrupası ülkelerinde yargılama kanunları hazırlarken iki temel felsefeden hareket edilmiştir. Bunlardan birincisi, sosyalist dünya görüşünün egemen olduğu, kamu menfaatini ve hâkimin rolünü ön planda tutan, re'sen araştırma ilkesini (Unterschungsmaxime) benimseyen sistemdir. İkincisi ise, liberal dünya görüşünün hâkim olduğu ve yargılamada taraf menfaatlerini ön planda tutan, dava konusu üzerinde tarafların iradelerine ve tasarruf yetkilerine öncelik veren, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi (Verhandlungsmaxime) ilkesini kabul eden anlayışta kendisini göstermektedir.[2]

---

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Muhakeme Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Abdurrahim KARSLI, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2014, s.237.

2 KARSLI, s. 237-238.

II. Re'sen Araştırma İlkesi

Medeni yargılama hukukunda dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin karşısında re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesi (untersuchungsmaxime) yer almaktadır.[3] Bu ilkenin egemen olduğu uyuşmazlıklarda; taraf, mahkemeden bir talepte bulunmaktadır. Tarafın bu talebine ilişkin olarak mahkemeden bir hüküm almak istemesi üzerine cereyan muhakemede, uyuşmazlığın konusu üzerinde tasarrufta bulunması kendi hâkimiyet alanından çıkmaktadır. Şöyle ki; bu talep ile birlikte, ihtilafın çözümlenmesine ilişkin dava malzemesinin toplanması konusunda davanın önünde görüldüğü mahkemenin hâkimi de re'sen harekete geçebilme yetkisine sahip bulunmaktadır. Bunun anlamı şudur: hâkim, tarafların yargılamaya getirdiği dava malzemesinin yanında, getirmedikleri dava malzemesini de dikkate almak zorundadır. Bir başka ifade ile re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi sadece tarafın tasarrufunda değildir. Hâkim de hükme esas teşkil edecek olan vakıalar hakkında bilgi edinmek amacıyla tarafların yargılamaya getirmedikleri dava malzemesi hakkında, uyuşmazlığın taraflarından bağımsız olarak, araştırma yapmak yetkisine sahiptir.[4] Böyle bir istisnanın kabul edilmesinin altında yatan anlayış, kamu düzeni düşüncesidir.[5]

III. Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulama Alanı Bulduğu Uyuşmazlıklar

Medeni yargılama hukukunda re'sen araştırma ilkesi, genellikle kamu düzeninin ön planda olduğu ihtilaflarda uygulama alanı bulmaktadır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanma alanı bulduğu davalar, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf etmelerinin mümkün olmadığı uyuşmazlıklardır.[6] Bu davalara örnek olarak, kişilik haklarını koruyan davalar, boşanma ve ayrılık davaları, babalık davaları, evlenmenin butlanı, nüfus kayıt düzeltme davaları gösterilebilir.[7] Fakat kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu uyuşmazlıklar sadece bu davalar ile sınırlı değildir.

---

3 Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s.1923; KARSLI, s.260.

4 Andreas RENGGLI, Das Untersuchungsverfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung (§ 102 ff. ZPO), Zürich, 1970, s.32; KURU (C.II) , s.1923; Yavuz ALANGOYA, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979, s. 9; H. Yavuz ALANGOYA/ M. Kamil YILDIRIM/ Nevhis DEREN – YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, 2009, s.183-184; KARSLI, s.260-261.

5 KURU (C.II), s.1923.

6 KURU (C.II), s.1924; KARSLI, s.261; Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/ Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2013, s.366.

7 KARSLI, s. 261-262, 469.

IV. Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulanmasına Bağlanan Hukuki Sonuçlar

1. *Re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu ve hâkimin verdiği hükme esas teşkil edecek olan dava* malzemesinin *toplanması ile görevli olduğu davalarda, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanmaz*.[8]

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak yazılı yargılama usulü ile basit yargılama usulünde iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının başladığı anları birbirinden ayrı yasal düzenlemelere bağlı tutmaktadır. Bu bağlamda yazılı yargılama usulünde uygulama alanı bulan HMK.md.141 hükmüne göre, " *Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.*" denilmektedir. Buna karşılık, basit yargılama usulünde uygulama alanın bulan HMK.md.319 hükmü gereğince, "*İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar.*" denilmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü yasal düzenlemeler gereğince, yazılı ve basit yargılama usulünde iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının farklı zamanlarda başlıyor olması, re'sen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklar bakımından, hangi yargılama usulü uygulanırsa uygulansın herhangi bir değişikliğe sebep vermeyecek ve iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanmayacağından bahisle, yargılamaya yeni vakıaların getirilmesi mümkün olabilecektir.

2. *Re'sen araştırma ilkesinin uygulanma alanı bulduğu uyuşmazlıklarda, ortaya çıkan hukuki sonuçlardan bir başkası delil sözleşmesinin yapılamamasıdır.*[9]

6100 sayılı HMK. md.193 hükmü gereğince, " *Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını*

[8] KARSLI, s. 469. Bu konuda ayrıca Bkz. KURU (C.II), s.1732; PEKCANITEZATALAY/ ÖZEKES, s.366.

[9] KARSLI, s.261.

kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler." denilmektedir.

Yargılama hukukunda, tarafların usul sözleşmeler yapabilmelerine sınırlı alanlarda izin verilmektedir. Bunlardan biri de delil sözleşmeleridir. Taraflar bu şekilde, belirli vakıaları kendi özgür iradeleri ile kanunda öngörülen delillerden başka deliller ile ispat edebilecekleri hususunda anlaşma yapabilirler. Böylelikle tarafların dava malzemesi üzerinde tasarruf haklarını kullanmaları ve uyuşmazlığın hangi deliller ile ispat edileceğini belirlemeleri mümkün olmaktadır. Medeni yargılama hukuku alanında tarafların delil sözleşmeleri yapabilmeleri, hâkimin dava malzemesini toplama yetkisinin bulunduğu re'sen araştırma ilkesinin uygulanma alanı olduğu davalar bakımından farklılık oluşturmaktadır. Zira hâkim, re'sen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda, ihtilafın aydınlığa kavuşturulması amacıyla gerekli gördüğü durumlarda, bir delilin getirilmesini isteyebileceği için, tarafların yapmış oldukları delil sözleşmelerinin bir anlamı kalmamaktadır.

3. *Re'sen araştırma ilkesinin uygulanma alanı bulduğu uyuşmazlıklarda, isticvap hükümleri uygulama alanı bulmaz ve tarafların ikrarı da hâkimi bağlamaz.*[10]

Hâlbuki kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkim, tarafların ileri sürdükleri ve fakat kendisinin gerçek olduğuna kanaat getirmediği beyan ve iddiaların mevcudiyeti halinde, gerçeğin ortaya çıkması maksadıyla araştırma yapmak zorundadır. Bu bağlamda uyuşmazlığın taraflarından birinin isticvap edilmesi ve bunun ikrarla sonuçlanması durumunda bile hâkim, tarafın beyanı ile bağlı olmadığından bahisle, bu hususa ilişkin kendiliğinden araştırma yapma yetkisine sahip bulunmaktadır.

İsticvap, davaya konu edilen vakıaların gerçek veya gerçek olmadıkları hususunda, hâkimde kanaat uyandırmak maksadı ile uyuşmazlığın taraflarının, hâkim tarafından sorguya çekilmesidir.[11] Yargılama hukuku alanında isticvaba ilişkin yasal düzenlemelere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 169 ile 175. maddeleri arasında yer verilmiştir. HMK md. 169 hükmüne göre hâkim, yargılamanın iki tarafından her birini kendiliğinden veya talep üzerine sorguya çekebilir. Muhakemede tahkikat aşamasında hâkimin isticvap veya sorguya çekebilmesi, dava konusuna veya onunla bağlantısı olan olaylara ilişkin olmalıdır. Zira isticvabın konusu dava ile ilgili belli vakıalardır. İsticvapta belli olan bir vakıanın ispatı amaçlanmış olduğundan, isticvap sonucunda ikrar elde edilmektedir. Dolayısıyla isticvap ancak bir tarafın kendi

[10] KURU (C.II), s. 1924; KARSLI, s.261,469.

[11] Erdal TERCAN, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara, 2001, s.77.

aleyhine olan vakıalar hakkında edilebilir, aksi halde taraf kendi lehine olan vakıalar için isticvap edemez.

Buna karşılık, hâkim re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalarda, kendisine gerçek görünmeyen iddiaların varlığı halinde, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla araştırma yapmakla yükümlüdür. Taraflardan birinin isticvap edilmesi ve bunun ikrarla sonuçlanması halinde bile hâkim, tarafın beyanı ile bağlı olmayacak ve bu konuya ilişkin olarak yine araştırma yapabilecektir.[12]

Türk yargılama hukukunda, gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda benimsenen genel ilke, yargılamada taraf egemenliğinin ön planda tutulmasıdır. Doktrinde, bu yetkinin hâkim yerine taraflara daha çok tanınmış olmasının medeni yargılama hukukunun gerçeğe ulaşma amacına uygun düştüğü ifade edilmektedir. Medeni yargılama hukukunda, Kanun'da dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin benimsenmiş olmasının nedeni, tarafların kendi lehlerine olan vakıaları daha iyi bilebilecek durumda olmaları ve kendi menfaatlerini yine en iyi kendilerinin koruyabilecek durumda olmaları düşüncesine dayandırılmaktadır. Bununla birlikte, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine ağırlık verilmiş olunmasına rağmen, araştırma ilkesi de yargılama hukukunda önemli ölçüde uygulama alanı bulmaktadır.

4. *Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, kural olarak ikinci tanık listesi verilebilir*.[13]

Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim davanın ispatı için gereken bütün delillere re'sen başvurabilir. Taraflar da duruşma sona erinceye kadar delil gösterebilirler. Hâkim, taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıaları kendiliğinden inceleme konusu yapabilir, tarafların ileri sürmedikleri vakıaları da araştırıp kararını bu vakıalara dayandırabilir. Ayrıca ikinci tanık listesi verilebilir. Taraflar keşif giderlerini ödemezse, keşif giderleri devlet hazinesi tarafından ödenir. Davayı değiştirme yasağı, savunmayı genişletme yasağı uygulanmaz. Bu ilke, davayı aydınlatacak bilgi ve belgelerin temininde tarafların yanı sıra hâkimin de yetkili ve görevli olduğu durumlara ilişkindir.

5. *Re'sen araştırma ilkesi, esas olarak çekişmesiz yargıda uygulama alanı bulmaktadır.*

---

[12] KARSLI, s. 262. Bu konuda ayrıca Bkz. TERCAN, 212 vd.

[13] Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s.2593; KARSLI, s. 262, 469-470.

Buna karşılık, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ise, çekişmeli yargılama alanında uygulanır. Ancak, çekişmeli yargıda mutlaka taraflarca hazırlama ilkesinin uygulama alanı bulması kesin bir kural değildir. Çekişmeli yargıya ait uyuşmazlıklarda istisnai olarak re'sen araştırma ilkesi uygulama alanı bulmaktadır.[14] Örneğin, boşanma ve ayrılık davaları gibi ihtilaflar çekişmeli yargıya tabi oldukları halde, bu davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulanmaktadır. Bu ilkenin uygulandığı davalar daha çok tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardır. Mesela; boşanma ve ayrılık davası, babalık davası, evlenmenin butlanı, nüfus kayıt düzeltme davası, savcının açtığı davalarda, tapulama mahkemesinde, dava şartlarının incelenmesinde bu ilke uygulanır.

6. *Re'sen araştırma ilkesi, tarafların hareket özgürlüklerini kısıtlamaktadır. Bu ilkenin uygulandığı davalarda yemin teklif edilemez*.[15]

Medeni yargılama hukukunda yargılamaya hâkim olan ilkelerin alanı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile daha kapsamlı hale getirilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25.maddesi gereğince, "*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.*

Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz." denilmektedir. Bu ilkenin mefhumu muhalifinden çıkan anlam; hâkimin, Kanun'un öngördüğü hallerde re'sen harekete geçerek, uyuşmazlığın aydınlığa kavuşturulması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla araştırma yapmasına ve delil toplamasına izin verildiğidir. Bu noktadan hareketle, Kanun' da asıl olanın dava malzemesinin taraflarca getirilmesi olduğu ve fakat Kanun'un öngördüğü istisna hallerde ise, hâkimin re'sen harekete geçerek, delil toplamasına müsaade edildiği sonuca varmak mümkündür. Re'sen araştırma ilkesi kamu yararının ağır bastığı ve kamu düzenini gerektiren hallerde uygulama alanı bulan bir yargılama hukuku ilkesidir. Kanun Koyucu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamaya hakim olan ilkeleri başta tasarruf ilkesi (HMK.md.24) ve taraflarca getirilme ilkesi (HMK.md.25) olmak üzere bir üst başlık altında düzenlerken, re'sen hareket ilkesi Kanun'da açık bir şekilde düzenlenmemiş ve Kanunumuz HMK. md.25 hükmünde "Kanunda öngörülen istisnalar dışında" demek suretiyle re'sen araştırma ilkesini kabul etmiştir. HMK.md.25/2 hükmünde de bu bir kez vurgulanmıştır. Kanun

[14] Baki KURU, Nizasız Kaza, Ankara, 1961, s.159 vd.; KURU (C.II), s.1925; Ramazan ARSLAN/Süha TANRIVER, Yargı Örgütü, 2. Baskı, Ankara, 2001, 179; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.366-367.

[15] KURU (C.II), s.1924; KARSLI, s. 262,469.

normunun bu fıkrasında da; hâkimin, Kanunla belirtilen durumlar dışında, kendiliğinden delil toplayamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemeden hareket ile hâkim ancak *Kanun'un kendisine açık bir şekilde yetki verdiği hallerde s*omut bir uyuşmazlıkta re'sen hareket ilkesi gereğince dava malzemesini araştırmaya ve delil toplamaya yetkilidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198.maddesine göre, "*Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir.*" Bu kanun normu, hâkime kanuni istisnalar dışında, taraflarca davaya getirilen dava malzemesine ilişkin delilleri serbestçe denetleyip, değerlendirebileceğini öngörmektedir. Ancak şunu belirtmeliyiz ki, tasarruf ilkesinin söz konusu davalarda, hâkim kesin deliller olarak nitelendirilen ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin delilleri ile bağlıdır. Nitekim bu hallerde, hâkim kesin delillerden biri ile ispat edilen bir vakıayı ispat edilmiş olarak kabul etmek mecburiyetindedir. Bu konuda kendisinin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık, hâkim takdiri delilleri ise, serbestçe takdir eder. Yargılama sırasında hâkimin re'sen başvurabileceği deliller bulunmaktadır. Bunların en önemlisi isticvap, keşif ve bilirkişidir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tasarruf ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim kesin deliller ile bağlı olduğu halde, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim kesin delillerle bağlı değildir.

7. *Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalarda, hâkimin kendiliğinden keşfe karar verdiği hallerde, keşif giderlerinin taraflarca ödenmemesi durumunda, hâkim bu giderlerin devlet hazinesi tarafından ödenmesine karar verebilir***.**[16]

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288.maddesinin 2. fıkrası gereğince, " *Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen alınır*." Bu düzenlemeden de görüleceği üzere, hâkim keşif yapılmasına kendiliğinden karar verebilir. Hâkim tarafından keşif kararı verildiği hallerde, keşif giderlerinin taraflardan biri veya her iki tarafından yatırılmaması üzerine ne şekilde hareket edilmesi gerektiğinin yanıtını HMK. md 325 (HUMK.md.415) hükmü vermektedir. Resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler üst başlığı altında 325. madde gereğince, "*Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvurulan deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir.*" denilmektedir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalarda, hâkim

[16] KURU (C.III), s.2847-2850; KARSLI, s.469.

somut olayın özelliği gerekli kılıyorsa, taraflar talep etmeseler bile, resen keşif yapılmasına karar vermek zorundadır. Bu gibi hallerde, eğer taraflardan hiç birinin keşif masraflarını ödememesi durumunda, hâkim ileride davada haksız çıkan tarafa ait olmak koşuluyla, keşif giderlerinin devlet hazinesinden ödenmesine karar vermek zorundadır.[17]

8. *Kendiliğinden Araştırma İlkesi Dava şartlarının incelenmesinde evleviyetle söz konusu olmaktadır.*[18]

Somut bir uyuşmazlıkta muhakeme sırasında eğer bir dava şartının bulunmadığından kuşku duyulmakta ise, hâkim bu hususu re'sen araştırmak zorundadır.[19] Mahkeme, bu konuda tarafların ileri sürdükleri iddiaları, itirazları ve hatta ikrarları ile bağlı değildir.[20] Bu noktada yargılamanın hangi safhasında bulunulduğunun önemi yoktur. Hatta bu inceleme kanun yolu aşamasında da yerine getirilir. Hâkimin dava şartlarını re'sen araştırma yükümlülüğünün mevcudiyeti, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi prensibinden vazgeçilmesi ve araştırma ilkesinin kabul edilmesi demek değildir.[21]

V. Yargıtay Kararları Çerçevesinde Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulama Alanı Bulduğu Örnek Davalar

Kamu düzeninin ağır bastığı davalarda, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi (Verhandlungsmaxime) kısmen veya tamamen ortadan kalkabilir. Ancak kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalar da esasen geniş bir katalog altında incelemek gerekir. Çünkü bu ilkenin uygulandığı davalar geniş bir yelpaze içinde yer almakta ve tek bir şemsiye altında toplanmamaktadır. Doktrinde Üstündağ'a göre, Yargıtay bazı hallerde, hâkimin derdest davaya çeşitli şekillerde müdahalede bulunmasına yönelik içtihatlar vermektedir. Yazara göre, bu müdahale imkânlarının yasaya uygun düşen ve bu şekilde usulüne uygun olarak yapılmış müdahale olup olmadığından kuşku duyulmaktadır. [22]

---

17 KURU (C.III), s.2847-2850; KARSLI, s.469.
18 KURU (C.II), s.1925.
19 Saim ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s.250; M. Kamil YILDIRIM, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2002, s.50.
20 ÜSTÜNDAĞ, s.250.
21 YILDIRIM, s.50.
22 ÜSTÜNDAĞ, s.250.

A-) ÇEKİŞMELİ YARGI ALANINDA RE'SEN ARAŞTIRMA İLKESİNİN UYGULAMA ALANI BULDUĞU DAVALAR

1. Hizmet Tespiti Davaları

İş ve sosyal güvenlik hukuku kurallarının uygulanmasında kamu müdahalesinin somut hale geldiği temel iki kurum iş denetimi ve iş yargısı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Türk medeni usul hukukunda yargılamaya hâkim olan ilkeler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24-33. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İş hukuku alanında yasal bir düzenleme altında bulunmamakla birlikte uluslararası hukuk uygulamasında kabul gören iş yargılaması ilkelerinden söz etmek gerekmektedir. Bu ilkeler ; 1- Kolaylık, 2- Çabukluk, 3- Ucuzluk, 4- Emredicilik (Kendiliğinden Araştırma), 5- Zayıfın (işçinin) korunması şeklinde beş temel başlık altında toplanmaktadır.[23]

İş hukukunda Kendiliğinden Araştırma İlkesi, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, iş yargılamalarına ilişkin kanuni düzenlemelerin emredici nitelikte olmasıdır.İş Mahkemelerinin görevli kılınması, iş uyuşmazlıklarında yetkinin kamu düzenine ait olması, ispat yükünün genel kural dışında düzenlenmesi gibi kurallar, iş hukuku yargısına ait emredici nitelikteki düzenlemelerdir. İkinci olarak, İş uyuşmazlıklarında kendiliğinden araştırma ilkesinin ön planda tutulması hususudur. [24] İş yargısında tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret konuları tartışmalı hale geldiğinde, iş hukukunun belirtilen kamusal tarafı nedeni ile re'sen araştırma ilkesinin devreye girmemesi mümkün değildir. İş hukuku alanında iş yargısının amacı özellikle sosyal güvenlik açısından işvereni denetlemek ve hukuka uygun şekilde hareket etmesini sağlamaktır. Bu denetimde kamu yararının varlığı tartışmasız bir konudur.[25]

İş Mahkemelerinin sahip olduğu re'sen araştırma ilkesinin kapsamını tayin edecek olan unsur bu mahkemelerde açılacak olan davanın özelliğidir Zira iş mahkemesi re'sen başvuracağı yöntemleri her davanın özelliklerine göre ayrı ayrı tespit edecek, kimi davalar için belgelerin getirilmesini isteyebilecek iken, kimileri için keşif veya bilirkişi incelemesine karar verecektir. Bilgi ve belgenin talep edilmesi bakımından, bilirkişi ve keşfe karar verilmesinde tarafların bu konudaki istemleri olabilmekle beraber, kesin kararı verme yetkisi uyuşmazlığı çözümleyecek olan mahkeme veya hâkime ait bulunmaktadır.[26]

İş hukukunda iş yargısı alanında emredicilik ilkesinin gereği olarak re'sen araştırma ilkesi kabul edilmiş ve gerekli incelemenin ne olduğuna karar

---

[23] Beştaş KAR, İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler, DEÜHF. Dergisi, Cilt: 15, Özel S., 2013, (s.869-882) (Basım Yılı: 2014), s.869-870.
[24] KAR, s. 874 -875.
[25] KAR, s.875.
[26] KAR, s.876.

vermek ve bu incelemeyi yapmak için hâkime bir takdir yetkisi verilmiş bulunmakla beraber, bu kuralın tüm iş uyuşmazlıklarında bütün gerekli olan araştırmanın mahkeme tarafından yapılması gerekir şeklinde geniş yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir.[27] Yargıtay İş Mahkemeleri Kanunu'nda açık hüküm olmamasına rağmen, yerleşmiş kararlarında istikrarlı bir şekilde "*İş ve Sosyal güvenlik hukuku ile ilgili düzenlemeler nitelikçe kural olarak kamu düzeni ile ilgili olduğundan, kusur ve hesap raporlarının alınması ve sair hususların incelenmesi ile gerçeğin saptanması yönünden tarafların istemlerine bakılmaksızın re'sen yerine getirilmelidir*" yönünde kararlar vermektedir.[28]

İş hukuku yargılamasında re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen[29], Yargıtay'ın re'sen (kendiliğinden) delil toplanacağına dair kararları bulunmaktadır.[30] Özellikle hizmet tespit davaları bakımından, Yargıtay'ın 10 ve 21. Hukuk Daireleri yerleşik kararlarıyla, bu davaların kamu düzeni ile ilgili olduğuna dikkat çekmek suretiyle "*özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesinin zorunlu ve gerekli bulunduğu gözetilerek; hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda, tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde, "re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceğini* " belirtmektedir. İş kazası nedeni ile açılan tazminat davalarında da kusur ve zararın belirlenmesinde aynı ilke özellikle kamu düzenini ilgilendirdiği vurgulanarak kabul edilmektedir.[31]

Resen araştırma ilkesinin uygulanması ile ilgili olarak Yargıtay tarafından verilen kararlarda, iş ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili düzenlemelerin niteliği itibariyle kamu düzeniyle ilgili olduğu ve hâkimin gerçeğin aydınlığa kavuşturulması yönünden tarafların istemlerine bakılmaksızın resen araştırmasını yerine getirmesi gerektiği hususları açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay yerleşmiş olan kararlarında özellikle, ücret alacaklarına ilişkin, fazla çalışma taleplerine ilişkin, alt işveren asıl işveren ilişkilerine ilişkin davalarda ve bilhassa kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79 uncu maddesinin 8 inci fıkrasında

---

27 KAR, s.876.

28 KAR, s.876.

29 Erhan BİRBEN/Sezgi ÖKTEM, İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, (s. 1076-1144), s. 1101; Ayşe KILINÇ, İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, TBB Dergisi, 2009, S.89, (s.383-404), s.398; Aynaz UĞUR, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Temel Özellikleri ve HMK Karşısındaki Durumu, TBB Dergisi, 2014, S.110, (s.11-32), s.21.

30 KILINÇ, s.398; UĞUR, s.21

31 Bu konuda geniş bilgi için Bkz. KAR, s.877.

düzenlenen hizmet tespiti davalarında hâkimin resen araştırma ilkesini uygulayarak delilleri resen toplaması gerektiği ifade edilmektedir.[32]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.90.1997 tarihli kararına konu olan somut olayda, "*Taraflar arasındaki "hizmet tespiti" davasında, davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen ve kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmaların tespiti talep edilmiştir. Somut olayda ifadeleri hükme dayanak alınan tanıklardan biri hariç, davacıyla tespiti istenen dönemlerde birlikte çalışan ve kayıtlara geçmiş kişiler olmadığı gibi, aynı çevrede benzer işi yapan başka işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kimselerde değildir. Bu bakımdan tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olgulara dayanmamakta soyut düzeyde kalmaktadır. Somut vakıada, tanık sözlerinin inandırıcı güç ve nitelikte olduğu söylenemez. Öte yandan tespiti istenilen süreler çok öncelere ilişkin bulunduğundan, tanıkların bu sürelerle ilgili bilgileri bugüne değin eksiksiz olarak hafızalarında korumaları da hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmez. Yapılacak iş, davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu göz önünde tutularak, davacı ile birlikte çalışan ve işverenin bordrolarında kayıtlı diğer kişiler ve işverenin müdür, amir, şef gibi görevlileri tespit edilerek anılan kişilerin bilgilerine başvurulmak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir*." sonucuna varılmıştır.[33]

2. İş Güvencesi (İşe İade) ile ilgili Davalar

Doktrinde, iş hukukunun hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında ortaya çıkan özellikleri dikkate alındığında, feshin geçersiz olduğu ve işe iade davalarında kendiliğinden araştırma ilkesinin ağır bastığı ifade edilmektedir.[34] Genel kural kapsamı içinde iş sözleşmesi ile çalışma ve kanun ile işverene yüklenen feshin haklı veya geçerli bir sebeple gerçekleştirilmesi gibi dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi kapsamında kalan olgular dışında genel olarak kendiliğinden araştırma ilkesi söz konusudur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesi ve devamındaki hükümlere dayalı feshin geçersizliği ve işe iade davalarında, davanın açılması için gereken bir aylık hak düşürücü süre ile işçinin iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığı hususunun

[32] Hakan KESER, 4857 Sayılı İK ve 2821 Sayılı SK' nun 31. Maddesi Kapsamında İş Uyuşmazlıklarında Tarafların İspat Yükümlülükleri, (Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş'a Armağan Özel Sayısı), İ.Ü. Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı 50, 2005, (s.661-734), s. 669-670.

[33] Yarg. HGK. 17.09.1997, E. 1997/21-454, K.1997/662. Bu konuda benzer kararlar : Yarg. HGK. 17.10. 2007, E.2007/10-179, K.2007/2729; Yarg. 21. HD.24.10.2003, E.2003/7721, K.2003/8408; Yarg. 10 HD. 15.03.2010, E.2008/19794, K.2010/3637. (www.kazancı.com).

[34] Bektaş KAR, İşe İade (İş Güvencesi) Davalarında Yargılama Hukuku Sorunları, ABD., 2008, Yıl 66, S.1, (s.87-115), s.100.

kendiliğinden araştırma ilkesi kapsamı içinde değerlendirilmesi Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir.[35]

3. Kadastro Davaları

Resen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalardan bir diğeri de kadastro davalarıdır.[36]

Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin 16.05.1997, E.1997/2431, K.1997/2424 sayılı Kararına göre, " Kadastro davaları, çekişmeli yargı niteliğinde olan davalardır. *Kadastro Kanunu'nun 10. maddesi gereğince yetkisizlik kararı ile mahkemeye intikal eden işlerde itiraz eden kişilerin hem davacı hem de davalı sıfatı bulunmaktadır. Bu nedenle karar başlığında tarafların sıfatlarının doğru olarak gösterilmesi gerekirken hepsinin davacı olarak gösterilmesi doğru değildir.*"[37] Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 11.05.2007, E.200775457, K.2007/6245 sayılı Kararına göre, " *Somut olayda; dava kadastro sırasında tespit harici bırakılmış taşınmazın tapuya tescili istemine ilişkin olup, M.Y.'nın713. maddesi gereğince bu tür davalar dava sonunda hakkı etkilenecek olan kişi ve kurumlar ile, taşınmazın sınırları içinde bulunduğu köy ya da beldeye husumet yöneltilerek açılması zorunludur. Hasımsız açılan dava sonucu alınan tapu kaydı, ilgili kamu kuruluşu veya taşınmazın sınırları içinde bulunduğu köy ya da belde, tarafından açılacak bir davada aksi kanıtlanmak suretiyle iptal ettirebilir. Bu tür davalar, çekişmeli yargı davaları olup, hasımsız görülemez.*"[38] *denilmektedir.*

Bununla birlikte Yargıtay, kadastro davalarında re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulamayacağını, sadece 3402 sayılı Kanunu 30/2. maddesinde öngörülen üç halde resen araştırma hükümleri uygulanmakta olduğuna dikkat çekmiştir. Bu üç hal şu şekilde ifade edilmektedir: *Birinci olarak*, "Kadastro Kanununun 10. maddesi uyarınca kadastro komisyonlarınca gönderilen tutanaklara ait davalar: Komisyonca gönderilen bu ihtilaflarda davanın tarafları tespite itiraz dilekçesi verenler ile tutanağın edinme sebebi bölümünde hak iddiasında bulunduğu yazılı olan kişilerdir. Bu kişilerden menfaatleri çatışan bir grup davacı, diğer grup ise davalı olarak adlandırılarak yargılama yapılmalıdır." *İkinci olarak*, "Kadastro Kanununun 27. maddesi uyarınca mahalli hukuk mahkemelerinden aktarılan davalar: Aktarılan dava, yasanın 25. maddesi uyarınca kadastro mahkemesinin görevine gren bir dava olmalıdır. Örneğin "geçit hakkı tesisi" gibi mahkemeden yenilik doğurucu nitelikte karar alınması gereken davalar aktarılamaz. Aktarılmış ve görevsizlik

[35] KAR, (iş güvencesi), s.100.
[36] KARSLI, s.106.
[37] Kararın tamamı için Bkz. YKD.1999/6, C.25, s.821-822.
[38] RG.26686, 31.10.2007.

kararı temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş ise kadastro mahkemesince de görevsizlik kararı verilmelidir. Bu davaların tarafları, aktarılan davanın tarafları ile dava konusu taşınmaza ait kadastro tutanağından hak sahibi olduğu söz edilen kişilerdir." *Son olarak*, " Dava, 30 günlük askı ilan süresi içinde açılan kadastro tespitine itiraz davası olmakla birlikte, dava açan mirasçıdan başka mirasçıların da bulunduğunun anlaşılması halidir: Kural olarak bir mirasçı tarafından tek başına açılan kadastro tespitine itiraz davaları bu kapsamda değildir. Ancak, davacı tarafından mirasçı ketmedilmeye çalışılmış ise, mahkemece bu durumun tespit edilmesi halinde artık re'sen araştırma ilkesi devreye girer. Örneğin davacı (A) gerçekte dört kardeştir ve annesi de hayatta değildir; çekişmeli taşınmazın babasından kaldığı ve taksim edilmediği iddiası ile tereke adına tescil istemiyle dava açmıştır. Burada re'sen araştırma geçerli değildir. Ancak aynı davacının, babasının çok önceden ölen resmi nikâhlı ilk eşinden olan ve davacının dava dilekçesinde sözünü etmediği mirasçılarının da bulunduğu anlaşılırsa artık dava 30/2 kapsamında *re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir dava* haline dönüşür." [39]

Diğer taraftan Kadastro davalarında basit yargılama usulünün uygulanması nedeniyle hukuk usulünde olan "davadan vazgeçme, davadan feragat ve davayı kabul" gibi usulü davayı sona erdiren tasarruf muameleleri, kadastro davalarında ayrı bir işleme tabi tutulmuş olmayıp, genel kurallar geçerlidir. Davadan feragat ve davayı kabul hallerinde dava sona ermektedir. *Kadastro tutanaklarında malik hanesi boş bırakılma söz konusu olmuş ise, taşınmazın henüz hukuksal durumu tespit edilmediğinden davadan feragat mevcut olsa bile hâkim, resen yargılamayı sürdürerek tutanağın malik hanesini dolduracak hukuksal ve geometrik durumları toplamak, bu durumları açığa çıkarmak ve gerçek hak sahibini belirlemek durumundadır.*[40] *Kadastro davalarının geliş şekline göre, yargılama usulü de farklılık göstermektedir. Genel olarak kadastro kanunu basit yargılama usulüne yer vermiş, istisnai olarak da resen araştırma ilkesini benimsemiştir. Kadastro Kanunun 30/2.maddesi, kadastro davalarında hâkimin hangi hallerde tarafların topladıkları delillerden ayrı olarak kendiliğinden de delil toplayabileceğini düzenlemiştir.*[41]

4. Nesebin (Soybağının) Reddi Davaları

Kocanın baba olma karinesi, çocuğu doğuran kadının analığa dair karinesi gibi kesin bir karine sayılmamaktadır. Bu manada Türk MK. md.286

---

[39] Bu konuda geniş bilgi için Bkz. (www. hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/guz/sarikamis/.../ozel6 .pdf).

[40] Yarg. 16. HD. 21.12.2008, E.2009/6164, K.2009/8858 (www.kazancı.com).

[41] Hüseyin TURAN, Kadastro Davalarının Kadastro Kanunu'ndan Kaynaklanan Uzamasının Nedenleri ve Bir Öneri, Bkz. (www.nevsehir.adalet.gov.tr)

hükmü, kocaya ana ve çocuğa karşı, soy bağının (nesebin) reddi davası açarak, babalık karinesini çürütme olanağı tanımıştır.[42] Soybağının reddi davası, niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır ve ancak dava yoluyla kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla, kocanın tek taraflı irade açıklaması ile veya eşi ile yapacağı bir anlaşma ile çocuğun soybağını reddetmesi mümkün değildir. Bu dava babalık karinesi kapsamında yer alan ve babalık karinesinden yararlanan çocukların soybağının kaldırılmasına ilişkin bir davadır.[43]

Nesebin reddi ve babalık gibi konular *kamu düzenine ilişkin bulunduğu için* bu tür davalarda iddia ve uyuşmazlıkların bir evvel çözüme kavuşturulmasında kamu yararı bulunmaktadır. Soybağına ilişkin davalarda MK.md.284/1 hükmü gereği, kendiliğinden araştırma ilkesi uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple, hâkimin kararını tarafları ileriye sürdükleri delillere ve olgulara dayanarak verebilmesi için, bunların varlığına kanaat getirmesi olması gerekmektedir.[44] Dolayısıyla soybağına dair davalarda sadece karşı tarafın kabulüne dayanılarak isteğe uygun karar verilemeyeceğinden taraflardan delillerinin sorulup toplanması, kan ve genetik bulgular yönünden resen araştırma yapılması gerekir.[45]

Uyuşmazlığa konu olan somut olaya göre; " *Soybağına ilişkin davalarda, davalının davayı kabulü tek başına sonuç doğurmayıp, hâkim bu konuda tekniğin ve tıbben tüm imkânlarından yararlanarak re'sen araştırma yapmalıdır. Soybağına ilişkin davalarda hâkim, maddi olguları re'sen (kendiliğinden) araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder (TMK m. 282, 284). Bu tür davalarda davalının davayı kabulü tek başına sonuç doğurmaz. İrs ve soy bağı ilişkisinin, kuşkuya yer bırakmayacak nispette açığa çıkarılması halinde dava kabul edilebilir. Bu konuda tekniğin ve tıbbın tüm imkânlarından yararlanılmalıdır. Taraflar ve üçüncü kişiler, soy bağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları bakımından tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler (TMK m. 284/1-2).*

---

42 Cem BAYGIN, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s.26. Gülnihal PAKSOY, Soybağının Reddi, TBB. Dergisi, 2011, (97), (s.353-376), s.354.

43 BAYGIN, s.27; PAKSOY, s.354.

44 Recep AKCAN, Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, (s.887 – 934), s.925, 928 vd.; Tuğba AKALIN, Babalık Davası (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2008, s.66.

45 Nesebin (soybağının) reddi davaları kamu düzenine ilişkin olduğundan bu davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle soybağının reddine ilişkin olarak açılan ve kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir davada, sıkı bir somutlaştırma yükümlülüğünün aranması doğru olmadığı ifade edilmektedir. (Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Evren KILIÇOĞLU, Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda " Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi"nin Tanınması, Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış, MÜHF-HAD, 2010; C.16, S.3-4, (s.297-307), s.303.

*Somut olayda, mahkemece çocuk ile ana ve babanın kan grupları tespit edilmediği gibi, hiçbir tıbbi araştırma ve inceleme de yaptırılmamıştır. Dolayısı ile mahkeme tarafından yapılması gereken iş; çocuk ile ana ve davacının kan grupları belirlenerek DNA analiz ve tiplemeleri yaptırılarak, genetik inceleme sonucu davacının baba olup olmadığının tıbben belirlenmesidir. Bu konuda Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hâsıl olacak sonuç uyarınca karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya ayk*ırıdır." [46]

Özellikle burada soybağının tespiti yönünden re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasında önemli bir yeri olan 6100 sayılı HMK da yer alan iki yasal düzenleme üzerinde de durmak gerekir. Bunlar; "Keşfe katlanma zorunluluğu" nu düzenleyen 291.madde ile "Soybağı tespiti için inceleme" yi düzenleyen 292.maddedir.[47]

5. Babalık Davası

Medeni Kanun, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun baba tarafından rızasıyla tanınmaması ihtimaline dayalı olarak, ana ve çocuğa, babaya (eğer baba ölmüş ise, mirasçılarına) karşı dava açma hakkı vermiştir. Babalık davası MK.md.301 hüküm gereğince, çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemenin vereceği hüküm ile belirlenmesidir.[48]

Babalık davası, soybağı ilişkisinin herhangi bir tereddüte yer bırakmayacak şekilde aydınlığa ve açıklığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Bu hususta tekniğin ve tıbbın bütün imkânlarından yararlanılması gerekir. Buna bağlı olarak kanun koyucu soybağına ilişkin diğer uyuşmazlıklarda olduğu gibi

---

[46] Yarg. 2. HD. 12.03.2009, E.2007/18062, K.2009/4443. Bu konuda benzer karar için Bkz. Yarg.2.HD. 04.07.2005, E. 2005/8463, K.2005/10489; Yarg.18. HD. 18.06.2012, E.2012/6541, K.2012/7308. (www.kazancı.com).

[47] MADDE 291- *(1) Taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar.*
(2) Keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması hâlinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Şu kadar ki, hâkim duruma ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabilir.
(3) Keşif, üçüncü kişi için uygun olan zamanda yapılır. Keşif zamanı ve yeri üçüncü kişiye bildirilir. Gecikmesinde zarar umulan hâllerde bildirim yapılmaksızın keşif icra edilir. Keşfe karşı koyma hâlinde hâkim, üçüncü kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm eder; gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebilir. Ancak, üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilir."
MADDE 292- *(1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.*
(2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz."

[48] BAYGIN, s.71.

babalık davalarında da MK.md. 284/1 hükmü gereğince, hakimin maddi olguları resen araştıracağını ve delilleri serbestçe takdir edeceğini hüküm altına almıştır. Bu sebeple babalık davalarında dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi değil, kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Buna bağlı olarak hâkim tarafların gösterdiği kanıtlar ile bağlı kalmaksızın, davanın ispatı için gerekli olan bütün delillere re'sen müracaat edebilir.[49] Babalık davalarında, *re'sen araştırma ilkesi* özellikle keşif giderleri ve keşfe katlanma zorunluluğu bakımından Yargıtay kararlarına önemli bir yer tutmaktadır.

a.) Keşif Giderleri : Somut olaya konu olan "*Dava, Türk Medeni Kanununun 301. maddesine dayalı, babalık davası olup, soybağına ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin olan bu tür davalarda, Türk Medeni Kanununun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Anılan madde uyarınca, hâkim maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 325.maddesi uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvurulan deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir. Mahkemece açıklanan usul ve şekilde DNA testi yaptırılıp, alınacak rapor da gözetilerek karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir*." [50]

b.) Keşfe Katlanma : Somut uyuşmazlığa konu olan "*Dava, küçüğün kayyımı tarafından açılmış babalığın tespiti, soybağının kurulması isteğine ilişkindir. Soybağına ilişkin davalarda, mahkemelerin hiç bir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın soybağının doğru olarak oluşturması zorunluluğu bulunduğu gözetilerek, mahkemece tarafların beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak küçüğün biyolojik babasının davalı olup olmadığı konusunda DNA testi yaptırılıp kan ve genetik bulgular yönünden re'sen araştırma yapılması gerekirken; sadece kabule dayanılarak, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, doğru görülmemiştir. Ayrıca davada yargılama sonucu verilen hükmü temyiz eden Hazine vekili davaya müdahil olma konusunda dilekçe verdiği halde mahkemece bu talep yönünden olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi hatalıdır.*

Türk Medeni Kanununun 301. maddesi uyarınca; çocuk ile baba arasındaki soy bağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilir.

[49] BAYGIN, s.89 vd.; AKALIN, s.66.
[50] Yarg. 18. HD. 21.02.2013, E. 2013/361¸ K.2013/2293 (www.kazancı.com) .

Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılarına karşı açılır. Babalık davası, Cumhuriyet Savcısına ve Hazine'ye; dava ana tarafından açılmışsa kayyıma; kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir. Aynı yasanın 284. maddesi gereğince de; soy bağına ilişkin davalarda, hâkim maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 308. maddesi uyarınca ise, kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurur hükmü yer almaktadır. Somut olayda; davalı ile S. S.'nin evlilik dışı ilişkisinden olan küçük Emre'nin gerçek babasının davalı Muharrem olduğunun tespiti ile nafakaya hükmedilmesi istenmiş, mahkemece davalının kabulü gözetilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Dava, küçük Emre'nin kayyımı tarafından açılmış babalığın tespiti, soy bağının kurulması isteğine ilişkindir. Soy bağına ilişkin davalarda, mahkemelerin hiç bir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın soy bağının doğru olarak oluşturması zorunluluğu bulunduğu gözetilerek, mahkemece tarafların beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak küçük Emre'nin biyolojik babasının davalı Muharrem olup olmadığı konusunda DNA testi yaptırılıp kan ve genetik bulgular yönünden re'sen araştırma yapılması gerekirken; sadece kabule dayanılarak, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, doğru görülmemiştir." [51]

6. Boşanma Davaları

Boşanma davaları, hukukumuzda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve kamu düzeni ile ilgili olan davalar arasında yer almaktadır. Bu sebeple boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiği için, bu davalarda hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan olayda "*Hâkim, evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür. Toplumun en küçük birimini oluşturan ailenin korunması ön planda tutulur. Ancak evliliğin devamı toplumun düzenini zedeler hale gelmiş, toplum için sorun oluşturmaya başlamış ve evlilik, sosyal ve ahlaki yönden çökmüş ise, bu durumda evliliğin korunmasında gerek karı-koca ve gerekse çocuklar yönünden bir yarar kalmamış demektir. Hâkimin böyle bir evliliği sona erdirmesi en uygun çözüm olacaktır.*

Hâkim belirtilen ilkeleri irdelemek bunlar hakkında yeterli bilgi toplamak evlilik birliğinin gerçekten onarılmaz şekilde kökünden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat sahibi olmak zorundadır. Sağlıklı bir sonuca ulaşılması olayların yeri, zamanı, ne şekilde oluştuğu, kimin davranışının öncelikli olduğu, karşı tarafın söz ve davranışlarının art niyetsiz

[51] Yarg. 18. HD. 08.04.2013, E. 2013/3287, K.2013/5680 (www.kazancı.com).

bir tepki, bir öfke sonucu olup olmadığının bilinmesine bağlıdır. O halde tanıklardan olaylar hakkında ne şekilde bilgi sahibi olduklarını, taraflarla olan ilişkilerinin derecesini, olayın geçtiği yer ve zamanını, olayların ne şekilde ve nasıl başladığını, bu olaylardan sonra tarafların bir birlerine karşı olan tutum ve davranışlarının ne şekilde geliştiğini, somut olayın karı koca arasında alışkanlık haline gelmiş bir davranışın veya sözün gereği mi, yoksa belirli bir amaca yönelmiş olarak mı söylendiği veya oluştuğu ve benzer konular etraflıca sorulmalıdır. Bu yönler gözetilmeden ve şahitler yeniden dinlenmeden oluşturulan hüküm doğru bulunmamıştır." [52]

7. Olağanüstü Zamanaşımı (MK.md. 713 – EMK. Md.639) Zilyetliğine dayalı Tapu İptali ve Tescili Davaları

Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı sebebiyle tesciline karar verme, Bir nizasız kaza faaliyetidir. Zira buradaki tescil işi, hem sübjektif hakkın yokluğu hem de inşai tesir kriterlerine göre, çekişmesiz yargıya tabidir. Mahkemenin tescile ilişkin kararı inşai niteliktedir.[53] Taşınmaz mülkiyetinin iktisabına dair *itiraz* vuku buluncaya kadar maddi açıdan çekişmesiz yargı sayılan çekişmesiz yargı usulüne tabi bulunan tescil işi, itiraz davasının açılması üzerine artık, çekişmesiz yargı olmaktan çıkıp, çekişmeli yargıya girmekte ve bunun prosedürüne tabi olmaktadır.[54]

Ancak eski Medeni Kanunun 639.maddesi 1954 tarihli ve 6333 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Dolayısıyla 1954 tarihli 6333 sayılı Kanun'dan önce tescil davaları, nizasız kaza usulüne göre karara bağlanır iken, EMK. m.639'da değişiklik yapan, 6333 sayılı Kanun ile tescil davaları ihtilaflı (nizalı) kaza haline gelmiştir.[55] Böylelikle tapusuz taşınmazların olağanüstü kazandırıcı ile zamanaşımı iktisabında Hazine zorunlu davalı, yani kanuni hasım olarak yer almaktadır. Bu düzenleme 4721 sayılı Medeni Kanun'un 713 maddesinin 3. fıkrası hükmü ile aynıdır. Buna göre, *"Tescil davası, Hazineye ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa tapuda malik gözüken kişinin mirasçılarına karşı açılır.*"

Yargıtay kararına konu olan somut olayda, " *Dava, kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Gölbaşı Köyünde yapılan kadastro sırasında 105 ada 197 parsel sayılı 7.999,59 metrekare yüzölçümündeki taşınmaz irsen intikal, taksim ve kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği nedeniyle davalı K. B. adına tespit edilmiştir. Davacı Y. K., kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayanarak dava açmıştır. Davacı,*

---

52 Yarg. 2. HD. 10.05.2002, E.2002/5498, K. 2002/6349 (www.kazancı.com).
53 KURU (Nizasız Kaza), s.94.
54 KURU (Nizasız Kaza), s.95.
55 ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.52-53.

çekişmeli taşınmaz dışında başka bir taşınmaz için de dava açmıştır. Bu dava hakkındaki yargılamaya bir süre devam edildiği ve her iki taşınmaz ile ilgili olarak keşif yapıldığı, daha sonra bu iki taşınmaz hakkındaki davanın ayrılarak mahkemenin ayrı bir esasına kaydedildiği, incelemeye konu olan bu dosyada yeniden keşif yapılmayıp, daha önceki dosyada yapılan keşifle yetinilerek karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemenin daha önceki esas sayılı dosyasında yapılan keşifte davalı "105 ada 197 sayılı parsel davacı Y.'a babası Ali'den intikal etti, ben bildim bileli zilyetlikleri vardır, davacının davasını kabul ediyorum" demek suretiyle davayı kabul ettiği halde mahkemece davalının kabul beyanı değerlendirilmeden ve re'sen araştırma ilkesinin koşullarının gözetilmeden karar verilmesi hatalıdır." sonucuna varılmıştır. [56]

B.) ÇEKİŞMESİZ YARGI ALANINDA KENDİLİĞİNDEN (RE'SEN) ARAŞTIRMA İLKESİNİN UYGULAMA ALANI BULDUĞU DAVALAR

1. Kıymetli Evrakın İptali

Kıymetli evrakın iptali, medeni yargılama hukuku açısından re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu ve çekişmesiz yargı alanına giren işlerden kabul edilmektedir (HMK.md.382/2, e-6).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.02.1995 tarihli bir kararına konu olan somut olayda, " *Davacı, E. Bank ve A. Bank'a ait seri numaralarını bildirdiği 3 adet çeki Ankara'ya gelirken kaybettiğini iddia etmiştir. Mahkemece, davacının çekleri kaybettiğine dair delilleri olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, davacı, çeklerin zilyedi olduğunu ileri sürmüş olmasına göre, bu çeklerin ziyaa uğradığını kuvvetle muhtemel delilleri ibrazla yükümlüdür. Kıymetli evrakın iptaline ilişkin dava, çekişmesiz yargı alanına girmektedir. Bu davalar hasımsız olarak açılmaktadır. Çekişmesiz yargıya tabi bu gibi davalarda verilen kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir. Bu nedenle bu kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulsa bile kesin hüküm oluşturmadıklarından açılacak bir iptal davası ile değiştirilebilir ve ortadan kaldırabilirler. Çekişmesiz yargıda hâkim, tarafların talepleri ile bağlı olmadığından, re'sen araştırma ilkesi uyarınca davacının bozma kararına uyulması talebi ile de bağlı değildir. Hâkim, kendiliğinden direnme kararı verebileceğinden, usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekir.*

Takibi talebe bağlı ve re'sen araştırma prensibinin cari bulunduğu çekişmesiz yargılamada, yargılama konusu ile talepte bulunan tarafından tayin edilen subjektif hakkın muhtevasından hâkim ayrılamaz. Ne var ki, kararın muhtevasını tesbitte, hâkim geniş bir takdir hakkı vardır. Örneğin şartları

[56] Yarg. 16. HD. 07.02.2013, E. 2013/1041, K. 2013/665 (www.kazanc.com).

mevcutsa, vesayet mahkemesi bir vasi tayin etmek zorunluğunda olup seçiminde kural olarak geniş bir takdir hakkına sahiptir. Bu örnekler daha da çoğaltılabilir. Açıklanan ilkeler altında, çekişmesiz yargıda hâkim, tarafların talepleri ile bağlı olmadığından re'sen araştırma ilkesi uyarınca davacının bozma kararına uyulması talebi ile de bağlı olmayacağı çok açıktır. Aksinin kabulü, hâkimin yasadan doğan direnme hakkının davacının isteğine bağlı olması sonucunu doğurur. Dahası direnme hakkının hakimin elinden alınması gibi yasanın öngörmediği bir durum yaratılmış olur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu emsal bir kararında çekişmesiz yargıda, davanın hasımsız açılması nedeniyle davacının Özel Dairenin bozma kararına uyulmasını istemesi davacı yararına usulü kazanılmış hak doğurmayacağını; hâkimin Özel Dairesince verilen bozma kararına karşı direnme hakkının bulunduğunu kabul etmiştir."[57]

2. Velayetin Kaldırılması

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 18.11.2013 tarihli bir kararına göre, "*Velayetin değiştirilmesi, "çekişmesiz yargı" işlerindendir. (HMK.md.382/2-b/13). Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm olmadıkça "re'sen araştırma ilkesi" geçerlidir. Bu nedenle çekişmesiz yargı işlerinde mahkemece re'sen delile başvurulması mümkündür. Aynı nedenle velayetle ilgili davalarda davanın açılmasından sonra meydana gelen olaylar da hükme esas alınabilir.*" [58]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.05.2001 tarihli kararına göre, uyuşmazlığa konu olan somut olayda, " *Davacı vekili, velayetleri davalı babada olan küçüklerin velayetlerinin davalıdan alınarak davacıya verilmesini talep etmiş, mahkemenin velayetin babadan nez'i ile anneye verilmesine dair verdiği karar Özel Daire'ce "olayda Medeni Kanunun 274. maddesinin şartlarının gerçekleşmediği, toplanan delillerin ancak Medeni Kanunun 149. maddesinde yer alan velayetin değiştirilmesine yol açtığı" gerekçesiyle bozulmuş, mahkeme bozmaya uyarak velayetin nez'i sebepleri bulunmadığından davacının bu kesim hakkındaki davasının reddine karar vermiştir. Mahkemenin red kararı bu kez yukarıda açıklanan nedenle Özel Daire'ce bozulmuş, mahkeme önceki bozma ilamına uyulmakla davalı yararına usuli kazanılmış hak oluştuğu, kazanılmış hakkın yeni bir hükümle ortadan kaldırılamayacağı gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir. Medeni Kanunun 274. maddesinde "Hakimin velayet nüfuzunu ağır surette kötüye kullanan veya açık şekilde ihmal eden ana babadan velayet hakkını nez edebileceği", Medeni Kanunun 149. maddesinde ise "velayet kendisine verilen tarafın başkası ile evlenmesi, başka bir yere gitmesi, ölümü gibi durumlarda hakimin gereken tedbirleri alacağı" belirtilmiştir. Somut*

[57] Yarg. HGK. 01.02.1995, E. 1994/18-789, K.1995/37 (www.kazancı.com).
[58] Yarg. 2. HD. 18.11.2013, E. 2013/7715, K. 2013/26702 (www.kazancı.com).

olayda Medeni Kanunun 274. madde şartları gerçekleşmemiş ise de, babanın başkası ile evlendiği bu evlilikten iki çocuğunun olduğu, iş yerini İstanbul'a taşıdığı toplanan delillerle anlaşıldığından çoğun içinde azın da var olacağı ilkesi ve özellikle Medeni Kanunun 149. maddesi hükümlerine göre hâkimin re'sen çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişimini dikkate almak suretiyle onların menfaatine uygun tedbirleri alması gerekir….. Belirtilen bu nedenle, mahkemece, velayetin düzenlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu, bozma ilamına uyulmuş olmasının usuli kazanılmış hak ilkesini zedelemeyip, bu ilkenin istisnasını oluşturduğu gözönünde tutularak velayet hususunda bir hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması isabetsizdir. Yukarıda açıklanan ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." sonucuna varılmıştır.[59]

3. Veraset İlamı (Mirasçılık Belgesi)

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382 maddesinde sınırlı sayılı olmamakla birlikte çekişmesiz yargı alanına giren işler sayılmıştır. Bunlar arasında miras hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri içerisinde *mirasçılık belgesi* verilmesi de yer almaktadır (HMK.md.382/2, c-6).

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2013 tarihli kararına konu olan somut olayda, "*Dava, mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Mahkeme, miras bırakanın bütün mirasçılarının tespit edilemediği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar vermiştir. Mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda davacı sadece miras bırakanın öldüğünü, miras bırakanla kendisi arasındaki soy bağını, dolayısıyla kendisinin mirasçı olduğunu kanıtlamak zorundadır. Diğer mirasçıların ve miras paylarının belirlenmesi mahkemenin görevidir ve çekişmesiz yargıda egemen olan re'sen araştırma ilkesi gereği mahkemenin bu araştırmayı re'sen yapacağı da kuşkusuzdur. Mahkemece miras bırakanın davacıdan başka mirasçısı bulunup bulunmadığı resen araştırılarak belirlenmeli, sonucunda mevcut nüfus kayıtları ve delillere göre belirlenen mirasçıları ve paylarını gösterir mirasçılık belgesinin verilmesi gerekir.*

Mahkemece miras bırakanın bütün mirasçılarının tespit edilemediği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş ise de; yapılan araştırma ve soruşturma hüküm vermeye yeterli olmadığı gibi varılan hükmün gerekçesi de yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 29. maddesi hükmünde; bir kimsenin sağ veya ölü olduğunu veya belirli bir zamanda ya da başka bir

[59] Yarg. HGK. 23.05.2001, E.2001/2-430, K.2001/432 (www.kazancı.com).

kimsenin ölümünde sağ bulunduğunu ileri süren kimsenin iddiasını ispat etmek zorunda olduğu, 30. madde hükmünde de; doğum ve ölümün öncelikle nüfus sicilindeki kayıtlarla, nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa her türlü delille kanıtlanabileceği belirtilmiştir. Hukukumuzda çekişmeli yargıya tabi davalarda taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup, hâkim tarafların talepleri ile bağlıdır. Çekişmesiz yargıya tabi davalarda ise, re'sen araştırma prensibi egemendir. Hasımsız açılan ve çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmediği gibi bu kararlar açılacak bir iptal davası sonucunda değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir. Hal böyle olunca mahkemece miras bırakanın davacıdan başka mirasçısı bulunup bulunmadığı resen araştırılarak belirlenmeli, sonucunda mevcut nüfus kayıtları ve delillere göre belirlenen mirasçıları ve paylarını gösterir mirasçılık belgesinin verilmesi gerekirken, yersiz gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi isabetsiz, davacı Ş. B.'ın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün BOZULMASINA" karar verilmiştir.[60]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.12.2005 tarihli kararına konu olan bir başka somut olayda, "*Davacı vekili; T. Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nin 2000/540 Esas sayılı dosyasında görülmekte olan dava sırasında verilen yetki belgesine dayanarak, muris H. 'nın mirasçılarını ve miras paylarını gösterir mirasçılık belgesinin verilmesini istemiştir.*

Yerel Mahkeme; "mirasçılık belgesinin istendiği davalarda nüfus kayıtları tanık beyanı ile doğrulanması gerektiği halde, davacı vekilinin duruşmada tanık dinletemeyeceğini beyan ettiği, bu suretle ispat yükümlülüğünün gereklerine uymadığının anlaşıldığı" gerekçesiyle "davanın reddine" karar vermiştir. Davacı vekilince temyiz edilen karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme, *"mücerret yetki belgesine dayanmak suretiyle veraset belgesinin verilmesini isteyen davacı vekilinin, hukuk davalarında davanın taraftarca hazırlanması ilkesine aykırı olarak herhangi bir delil bildirmediğinden davasını ispatlayamadığı" gerekçesiyle önceki kararında direnmiş; direnme kararını davacı vekili temyiz etmiştir….* Burada, *Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; mirasçılık belgesi ile ilgili davada, Mahkemenin kendiliğinden araştırma yetkisi ve yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı noktasındadır……Şu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, çekişmesiz yargıda hâkim, kamu yaran düşüncesiyle ve gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla kabul edilen re'sen araştırma ilkesi uyarınca, davanın ispatı için gerekli bütün delillere başvurabilir. Eş söyleyişle, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı bir dava mahkeme önüne getirildikten*

[60] Yarg. 7. HD. 23.01.2013, E.2012/7341, K.2013/355 (www.kazancı.com).

sonra artık kamu yararı alanına girdiğinden; hâkimin, taraflarca ileri sürülen vakıaları doğrudan doğruya araştırma yetkisi ve yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Bundan ayrı, hasımsız olarak açılan ve çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm oluşturmadıklarından; hâkimin, kişinin menfaatini korumak ve birbirine zıt olmayan menfaatleri düzenlemek için mevcut delillere göre sonuca giderek karar verme yükümlülüğünün bulunduğu da kuşku ve duraksamadan uzaktır. Tüm açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı, T. Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nin 2000/540 Esas sayılı dosyasından verilen yetki belgesine dayanarak mirasçılık belgesinin verilmesini istemiştir. Mirasçılık belgesi verilmesi hakkındaki istek (H.U.M.K m.8.II/7), "ihtilaf yokluğu" kıstasına göre çekişmesiz yargıya tabi olup, az yukarıda açıklandığı üzere re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan; Mahkemece, davanın ispatı için gerekli bütün delillerin kendiliğinden getirtilip incelenmesi gerekir…Hemen ifade etmek gerekir ki; bu davanın yetki belgesine dayanılarak açılmış olması ve muris H. 'nın ölüm tarihi göz önüne alındığında, tanıkla ispat olanağı bulunmadığı açıktır. O halde, davacı yanında her türlü delile başvurma yetki ve yükümlülüğü bulunan Mahkemenin, murise ait nüfus aile kayıt örneğini ilgili Nüfus Müdürlüğünden istemesi ve yetki belgesinin verildiği T. Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nin 2000/540 Esas sayılı dosyasını getirterek, muris H.'nın mirasçıları ile davacının durumunu da değerlendirmek suretiyle mevcut delillere göre karar vermesi olanaklıdır. Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken, yanılgılı gerekçeyle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır." sonucuna varmıştır.[61]

4. Nüfus Kaydının İptali

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 07.04.2011 tarihli bir kararına konu olan somut olayda," *Davacı dava dilekçesinde, mükerrer olan İstanbul İli Zeytinburnu İlçesindeki nüfus kaydının iptalini istemiştir. Dava, gerçek durumu göstermeyen nüfus kaydının düzeltilmesi istemine yöneliktir. Mükerrer kayıt iptali davası kamu düzeni ile yakından ilgili olup hâkim, istemle bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma ile elde edeceği bulgulara göre, kayıtlarla çelişki yaratmayacak şekilde karar vermek zorundadır. ….Mükerrer kayıt iptali davası kamu düzeni ile yakından ilgili olup hâkim, istemle bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma ile elde edeceği bulgulara göre, kayıtlarla çelişki yaratmayacak şekilde karar vermek zorundadır. Davacının ailesine ait nüfus kaydı nakilden dolayı kapalı iken tescili yapılan ve davacı S. K.'nın hiç bir işlem görmemiş olan Ordu İli, Gölköy İlçesi,*

[61] Yarg. HGK. 14.12.2005, E.2005/2-693, K.2005/726 (www.kazancı.com).

Kuşluvan Mahallesi, 3 Cilt, ... Hanedeki kaydının iptaline karar verilmesi gerekirken işlem gören kaydının iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir….Bu itibarla yukarda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu sebeplerle yerinde olduğundan kabulüyle hükmün H.U.M.K.nun 428. maddesi gereğince BOZULMASINA" hükmedilmiştir.[62]

5. Nüfus Kayıtlarının Düzeltilmesi

Doktrinde nüfus kayıtlarının düzeltilmesinin, uygulamada yapılanın aksine bir "*dava*" olmadığı ileri sürülmüştür. Nüfus kayıtlarının düzeltilmesinde çekişmesiz yargının unsurları arasında yer alan "*ihtilaf yokluğu*" kriteri geçerlidir.[63] Dolayısıyla Nüfus kayıtlarının düzeltilmesi çekişmesiz yargıya dâhil bulunmaktadır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 7.12.2000 tarihli ve 13705/15450 sayılı kararına göre, "*Nüfus kaydının düzeltilmesine dair davalar kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan mahkemece resen araştırma yapılarak, davacının babasının veya mirasçılarının gösterildiği nüfus aile kayıt tablosu getirtilmeden ve bunların davaya katılmaları sağlanmadan eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür.*" [64]

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 04.12.2007 tarihli kararına konu olan bir başka somut uyuşmazlıkta ise, " *Dava dilekçesinde dosyadaki nüfus kayıt tablosuna göre nüfusta davacı Sakine ile ölü eşi Mazhar çocuğu olarak nüfusa kayıtlı bulunan Nuray'ın davacıların hanesindeki nüfus kaydının iptali ile gerçek anne ve babası olan Ethem ve Şükriye nüfusuna kaydedilmesi istenilmiştir. Yargılama sırasında Adli Tıp Kurumu'ndan alınan 09.09.2004 tarihli raporda Sakine'nin Nuray'ın annesi olamayacağı Şükriye'nin %99,99 ihtimalle Nuray Aktaş'ın annesi olabileceği, Yine Adli Tıp Kurumundan alınan 17.06.2005 tarihli raporda ise Mazhar'ın Nuray'ın babası olamayacağı, Ethem'in %99,99 ihtimalle Nuray'ın babası olabileceği belirlenmiştir. Mahkemece mevcut kayıt iptal edilerek Ethem ve Şükriye kızı olarak ölü Ethem'in nüfusuna kaydedilmesine karar verilen Nuray'ın 23.07.1967 doğumlu olarak nüfusa kaydının yazılmasına karar verilmiştir. Dosyadaki nüfus kaydının incelenmesinde Adli Tıp Kurumu raporuna göre baba olarak tespit edilen Ethem'in 25.5.1960 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. Bir kişinin ölümünden çok sonra çocuğunun olması yaşamın olağan akışıyla bağdaşmamaktadır. Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamalarına göre nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalar kamu*

---

62 Yarg. 18. HD. 07.04.2011, E.2011/2127, K.2011/4682 (www.kazancı.com).

63 KURU (Nizasız Kaza), s.68; Cenk AKİL, Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri, AÜHFD, 62 (4) 2013, (s. 923-969), s.938.

64 Bu kararın ayrıntısı için Bkz. 13.01.2001 tarihli ve 24286 sayılı RG.

düzeniyle yakından ilgili bulunduğundan hâkim istemle bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma ile elde edeceği kanıtlar esas alınıp öteki kayıtlarla çelişki meydana getirmeyecek şekilde karar vermek durumundadır. Şu kadar ki belgelere dayalı nüfus kayıtlarının aksi somut ve kesin delillerle kanıtlanmadan bunlarda değişiklik yapılamaz. Nüfus kaydında Ethem'in ölüm tarihi ve Nuray'ın doğum tarihinin kesin delillerle saptanıp bu çelişki giderildikten sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerektiğinin dikkate alınmaması, ... Nüfus Kanunu'nun 36. maddesi hükmüne göre, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarda Cumhuriyet Savcısı ile Nüfus Müdürü veya Memurunun hazır bulunması ve kararın onların önünde verilmesi zorunludur.....Mahkemenin oluşumuna ilişkin bu yasa hükmü dikkate alınmadan Cumhuriyet Savcısı ile Nüfus idaresi Temsilcisinin yokluğunda yargılama yapılarak hüküm kurulması, 3-Ethem kızı Hayriye'nin mirasçılarını gösterir biçimde vukuatlı nüfus aile kayıt tablosunun getirtilmemesi, doğru görülmemiştir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince BOZULMASINA" karar verilmiştir.[65]

6. Doğum Tarihinin Düzeltilmesi

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 09.12.2010 tarihli kararına konu olan olayda, " *Dava dilekçesinde, Ayşe ve Meryem adlı kardeşlerin nüfus kayıtlarına göre doğum tarihleri arasında 180 günden az zaman olduğundan, Ayşe'nin doğum tarihlerinin düzeltilmesi istenilmiştir. Mahkemece sağlık kurulu raporu alınmadan (alınmış ise dosyaya ibraz edilmeden) davalı beyanları ile yetinilerek Ayşe'nin doğum tarihinin 15.02.1998 olarak düzeltilmesine karar verilmiştir. Doğum tarihinin düzeltilmesine ilişkin davalar diğer kayıt düzeltme davaları gibi kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğundan, hâkim taleple bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma ile elde edeceği bulgulara göre ve öteki kayıtlarla çelişki meydana getirmeyecek şekilde karar vermek zorundadır..... Yargıtay uygulamaları da gözetildiğinde, doğum tarihinin düzeltilmesi istenilen küçüğün tam teşekküllü bir sağlık kuruluşuna sevk edilerek gerçek yaşının saptanması, öte yandan davalı tarafın göstereceği tanıkların da dinlenerek, toplanacak tüm bu kanıtlardan sonra oluşacak sonuç doğrultusunda hüküm kurulması gerekir.*" sonucuna varılmıştır.[66]

---

65 Yarg. 18. HD. 04.12.2007, E.2007/9858, K.2007/10663 (www.kazancı.com).

66 Yarg. 18. HD. 09.12.2010, E.2010/11407, K.2010/15887. Bu konuda benzer kararlar için Bkz. Yarg. 18.HD. 02.07.2012, E.2012/7070, K.2012/8332; Yarg. 18. HD. 25.02.2010, E. 2010/1681, K.2010/2888. (www.kazancı.com).

7. Tapuda İsim Düzeltilmesi

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 20.05.2002 tarihli bir kararına konu olan olayda, " *Tapuda isim düzeltilmesi isteğine ilişkin davada, tapu kayıtlarının düzgün tutulmasında kamu yararı bulunduğundan mahkemece resen araştırma prensibi uygulanır. Yanlışlıkların düzeltilmesi istemlerinde, mülkiyet uyuşmazlığının bulunmaması ve tapudaki malik ile düzeltme isteyen kişinin aynı şahıs veya mirasçı olması gerekir…. Davacı, 2.11.2001 tarihli dilekçesi ile müşterek paydaş olduğu dava konusu taşınmazlardaki baba isminin nüfus kaydına uygun olarak düzeltilmesini istemiştir. Mahkemece davanın kabulüne, 107/11-149/1 ve 151/1 sayılı parsellerdeki tapu kayıtlarında davacının "Yabur Mehmet" yazılı baba isminin iptali ile nüfus kaydına uygun olarak "Ali oğlu" İbiş B. şeklinde düzeltilmesine karar verilmiştir.*

Dava Eski Medeni Kanunun 935, Yeni Medeni Kanunun 1027.maddeleri gereğince tapuda isim düzeltilmesi isteğine ilişkin olup, tapu kayıtlarının düzgün tutulmasında kamu yararı bulunduğundan davada Mahkemece resen araştırma prensibi uygulanır. Yanlışlıkların düzeltilmesi istemlerinde, mülkiyet uyuşmazlığının bulunmaması ve tapudaki malik ile düzeltme isteyen kişinin aynı şahıs veya mirasçı olması gerekir. Bu durumda dava konusu taşınmazların "Ali oğlu İbiş B." ve "Yabur Mehmet oğlu İbiş B." adına 5.7.2000 tarihli edinme sebebine göre tapuda müşterek pay olarak ayrı ayrı kayıtlı olduğuna göre öncelikle 5.7.2000 tarihli tapudaki edinme sebebinin dayanağı olan tüm resmi belgeler, varsa tapulama tutanakları getirtilip, ayrıca davacının dedesi olduğu beyan edilen "Yabur Mehmet'e" ait ayrıntılı nüfus kayıtları getirtilerek Mahkemece incelenmesi, ayrıca davacının ibraz edeceği delillerin toplanması, dinleteceği şahitlerden tapudaki müşterek payların farklılığı konusunda denetime elverişli yeterli ve açıklayıcı beyanlar alındıktan sonra hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde tesis edilen hükmün noksan soruşturma yönünden bozulmasına karar vermek gerekmiştir." [67]

8. İflasın Ertelenmesi

İflasın ertelenmesi prosedürü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun *çekişmesiz yargı* alanına dâhil olan işleri düzenleyen 382. maddesi içerisinde yer almamaktadır. Doktrinde de iflasın ertelenmesinin hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.[68] Bu çerçevede İflasın ertelenmesi prosedürü, doktrinde bir görüşe göre, *çekişmesiz yargı işi* olarak kabul

[67] Yarg. 14. HD. 20.05.2002, E.2002/3513, K. 2002/3895. (www.kazancı.com).

[68] İflasın ertelenmesinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Oğuz ATALAY, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir, 2006, s.54 vd.; Timuçin MUŞUL, İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s.19 vd.

edilmektedir.[69] Dolayısıyla her çekişmesiz yargı işinde olduğu gibi, burada da borçlu şirketin ve diğer ilgililerin iflasın ertelenmesi talebi ile ilgili ileri sürdükleri beyanlar ve iddialar ve de getirdikleri kanıtlar mahkeme için bağlayıcı değildir. Hâkim, kendiliğinden araştırma ilkesi gereği, somut olayın gerektirdiği başka vakıa ve kanıtları araştırmak ve incelemek konusunda yetkili ve buna zorunludur.[70]

Uygulamada, mahkemenin şirketin yalnız borca batıklık bildirimine dayanarak iflas veya erteleme kararı vermesi mümkün değildir. Davacının bu iddiasının, mahkeme tarafından yapılacak araştırma ve tespitle doğrulanması gerekmektedir. Dolayısıyla *Mahkeme, ortaklığın gerçekten borca batık olup olmadığını re'sen araştırmak zorundadır*. Bu noktada hakkında iflasın ertelenmesi için başvuruda bulunan şirketin, borca batık olduğunu gösteren tüm belgeleri mahkemeye sunması gerekmektedir. *Bununla birlikte re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkeme tarafların gösterdiği delillerle bağlı değildir; bir vakıanın ispatı için gerekli olan tüm delillere başvurabilir.*[71] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, borca batıklık bildiriminin mahkeme tarafından re'sen araştırılacağı ve bu şekilde borca batıklığın tespit edilmesi halinde iflas veya iflasın ertelenmesine karar verilmesi gerektiği görüşündedir.[72]

---

[69] Hakan PEKCANITEZ, İflasın Ertelenmesi, İBD, 2005, C.79, S.2, (323-356), s.306; Kamil YILDIRIM, 4949 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra ve İflas Kanunu'nda Yer alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, 1/ 2, (471-483), s.483; Şakir BALCI, İflasın Ertelenmesi, (Özellikle Usul Açısından Değerlendirme), Manisa Barosu Dergisi, 2005/7, Yıl 24; S.94, (s.119-149), s.133-134; Selçuk ÖZTEK, İflasın Ertelenmesi, İstanbul, 2007, s.77. Türk Hukuk doktrinde ATALAY, 1996 tarihli "*Anonim Şirketlerin İflası*" konulu monografik çalışmasında, İhtiyari iflas talebi bakımından, Anonim şirketin doğrudan doğruya iflas yoluyla kendi iflasını talep etmesinin çekişmeli yargı alanına giren bir dava değil, çekişmesiz yargı iş olduğunu ifade etmektedir. (Oğuz ATALAY, Anonim Şirketlerin İflası, İzmir, 1996, 91). Yazar, anonim şirketin zorunlu iflas talebi bakımından ise, zorunlu iflas talebinin ilanı kabul edilmese bile, iflas talebini alan ticaret mahkemesinin çekişmesiz yargı işinin niteliğinden yola hareketle kendiliğinden araştırma ilkesi prensibi gereğince, iflas sonucunda doğrudan doğruya etkilenecek olan alacaklıları dinledikten sonra karar vermesi gerektiğini belirtmektedir (ATALAY (Anonim Şirketler), s.94). Ancak Yazar, 2006 tarihli "*Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi"* konulu bir başka çalışmasında iflasın ertelenmesini çekişmesiz yargı olarak nitelendiren görüşe katılmadıklarını ifade etmektedir (ATALAY (iflasın ertelenmesi) , s.56 vd).

[70] ÖZTEK, s.78.

[71] Arslan KAYA, Borca Batık Anonim Şirketin İflasının Ertelenmesi, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul, 1999, (s.279-303), s.289; İsmail KAYAR, İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık ve İyileştirme Projesi ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 33, Temmuz-Aralık 20 2009, s.(19-45), s.20. Yarg. 23.HD.21.06.2013, E.2013/3128, K.2013/4282 (www.kazancı.com).

[72] Yarg. 19 HD., 30.12. 2004, E. 2004/7170, K. 2004/13440; Yarg. 19. HD., 15.12.2005, E. 2005/10303, K. 2005/12552 (www.kazancı.com). Bu konuda ayrıca geniş bilgi için Bkz. KAYAR, s.20 vd.

USUL EKONOMİSİ İLKESİNİN İHLALİNE KARŞI BAŞVURU YOLLARI[H]

Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN [*]

ÖZET

Usul Ekonomisi İlkesi, yargılamanın amacına hizmet eden emredici bir düzenlemedir. Anayasal bir ilke olması nedeniyle Usul ekonomisinin ihlali durumunda başvurulacak birden fazla kanun yolu bulunmaktadır. Bu çalışmada usul ekonomisi ilkesi ve ihlali halinde taraflara tanınmış başvuru yolları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: medeni usul hukuku, medeni yargılama ilkeleri, usul ekonomisi, kanun yolları

ABSTRACT

Judicial Economy is one of mandatory provision that serves the aim of trail. Due to the constitutional principle, In case of violation of Judicial economy, appeals are differentiating diversified. In this study, judicial economy and well-known remedies for violations of this principle will be discussed.

Key Words: Civil procedure law, Principles of civil procedure, Judicial economy, Appeal

A-USÛL EKONOMİSİ İLKESİNİN TANIMI VE KONUSU

Usûl ekonomisi ilkesi, Any. m. 141/4'te "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*" şeklinde düzenlenmiştir. HMK[1] 30 uncu maddede bu ilkeyi "*Hâkim, yargılamanın makûl süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür*" şeklinde düzenlemiştir[2]. Kanaatimizce

---

[H] Hakem incelemesinden geçmiştir.

[*] Doç. Dr., Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Muhakeme Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

[1] RG, 04.02.2011, sa. 27836).

[2] Mehaz Kanunu'muz olan İsviçre'nin Nöşatel Kanton'un 1925 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71 inci maddesinde de benzer bir düzenleme mevcut idi. Bu düzenleme "*Davanın tahkikat ve yargılamasını yürüten hâkim, işin uzamaması ve gereksiz masraf yapılmaması için, yargılamanın düzen içinde yürümesine re'sen özen gösterir*". Bu konuda bkz. **Umar**, Bilge: Hukuk

bu tanımlarda "*yargılamanın makûl sürede, düzenli ve gereksiz gidere mahal vermeden yapılması*" gibi ortak unsurlara[3], "*yargılamanın kalite standartlarına uygun hizmetle yapılması*" unsurunu da ilave ederek ve "*gereksiz gider*" kavramı yerine "*makûl gider*" kavramı kullanılarak bir tanımlama yapmak uygun olacaktır. Buna göre, usûl ekonomisi ilkesi "*Yargılamanın, makûl giderle ve makûl süre içinde, kalite standartlarına uygun bir hizmetle ve düzenli bir biçimde yürütülmesidir*"[4].

Usûl ekonomisi ilkesinin konusu, yargılama sürecine ilişkin bu hizmetlerin en iyi şekilde ve ihtiyaç duyan herkese eşit derecede sunulmasıdır. Yargı hizmetlerinin tüketicisi durumunda olan bireyler, devletten bu hizmetin en iyi şekilde sunulmasını isterler ve buna da hakları vardır. Bu nitelikte bir sunumun yapılabilmesinin ölçülerinden birisi de, usûl ekonomisi ilkesine ve bu ilkenin tanımında belirtilen unsurlara olan uygunluktur.

B-USUL EKONOMİSİ İLKESİNİN İHLALİ

I-Genel Olarak

Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâline karşı başvurular, genelde hâkimin davayı yönetme biçiminin veya verdiği kararın hakka erişimi engellediği, geciktirdiği veya giderleri artırdığı iddiasına dayanır. Bu ihlâl durumunda, kanunda düzenlenmiş özel bir yol mevcut olmadığından, genel yollar kullanılarak uğranılan zararın giderilmesi istenir[5]. Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda gidilebilecek "*kanun yolları*" ile "*tüketilecek iç hukuk yolları*" aynı kavramlar değildir. Zira "*iç hukuk yolları*", kanun yollarının yanı sıra, diğer yolları da kapsayan geniş bir kavramdır. Diğer iç hukuk yollarına, uğranılan zarar nedeniyle açılacak tazminat davası, bireysel başvuru hakkı örnek olarak verilebilir.

Usûlü Muhakemeleri Kanunu'muzun Kaynağı Neuchâtel Kantonu Medenî Yargılama Usûlü Kanunu (Ege Üniversitesi İktisadî ve Ticarî Bilimler Fakültesi Dergisi, 1974/12, mys 155-184), s. 169. Sözkonusu mehaz kanun 1991 yılında değişmiş ve sözkonusu ilke bu kanunun 60 ıncı maddesinde eski kanundakine benzer şekilde "*Le juge veille à l'ordre de la procédure pour éviter les longueurs et les frais inutiles*" biçiminde yeniden düzenlenmiştir. (bkz. **Bohnet**, François: CPCN Code de Procédure Civile Neuchâteloise, Commenté, Bâle 2003, s. 102-107.

[3] **Hütten**, Peter: Die Prozessökonomie als rechtserheblicher Entscheidigungsgesichtspunkt (Diss.), Würzburg 1975, s. 7.

[4] Bu unsurlara, "*hakkaniyete uygun yargılama yapılması*" ilave bir unsur olarak düşünülebilir. Ancakbelirtmek gerekir ki, usûl ekonomisi ilkesi, verilecek kararın hakkaniyete uygun olması ile doğrudan ilgilenmez. Bu ilke daha çok yargılamanın ekonomik ve kaliteli hizmet boyutunu irdeler. Fakat, hakkaniyete uygun olarak yapılmayan bir yargılama sonucunda verilecek bir karar, kanun yolları aşamasında bozulacağından, yapılacak yeni yargılama, makûl sürenin aşılmasına sebep olacak ve usûl ekonomisi ilkesi zarar görecektir.

[5] Burada Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, özel bir yol olduğu düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu genel bir yol olup, sırf hak ihlâlinden doğan zararların giderilmesi için getirilmemiştir.

Kural olarak, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda başvurulacak ilgili yollar için kanunlarda başvuru süreleri bakımından bir yeknesaklık yoktur. Örneğin, icra görevlilerinin bir icra işlemini sürüncemede bırakması durumunda şikâyet süresiz iken, icra görevlilerine karşı açılan tazminat davalarında süre 1yıl-10 yıl (İİK m. 7/1); Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru süresi kural olarak, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün (6216 Sayılı Kanun m. 47/5); AİHM' e başvuru için bireysel başvuru süresi kural olarak, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren 6 aydır (AİHS m. 35/1)[6]. Kanaatimizce yargılamanın sürüncemede bırakıldığı durumlarda, verilmiş bir karar olmayacağından ve iç hukuk yollarının tüketilmesi anlamsız kalacağından, yargılamanın sürüncemede bırakılma hali devam ettiği müddetçe, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'e bireysel başvuru yapılması mümkün olmalıdır[7].

Yargılamada verilen karara karşı kanun yolunun kapalı olması, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli nedeniyle, gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse AİHM nezdinde bireysel başvuru yoluna gidilmesine bir engel oluşturmaz. Zira usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli ile davaya konu edilen hak birbirilerinden bağımsız hususlardır.

II-Usul Ekonomisi İlkesinin İhlal Edilme Şartları

1- Usûl Ekonomisi İlkesindeki Unsurlardan Birisinin İhlâli

Usûl ekonomisi ilkesinin *"yargılamanın makûl miktardaki giderle yapılması*", "yargılamanın makûl sürede yapılması", "*yargılamanın kalite standartlarına uygun hizmetle ve düzenli olarak yapılması*" şeklinde belirtilen unsurlarının kısmen veya tamamen devre dışı bırakılması, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli sonucunu doğurur. Bu durum, devletin tutum ve davranışları ile yaptığı kanuni düzenlemelerden kaynaklanabilir.

2- İhlâle Kamu Gücünün Sebep Olması

Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâlinin kamu gücünün kullanımının sonucunda ortaya çıkması gerekir. Kamu gücünü kullanma yetkisi devlete ait olduğuna göre, ihlâlin sorumluluğu devlete ait olacaktır. Yargılama hizmetlerinin sunumunu da mahkemeler kamu gücünü kullanarak yaparlar. Bu kullanım, mahkemenin tutum ve davranışı şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bir usûl işlemi şeklinde de ortaya çıkabilir. Burada tarafların, ihlâle yönelik tutum ve davranışlarından kaynaklanan sorumluluk, öncelikle taraflara değil, bu

---

6 **Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 684.

7 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 683.

davranışların yapılmasına kasıt veya ihmali ile imkân sağlayan devlete ait olacaktır.

Anayasa'nın 148 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, bireysel başvuru yapılabilmesi için, Anayasa veya AİHS kapsamında güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden birisinin kamu gücü tarafından, ihlâl edilmiş olması gerekir. Burada kamu gücünün türü ve kapsamı konusunda bir açıklama mevcut değildir. Dolayısıyla "*kamu gücü*" kavramının kapsamına yasama, yürütme ve yargıyı sokmak mümkündür[8]. Aynı şekilde 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un[9] 45 inci maddesinin 1 inci fıkrası "*Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir*" şeklindedir. Ancak aynı maddenin 3 üncü fıkrası ise "*Yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz*"[10] şeklinde bir düzenlemeyle kamu gücünün kapsamını daraltarak yasamanın işlemleri ile idarenin düzenleyici işlemlerini ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını kapsam dışına çıkarmıştır. Bu durum, Anayasa'nın 148 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ile "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*" şeklindeki 13 üncü maddesine aykırıdır. Zira burada Anayasa'nın öngörmediği istisna ve sınırlamalar getirilmektedir[11].

3- Bir Zararın Doğmuş Olması

Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâlinden sözedebilmek için, kişinin zarara uğraması gerekir. Bu husus, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâline karşı yapılan bütün başvuru yolları için ortak bir sebeptir. Bu zararın doğmasının bir şart olarak aranmasının hukuki dayanakları mevcuttur. Örneğin, AİHM'e yapılan bireysel başvuru yolu için, AİHS'in 34 üncü maddesinin 1 inci cümlesi "*İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlâlinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi,*

---

8 **Şahbaz**, İbrahim: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Sorunlar (Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Panel, Ankara 2011, mys. 71-127), s. 81.

9 Bu kanun, bundan sonra "*6216 Sayılı Kanun*" şeklinde anılacaktır.

10 Buradaki bireysel başvurudan maksat, AİHM'e değil, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurudur.

11 **Şahbaz** s. 81.

hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir" şeklindedir. AİHM' de, bu düzenlemelerden hareketle, AİHS ve onun protokollerinin ihlâli nedeniyle, başvurucunun doğan zararlarının giderilmesi için, hakkaniyete uygun bir giderim/tazminat ödenmesine karar vermektedir[12]. Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru yolu için, 6216 Sayılı Kanun m. 48/2'ye göre de "*Mahkeme, Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir*"[13].

Kural olarak, ihlâl durumunda bir takım yollara gidilmesi için, şart koşulan zarar, açıkça ve somut olarak doğmalıdır. Ancak usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli sözkonusu olduğu bazı durumlarda, kanaatimizce, bu zararın "*doğmuş olduğunun varsayılması*" da yeterli sayılmalıdır. Fakat bu zarar önemli ve doğması kuvvetle muhtemel bir zarar olmak zorundadır[14]. Örneğin, icra görevlileri aleyhine açılan tazminat davasında ortaya çıkan zararın somut olarak ortaya çıkması gerekir. Bir davanın veya icra takibinin sürüncemede bırakılması halinde, bu zararın somut olarak ortaya konulması gerekmez. Zira, ortada bir gecikme varsa, bu zaman kaybının kişinin lehine sonuç doğurmayacağı, dolayısıyla zararın var olduğu kabul edilmelidir.

İhlâlden kaynaklanan zarar, maddî olabileceği gibi, manevi de olabilir[15]. Maddî zarar, yargılama giderlerinin yüksek olması nedeniyle mahkemeye başvuramama veya gereksiz gider yapılmaya zorlanarak veya yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle, zamanında hakkına kavuşamamadan kaynaklanan zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Manevi zarar ise, yargılama giderlerinin yüksek olması nedeniyle yargı hizmetinden hiç faydalanamamanın vereceği üzüntü şeklinde gerçekleşebileceği gibi, yargılamanın gereğinden uzun sürmesi veya düzenli bir şekilde yapılamamasının vereceği manevi yıpranma şeklinde de gerçekleşebilir.

İhlâl neticesinde meydana gelen bütün zararlar, dava sonucunda haksız çıkandan değil, devletten istenmelidir. Kişinin haksız çıkması, devletin o davayı geç karara bağlamasına bir mazeret olamaz. Örneğin, taraflardan birisinin tacir olduğunu ve uzun süren bir dava sonunda haksız çıktığını

---

12 **Gemalmaz**, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, C.I, İstanbul 2003, s. 53.

13 Bkz. AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13 (RG, KT. 18.07.2013, sa. 28711, P. 69).

14 Karş. 6216 Sayılı Kanun m. 48/2.

15 **Ottaviano**, Marco: Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, Tübingen 2009, s. 20; **Frédéric**, Edel: The Length of Civil and Criminal Proceedings in the Case Law of European Human Rights Court, Strasbourg 2007, s. 97.

varsayalım. Ancak dava zamanında karara bağlansa idi, davanın haksız tarafı olan tacir ona göre işlerini düzenleyecek ve yatırımlarını yapacaktı. Fakat davanın uzun sürmesi nedeniyle, tacir bunu yapamamış ve dolayısıyla zarara uğramışsa, davanın haksız tarafı bile olsa, devletten bu zararı isteyebilmesi mümkün olmalıdır.

4- Kusur Şartının Aranmaması

Usûl ekonomisi ilkesinin gereklerinin yerine getirilmemesi, devletin işlem ve eylemlerinden kaynaklanabileceği gibi, tarafların tutum ve davranışlarından da kaynaklanabilir. 6216 Sayılı Kanun m. 45/2 ve m. 46/1, bireysel başvuruda ihlâle sebebiyet veren durumlar için "... *ihlâle yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal...*" ifadelerini kullanmıştır. Bu düzenlemelerden, ihlâle sebebiyet veren eylem veya işlemin, kasıt veya ihmal yolu ile gerçekleşmesi, yani ortada bir kusurun olması gerektiğidir. Bireysel başvuru yolu, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda gidilen yollardan birisi olduğuna göre, bu düzenlemeyi analiz etmek ve yerinde olup olmadığını ortaya koyabilmek için, devlet ve taraflar açısından ayrı ayrı incelemek gerekir:

Birinci olarak, konuyu devlet açısından değerlendirmek gerekirse, yargılama sürecindeki sürelerin kötü kullanılması, gereksiz giderlerin yapılması veya kalite standartlarına uygun olmayan bir yargılama hizmetinin sunulması durumunda, gerekli tedbirleri almayan devlet kusurlu kabul edilecek ve dolayısıyla sorumlu olacaktır[16]. Kanaatimizce, devletin toplumsal sözleşmesinin gereği olarak, bireylerin haklarına erişimini objektif ve âdil kriterlerle koruma ve sağlama yükümlülüğü olduğundan, bu yükümlülüğün ihlâli halinde, devlet yargılamanın uzamasında veya gereksiz giderlerin yapılmasında kusuru bulunmayan veya devlete göre daha az kusuru olan taraf veya taraflara karşı kusursuz sorumlu olacaktır. Bu durumda devlet, ihlâlden zarar görene karşı, kendisinin kusurunun olmadığını, yargılamanın uzamasına diğer tarafın sebebiyet verdiğini ileri süremeyecektir. Dolayısıyla devlet, yukarıda sorumluluk için sayılan unsurlardan birisinin ihlâlinin kendi kusuruna dayanmadığını kanıtlasa dahi, kişilerin uğradığı zararı tazmin etmekten kurtulamayacaktır. Yani devlet veya mahkemeler değil, kasıtlı veya ihmal ile davranmayı; kendilerinden bekleneni yapmış, ancak yetki veya görevi dışında başka nedenlerle, örneğin yeterli hâkimin bulunmaması, kötü yazılmış ve birçok

[16] Anayasa Mahkemesi'ne göre " *Yargılama sürecinde başvurucular dışındaki tarafların yargılamayı geciktirici yöndeki işlem ve davranışları kural olarak, yargılamanın uzamasında taraf kusuru olarak kabul edilmekte ise de, yargılama makamlarının ilgili usûlî imkânları kullanmak suretiyle bu girişimleri engelleme sorumluluğu bulunmaktadır*" (AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13, RG, T. 18.07.2013, sa. 28711, P. 59).

boşluk içeren kanunların varlığı[17], iş yükünün fazlalığı, harç tarifelerinin yüksekliği gibi nedenlerle makûl süreye uyulmamış olması halinde bile[18], kusursuz sorumluluk prensiplerine göre, doğan zarardan sorumlu tutulacaktır. Burada devlet için "*kurtuluş beyyinesi*" geçerli değildir. Ayrıca devlet, hâkimin, aslında bir hukuk normunu uyguladığını, dolayısıyla kusurlu olmadığını ileri sürerek, bu yükümlülüğün ihlâlinden doğan zararı tazmin etmekten kaçınamaz. Bunun sebebi, durum ne olursa olsun, usûl ekonomisi ilkelerini dikkate alarak âdil bir yargılanma ortamının ve şartlarının oluşturulmasının, bunun için gerekli önlemlerin alınmasının tekel sıfatıyla devletin görevi olmasıdır[19]. Devletin, kasıt veya ihmalinin bulunması, sadece bu ihlâlinden doğan zararın daha yüksek miktarda tazmin edilme sonucunu doğurur.

İkinci olarak, konuyu tarafların tutum ve davranışları açısından değerlendirmek gerekirse, AİHM'e göre, yargılamanın uzaması, her zaman devletin hatalarından veya sunduğu hizmetlerin yetersizliğinden kaynaklanmaz; tarafların tutum ve davranışları da buna sebebiyet verebilir[20],[21]. Tarafların, yargılamayı uzatmaya ve giderleri artırmaya yönelik olan tutum ve davranışlarının ihmal[22] veya kasıtla olabileceği gibi, sadece davayı kazanma saikiyle hareket etme, örneğin delil adı altında gerekli gereksiz belgeler sunmak[23], hâkimden ek süre talep etmek, kendisi için önemli ama gereksiz

---

17 **Kloepfer**, Michael: Verfahrensdauer und Verfassungsrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Dauer von Gerichtsverfahren (JZ, 06 Nisan 1979, mys.209-216), s. 209.

18 **İnceoğlu**, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında, Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, 2008, s. 387 vd.; **Tanrıver**, Süha: Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Makalelerim I, Ankara 2005, 211-236), 220.

19 **Tanrıver** s. 220.

20 **Ladewig**, Jens Meyer: EMRK, Europeische Menschenrechtskonvention, München 2011, § 6, Rdnr. 201; **Matscher**, Franz: Zum Problem der überlangen Verfahrensdauer in Zivilrechtssachen; Art. 6 Abs. 1 EMRK und das österreichische Zivilgerichtliche Verfahren (Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, mys. 351-375), s. 356; **Villiger**, Mark E.: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, Zürich 1999, s. 290; **Grabenwarter**, Christoph: Europäische Menschenrechtskonvention, München 2005, s. 313.

21 AİHM, Vernillo/Fransa kararında, davada tarafların tutumu nedeniyle beş, yetkili makamların tutumundan kaynaklanan bir yıllık bir gecikmenin bulunduğunu belirtmiştir (AİHMK, KT. 20 Şubat 1991, Vernillo/Fransa, BN. 11889/85, http://hudoc.echr.coe. int/sites/tur/pages/ search.aspx?i=001-57672, ET. 14.12.2012).

22 AİHM, kendisine yapılan bir şikâyette "*…AİHM, Hükümet tarafından dile getirilen yaklaşık üç yıllık sürenin gerçekten de tebligat giderlerini ödemeyen başvuranların avukatının tutumu ile ilintili olduğunu saptamaktadır. Bu gecikme ulusal makamlara yüklenemez…*" şeklinde karar vermiştir (AİHMK, KT. 18 Kasım 2008, Aksoy ve Diğerleri/Türkiye, BN. 14037/04, 14052/04, 14072/04, 14077/04, 14092/04, 14098/04, 14100/04, 14103/04, 14112/04, 14115/04, 14120/04, 14122/04, 14129/04 (www.kazanci. com, ET. 21.06.2013).

23 **Yücel**, Mustafa Tören: Türkiye'de Yargının Etkinliği, Ankara 2008, s. 181.

dilekçeler vermek[24], mazeret bildirilerek duruşmalara katılmamak şeklinde de[25] olabilir.

5-İlliyet Bağı

Devletin usûl ekonomisi ilkesinin ihlâlinden doğan zarardan sorumlu olabilmesi için, bu ihlâl ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir[26]. Meydana gelen zararla, sorumluluğu doğuran, işlem, tutum veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, genel anlamda "*illiyet bağı*" denilir[27]. Diğer bir ifadeyle, illiyet bağı, sebep sonuç bağı demek olup[28]; zarar denilen sonucun, sözü edilen ihlâlden kaynaklanmasını gerektirir. İlliyet bağı, sorumluluğun aslî şartı olarak görüldüğünden, bu şart olmadan, doğan zarardan kişi sorumlu tutulamaz[29]. AİHM, AİHS'in 41 inci maddesine göre maddî tazminata hükmederken, zararın yanısıra ve bu zarar ile yargılamanın makûl sürede yapılamaması arasında bir illiyet bağının bulunmasını aramaktadır[30,31].

Devletin usûl ekonomisi ilkesini ihlâl etmesi, kendisinin koyduğu kuralı uygulamaması veya iyi uygulayamaması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, bu kuralın Anayasa'ya, evrensel hukuka veya AİHS'e aykırı olması şeklinde de gerçekleşebilir. Bu hususlardan herhangi birisinin meydana gelmesi durumunda, devletin ihlâl içeren işlemi, tutumu veya davranışı ile bu ihlâl neticesinde meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı var demektir.

6-Kişiye Ait Güncel Hukuki Yararın Varlığı

Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda aşağıda belirtilen yollara başvurulabilmesi için gerekli olan şartlardan birisi de, kişinin bu yollara başvurmada güncel hukuki bir yararının bulunması gerektiğidir[32]. Örneğin, kişinin başka bir yola başvurma ve bu şekilde zararını giderme imkânı varsa, bireysel başvuru yoluna gitmesinde, hukuki bir yararının mevcut olmadığı kabul

---

24 AİHMK, KT. 27 Ekim 1993, Monnet/Fransa, BN. 13675/88 (http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-57856, ET. 12.12.2012).

25 **Villiger** s. 292.

26 Bkz. AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13 (RG, T. 18.07.2013, sa. 28711, P. 68).

27 **Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 1,10.

28 **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 218.

29 **Eren** s. 1.

30 **Grabenwarter** s. 90; **Frédéric** s. 94.

31 "*...Talep edilen maddî tazminat ile tespit edilen ihlâl arasında illiyet bağı bulunmadığını kaydeden AİHM, bu talebi reddeder...*" (AİHMK, KT. 23 Eylül 2008, Eyüp Kaya/Türkiye, BN. 17582/04 (www.kazanci.com, ET. 21.10.2011).

32 Karş. **Kornbichler**, Hendrik/**Polster**, Julian/**Tiede**, Wolfgang/**Urabl**, Armin: Verfassungsrecht Schnell Erfasst, Berlin/Heidelberg/New York 2001, s. 254; **Kılınç**, Bahadır: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği (Anayasa Yargısı Dergisi, 2008/25, mys. 19-59), s. 36.

edilmelidir. Aynı şekilde, kişinin başvurduğu yol, tatmin edilmesine imkân veriyorsa, o yola başvurmada hukuki yararının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

İhlâle karşı başvuru yollarına gidilebilmesinde, kişinin hukuki yararının varlığı tek başına yeterli olmayıp, bu yararın aynı zamanda güncel olması gerekir. Güncellik, ihlâle sebebiyet veren eylem, işlem veya normun başvuruculara ne zaman uygulandığı veya uygulanacağı konusuyla ilgilidir. Dolayısıyla, temel hak ihlâline neden olan yasa, işlem veya eylem, başvurunun yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Kendilerine hiçbir zaman uygulanmamış ve uygulanma ihtimali olmayan işlem veya yasaların bir ihlâle sebebiyet verdiği iddia edilerek ilgili yollara başvurulamaz[33]. Örneğin, 6216 Sayılı Kanun m. 46/1, Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, ihlâlin ve ihlâl edilen hakkın güncel olması gerektiğini düzenlemiştir.

C-USUL EKONOMİSİ İLKESİNİN İHLALİNE KARŞI BAŞVURU YOLLARININ ÇEŞİTLERİ

I-Başvuru Yollarının Yasal Dayanakları

Usûl ekonomisi ilkesi, kaynağını Anayasa'dan alan hak ve yükümlülükler manzumesi niteliğindeki bir üst norm olduğundan, idarî ve yargı organları tarafından da korunması, gözetilmesi ve uyulması için, kanunlarımızda birtakım düzenleme ve yaptırımlar mevcuttur[34]:

1-**Any. m. 141/4:** "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir"[35].

2-Any. m. 36/1: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile* ***âdil yargılanma hakkı****na sahiptir*".

3-Any. m. 40: "*Anayasa ile tanınmış* ***hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes***, ***yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir****. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.* ***Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, devletçe tazmin edilir…***".

AİHS m. 13 "*Bu Sözleşmede düzenlenen hakları ve özgürlükleri ihlâl edilen her kişi, ihlâlleri gerçekleştiren kişilerin her ne resmi sıfatı haiz oldukları*

---

33 Karş. **Kılınç** s. 33.

34 Örneğin, HMK m. 47/1, e'ye göre hâkim hakkın yerine getirilmesinden kaçınması onun sorumluluğunu gerektirir. Ayrıca bkz. m. 419

35 **İnceoğlu** s. 370; bkz. **Akkan**, Mine: Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma (MİHDER 2007/6, mys. 29-68), s. 40.

dikkate alınmaksızın, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahip olacaktır" şeklindedir. Bu düzenleme, taraf devletlerin, iç hukuk sisteminde usûl ekonomisi ilkesinin ihlâline karşılık, etkin bir hukuki yola başvurma yolunun oluşturulmasını zorunlu hale getirmiştir[36]. Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâline karşı, kişilere başvuru yollarının tanınma sebebi, Anayasa'da koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmesini önlemek[37], ihlâlin olması durumunda ise kişinin mağduriyetini gidermektir.

Yargılamanın usûl ekonomisi ilkesinin doğrultusunda yapılması, hâkim için bir yükümlülük olduğuna göre[38], bunun gereğinin yerine getirilmemesinin, mutlaka bir yaptırımı ve bu yaptırımın talep edilmesine imkan sağlayan bir yol olmalıdır. Aksi halde, hem bu ilkenin uygulanması mümkün olmaz, hem de hukuka aykırı davranışlar yaptırımsız kalmış olur ki, bu da âdil yargılanma ilkesiyle bağdaşmaz.

AİHS m. 34 "*İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan birisinin ihlâlinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi ve hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler*" şeklindedir. Bu madde dikkate alındığında, AİHM'e hem davacı, hem de davalının başvurabileceği görülmektedir. Makûl sürenin aşıldığı iddiasıyla sadece taraflardan birisi AİHM'e başvurmuşsa, "*başvurucu"* olarak ifade edilir.

II-Başvuru Yollarının Çeşitleri

1- Alman Hukukunda

Alman Anayasası m. 19/4, bireylere, sübjektif haklarının devlet tarafından ihlâl edilmesi durumunda, mahkemeye başvurma ve devlete karşı dava açma hakkı tanımıştır[39]. Özellikle yargılamanın makûl sürede yapılmaması durumunda başvurulacak çeşitli yollar vardır:

a. Tazminat Davası:

Yargılamanın usul ekonomisi ilkesine uygun olarak yapılmaması durumunda açılacak tazminat davası BGB'de düzenlenmiştir. BGB'nin 839 uncu maddesinin 2 nci fıkrasına göre, makûl sürede yargılama yapılmaması veya işlemin yerine getirmekten kaçınılmasından doğan zararların devletten

---

36 **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Korkmaz**, Ömer: Yargılamanın Yenilenmesi Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlâli (DESBED, 2003/2, mys. 182-212), s. 182.

37 Karş. **Kılınç** s. 24.

38 **Bock**, Hans-Christian: Das Rechtsschutzbedürfnis im Vewaltungsprozess, Göttingen 1971, s. 25.

39 **Lorenz**, Dieter: Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19. ABS. 4 GG (Juristische Ausbildung, 1983, mys. 393-400), s. 394-395.

karşılanması istenebilir[40]. Bu yol, HMK m. 46 ve m. 46/1,e'de öngörülen tazminat davasına benzemektedir.

b. Şikayet (Untätigkeitsbeschwerde):

Şikayet yolu, "*Untätigkeitsbeschwerde*"[41] şeklinde ifade edilen yoldur. Bu yol, Alman kanunlarında düzenlenmemiş olup, yargı içtihatları ve AİHS'in 6 ncı maddesinin bir gereği olarak uygulama alanı bulmuştur. Bu yola, mahkemenin vermesi gereken kararı vermemesi veya kararını vermede gecikmesi halinde gidilir[42]. Ayrıca ZPO § 321a'da hukuki dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi durumunda başvurulacak hukuki çare düzenlenmiştir. Ancak Alman hukukuna göre, yargılamanın sürüncemede bırakılması hukuki dinlenilme hakkının ihlâli olduğundan, davası sürüncemede bırakılan kişi, bu hükme dayanarak "*Untätigkeitsbeschwerde"* olarak ifade edilen şikâyet yoluna başvurabilecektir[43].

c. Gecikme İtirazı (Verzögerungsrüge)

Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun (GVG) 198 vd. maddelerinde kabul edilen "***gecikme itirazı***" (Verzögerungsrüge) şeklinde ifade edilen, "***itiraz*****"** ve "***dava***" olmak üzere **iki kademeden oluşan yoldur**. Buna göre, yargılamanın taraflarından birisi veya yargılamaya katılan diğer kişiler (GVG § 198/6, c.2), yargılamanın ölçüsüz veya makûl olmayan bir şekilde uzaması ve bu nedenle hakkında makûl sürede bitirilemeyeceği konusunda kuvvetli bir şüphe oluşması durumunda, bu andan itibaren davaya bakan mahkemeye başvurarak, geciken işlemlerin yapılmasını isteyebilirler (GVG § 198/2). Makûl süredeki bir yargılamanın ne kadar olacağı konusunda bir ölçü olmadığından, yargılamanın makûl olmayan bir şekilde uzayıp uzamadığı, davanın karmaşıklığı, önemi, tarafların tutum ve davranışları ve somut olayın durumuna göre belirlenir (GVG § 198/1)[44].

Sözkonusu itiraz, davanın tarafları veya dava katılanlar, en geç hükmün **kesinleşmesine kadar**[45] yapabilirler (GVG § 198/5)[46]. Bir itirazdan

---

40 **Breuer**, Marten: Staatshaftung für judikatives Unrecht, Tübingen 2011, s. 223 vd.; **Brüning**, Christoph: Staathaftung bei überlanger Dauer von Gerichtsverfahren (NJW, 2007/16, mys. 1094-1099), s. 1095.

41 Bu kavram, mahkemenin görevini savsaklaması nedeniyle yapılan şikâyet anlamına gelmektedir.

42 **Redeker**, Konrad: Kann eine Untätigkeitsbeschwerde helfen? (NWJ, 2003/7, mys. 465-536), s. 488.

43 **Zuck**, Rüdiger: Rechtliches Gehör im Zivilprozess (NJW, 2005/18, mys. 1217-1312), s. 1227.

44 Bkz. **Meyer Holz**, Ulrich: Keidel Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 2011, § 198, Rdnr. 80; **Althammer**, Christoph/**Schäuble**, Daniel: Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer-Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive (NJW, 2012/1-2, mys. 1-7), s. 1.

45 **Meyer Holz** § 198, Rdnr. 70.

46 **Meyer Holz** § 198, Rdnr. 74.

sonra, yeni bir itirazın yapılabilmesi için, kanunlarda daha kısa bir süre öngörülmemişse, **ilk itiraz üzerinden 6 ay geçmesi** gerekir (GVG § 198/3, c. 2)[47]. Bu altı aylık bekleme süresi, mahkemenin itirazı incelemesi ve geciken işlemler için gerekli hızlandırmayı yapabilmesi için öngörülmüştür[48].

Eğer mahkeme itiraz başvurusundan itibaren altı ay içinde, bu hızlandırmayı sağlayamazsa, bir üst derece mahkemesine uğranılan zararların giderilmesi için **tazminat dav**ası açılabilir[49]. Bu dava en erken, itiraz başvurusundan itibaren altı ay geçmesiyle, en geç hükmün kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde açılabilir (GVG § 198/5).

Ortaya çıkan zarar maddî olabileceği gibi, manevi de olabilir (GVG § 198/2)[50]. Bu zarar, geciken her yıl için 1200 Euro'dur. Fakat bu miktar somut olaya göre hakkaniyete uygun düşmüyorsa, hâkim daha yüksek veya daha az bir miktara hükmedebilir (GVG § 198/2, c. 2)[51]. Yargılamanın gecikmesinden kaynaklanan tazminat talebi için görevli ve yetkili mahkeme, ilk derece mahkemelerindeki gecikmeler için yüksek eyalet mahkemesi, yüksek eyalet mahkemelerindeki gecikmeler için Federal Mahkeme'dir[52].

d-Anayasa Şikayeti

Alman hukukunda usul ekonomisi ilkesinin ihlali halinde gidilecek bir diğer yol "*anayasa şikâyeti*"dir. Alman Anayasası'nın 19 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasının 1 inci cümlesi "*Bir kamu erki tarafından hakları ihlâl edilmiş olan herhangi bir şahsa yargı yolu açıktır*" şeklindedir. Davası sürüncemede bırakılan bir kişi buradaki düzenlemeye dayanarak, devlet aleyhine anayasal şikâyet yoluna başvurabilecektir[53]. Ancak bu ifadenin Türk hukukundaki karşılığı, "***bireysel başvuru*"** yoludur[54]. Alman hukukundaki anayasal şikâyetin diğer dayanağını da Anayasa m. 20/3'deki düzenleme oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre "*Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar*". Ayrıca makûl sürede yargılama

47 **Dorp**, Tomas/**Link**, Peter: Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, München 2012, § 198, Rdnr. 52; **Meyer-Holz** § 198, Rdnr. 73

48 Yargılamayı hızlandırması muhtemel olan, ancak henüz yargılamaya dahil olmamış veya inceleme sırası gelmemiş hususlar varsa, yapılan itirazda bunlara dikkat çekilmesi gerekir.

49 Bu davanın açılabilmesi için, yargılamadaki gecikmesinden doğan zararın, başka bir şekilde giderilmesinin mümkün olmaması gerekir.

50 **Meyer Holz** § 198, Rdnr. 84-85.

51 **Scheidler**, Alfred: Verzögerungsrüge und Entschädigungsanspruch bei Ausbleiben einer Terminierung im Verwaltungsprozess (LKV, 2012/6, mys. 241-288), s. 262.

52 **Meyer Holz** § 198, Rdnr. 76.

53 **Schlette**, Volker: Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, Berlin 1999, s. 55.

54 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 680.

yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiası ile AİHM'e başvurulması mümkündür[55].

e. AİHM'e Bireysel Başvuru (i*ndividualantrag)* Makûl sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiası ile AİHM'e başvurulması mümkündür.

2-Avusturya Hukukunda

1989 yılında Avusturya Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun (Gerichstsorganisationsgesetz) m. 91 ile "***mühlet verme başvurusu" (Fristsetzungsantrag)*** adı altında bir yol oluşturulmuştur[56]. Bu yol, AİHM'in, AİHS'in 6 ncı maddesi doğrultusunda verdiği kararların etkisinin dışında gelişmiş ve Avusturya hukukuna özgü bir niteliğe sahiptir[57]. Bu yol sayesinde, AİHM'in, makûl sürenin ihlâli nedeniyle Avusturya Devleti aleyhine verdiği karar sayısı, diğer devletlerle kıyaslandığında oldukça azdır[58,59]

Mühlet verme başvurusu, hâkimin işlemin yapılmasını geciktirmesi veya pasif kalması hallerinde yapılır[60]. Hâkimin pasif kalmasına, duruşma gününün belirlenmemesi, bilirkişi raporunun temin edilmemesi, hükmün verilmemesi[61]; yargılamanın gecikmesine ise, kanunla tayin edilen sürelere uyulmaması örnek olarak verilebilir. Hâkimin etkin olup olmaması araştırılırken, objektif kıstaslardan hareket edilmesi gerekir[62]. Bu kıstaslara hâkimin iş yükünün durumu[63] davanın karmaşıklığı[64] örnek olarak gösterilebilir (GOG § 91/1).

---

55 **Schlette** s. 57.

56 **Pickenbrock,** Andreas: Rechtsschutz gegen gerichtiche Säumnis und Gehörsverletzungen in Österreich (Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, mys. 515-525), s. 519; **Fasching**, Hans W.: Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung (Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, Berlin 1995, mys. 161-172), s. 166; **Rechberger**, Walter H. (çev. Kamil Yıldırım): Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess (İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, mys. 1-15), s. 11.

57 **Kroppenberg**, Inge: Rechtsschutz gegen den untätigen Zivilrichter (ZZP, 2006/2, mys. 177-198), s. 179.

58 **Rechberger** s. 8.

59 AİHM, Wolhmeyer Bau GmbH/Avusturya kararında, devletin yargılamayı makûl sürede yapma yükümlülüğü dikkate alındığında, GOG § 91'de düzenlenen mühlet verme başvurusunun, AİHS'in 13. maddesi çerçevesinde etkin bir hukuki çare olduğunu belirtmiştir (AİHMK, KT.08 Temmuz 2004, Wohlmeyer Bau GmbH/Avusturya, BN. 20077/02, http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-61879, ET 12.10. 2012).

60 **Schmid**, Sebastian/**Wallnöfer**, Klaus: Volkanwaltschaft und Gerichtsbarkeit (JRP, 2008/3, mys. 177-188), s. 178.

61 **Schoibl**, Norbert A.: Der Fristsetzungsantrag im österreichischen Zivilverfahrensrecht als Beschwerde gegen unzumutbare Verfahrensverzögerungen (ZZP, 2005/118, mys. 205-240), s. 219-222.

62 **Fasching** s. 168.

63 **Fasching** s. 169.

Mühlet verme başvurusuna ilişkin dilekçe, gecikmeye sebebiyet veren veya etkin olmadığı ileri sürülen hâkimin mensup olduğu mahkemeye verilerek, gecikmiş olan usûl işleminin yapılması talep edilir[65]. **Bu dilekçenin doğrudan bir üst derece mahkemesine verilmesi mümkün değildir**. Dilekçede yargılamanın uzamasına sebebiyet veren durum veya hâkimin etkin olmama hususu somut olarak belirtilir.

Gecikmeye sebebiyet verdiği iddia edilen hâkim, ilgilinin bu talebini yerinde görürse, **dört haftalık süre içinde** geciken işlemi icra eder ve tarafları bilgilendirir[66]. Ancak taraflar mahkemenin bu icrasından memnun kalmazlarsa, bilgilendirilmeden itibaren **ondört gün içinde** başvurunun incelenmesi için üst derece mahkemesine gönderilmesini isteyebilirler. Buna karşılık, ilk derece mahkemesi, kişinin talebini yerinde bulmaz veya işlemin **dört hafta içinde yerine getirilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varırsa, kendi görüşünü de ekleyerek, başvurunun incelenmesi için derhal üst derece mahkemesine göndermek** mecburiyetindedir (GOG § 91/2)[67]. Üst derece mahkemesi de yargılamada bir gecikme olup olmadığını ve şayet bir gecikme mevcutsa, geciken işlemin dört hafta içerisinde neden yapılmadığını inceler[68].

Üst derece mahkemesi, mühlet verme başvurusuna ilişkin olarak yapılan talebi haklı görürse, belirleyeceği makûl bir süre zarfında[69], yapılması geciken işlemin, alt derece mahkemesince yapılmasına hükmedecektir[70]. Üst derece mahkemesi tarafından verilen bu karar kesin olup[71], alt derece mahkemesi için bağlayıcıdır (GOG § 91/3)[72,73].

---

64 Bkz. AİHMK, KT. 16 Aralık 2008, Mehmet Ali Kaplan Ve Diğerleri/Türkiye, BN. 3224/05, 4884/05, 9504/05, 9545/05, 9568/05, 9600/05, 9658/05, 9695/05, 9720/05, 13516/05 (www.kazanci.com, ET. 12.04.2013).

65 **Schoibl** s. 222.

66 **Buchegger**, Walter/**Deixler-Hübner**, Astrid/**Holzhammer**, Richard: Praktisches Zivilprozessrecht I, Streitiges Verfahren, Wien/New York 1998, s. 100; **Schoibl** s. 224.

67 Mühlet verme başvurusu, ilk derece mahkemesinde görülen bir davanın üst derece mahkemesine aktarılması sonucunu doğurmadığı gibi, davanın ilk derece mahkemesinde görülmesini durdurucu özelliği de yoktur (**Schoibl** s. 224).

68 **Schoibl** s. 229.

69 Geciken işlemin yapılması için üst derece mahkemesi tarafından belirlenen makûl sürenin miktarı her bir somut olay için ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir. Bu sürenin belirlenmesinde, davanın karmaşıklığı, tarafın bir an önce hukuki koruma elde etmesinden sağlayacağı menfaat önemli rol oynar (**Schoibl** s. 235).

70 **Schoibl** s. 233.

71 Üst derece mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu karara karşı gidilebilecek bir kanun yolu yoktur (**Schoibl** s. 237).

72 **Schmid/Wallnöfer** s. 178; **Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer** s. 100; **Faber**, Ronald/**Frank**, Stefan Leo: Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes das Beschwerdeverfahren nach Art 144a BVG (JBI, 2008/8, mys. 477-489), s. 480; **Schoibl** s. 236.

Mühlet verme başvurusu, hâkimin bağımsızlığına zarar ve yargılama mercilerinin mevcut iş yükünün artmasına sebebiyet vereceği endişesi[74]; üst derece mahkemesi tarafından verilen bu karar alt derece mahkemesi bakımından bağlayıcı ve kesin nitelikte olmakla birlikte, bu karara uyulmaması durumunda hâkime uygulanacak yaptırımın açıkça belli olmadığı ve bu nedenle hâkimin sadece disiplin sorumluluğunun sözkonusu olacağı nedeniyle zayıf içerikli bir düzenleme olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir[75].

3-Türk Hukukunda

a-Tazminat Davası

Aşağıda da görüleceği üzere, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda istinaf veya temyiz gibi yollara başvurmanın, ihlâl nedeniyle kişilerin uğradığı zararları giderme özelliği yoktur. Dolayısıyla bu ihlâlden kaynaklanan zararlarının tazmini için, bireysel başvuru yoluna gidilmeden, önce, devlet aleyhine, ancak bu ihlâle özgü bir tazminat davasının olması gerekir[76]. Böyle bir davanın var olması, onarıcı adalet anlayışının bir gereğidir[77]. Örneğin, kişilerin, davaların karara bağlanmasının gecikmesinden kaynaklanan zararlarının tazmin edilmesine imkân veren hukuk sistemlerinden biri İspanya'da mevcuttur. İspanya Anayasası'nın 121 inci maddesi, adalet yönetiminin işleyişindeki usûle ve kanuna aykırılık veya hata durumlarında,

---

73 Mahkemenin burada verdiği karar nitelik olarak adlî yönetime ilişkin bir karar değil, yargısal bir karardır (**Schmid/Wallnöfer** s. 178).

74 **Fasching** s. 167.

75 **Schmid/Wallnöfer** s. 178; **Schoibl** s. 236.

76 Yargılamanın makûl sürede bitirilmemesi nedeniyle, kanun koyucu, böyle bir dava yerine kişinin "*komisyon'a tazminat başvurusu*" adı verilen bir yola başvurma imkânı getirilmiştir.

77 Onarıcı adalet düşüncesi, klasik ceza hukuku anlayışından farklı olarak, suça ve suç dolayısıyla faile verilecek asıl tepkinin ceza olması felsefesinden belli bir ölçüde ayrılmayı ifade eder. Bu düşünceye göre, suç nedeniyle verilecek tepki, öncelikli olarak failin cezalandırılması değil, zarar doğuran sonucun onarılma yoluna gidilmesidir (Bu konuda bkz. **Ketizmen**, Muammer: Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi (HÜHFD, 2012/2, mys. 1-10; http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C2S1 makale1.pdf). Onarıcı adalet bir problem çözme yaklaşımı olup, farklı biçimlerde, mağduru, faili, sosyal ağlarını, yargı organlarını ve toplumu dâhil etmektedir. Onarıcı adalet suç oluşturan davranışın sadece hukuku ihlâl etmekle kalmayıp, ayrıca mağdura ve topluma da zarar verdiği temel ilkesi üzerine kurulmuştur. Suç oluşturan davranışın sonuçlarını giderme çabaları, mümkün olduğu ölçüde, faili ve zarar gören tarafları kapsaması ve aynı zamanda mağdura ve faile gereken yardımı ve desteği sağlamayı hedefler (Onarıcı Adalet Programı El Kitabı, Ceza Adaleti Kitaplar Dizisi, New York 2006, s. 6). Konuya medenî muhakeme açısından bakmak gerekirse, şüphesiz onarıcı adaletin buradaki kapsamı oldukça geniştir. Ancak konuyu bu çalışma bakımından değerlendirmek gerekirse, Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli nedeniyle, kanun yollarıyla giderilmesi mümkün olmayan bir zarar varsa, bu zarar tazminat davası yoluyla giderilecekse, onarıcı adaletin varlığından söz edebiliriz.

zarar görene devletten tazminat talep etme hakkını tanımaktadır[78]. Bu madde "*Adlî hatalardan veya adlî yönetimdeki düzensizliklerden kaynaklanan zarar, kanuna uygun olarak, devlet tarafından tazmin edilir*"[79] şeklindedir. Türk hukukunda usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda gidilecek özel bir dava olmamakla birlikte, bu ilkenin ihlâline sebebiyet veren hâkim veya icra görevlilerine karşı açılabilecek genel nitelikli bir tazminat davası mevcuttur.

Bu tazminat davaları, özel nitelikli birer dava olmadıklarından, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli nedeniyle zarar gören kişilerin tüketmesi gerektiği iç hukuk yollarının bir halkası değildir. Yani kişi, bu tazminat davalarını açmadan da bireysel başvuru yoluna gidebilir.

Konuyu **icra görevlilerinin işlem ve eylemlerinden doğan zarar** için açılan tazminat davaları bakımından değerlendirmek gerekirse, İİK m. 5 *"İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır"* şeklindedir. Buna göre, icra-iflas dairesi görevlileri, görevlerini yaparken, yetkilerini kullanırken, ilgililere bir zarar verecek olursa, bu zarardan doğrudan sorumlu olmayacak ve tazminat davası devlete karşı açılacaktır. Fakat bu tazminatın alınabilmesi için devletin doğan zarar konusunda kusuru bulunmalıdır[80]. Kanaatimizce, icra görevlisi, gerek icra işlemini sürüncemede bırakarak ve gerekse başka bir eylemi ile icra takibinin uzamasına ve gereksiz giderlerin yapılmasına sebebiyet vermişse, bundan kaynaklanan zararın tazmini için devlete karşı İİK m. 5 uyarınca tazminat davası açılabilmelidir. Ancak burada İİK m.5'ten farklı olarak, devletin kusurlu olması aranmamalıdır.

Konuyu **hâkimlerin işlem ve eylemlerinden doğan zarar** için açılan tazminat davaları bakımından değerlendirmek gerekirse, m. 46/1'de tazminat davası açılmasını gerektiren sebeplerden birisi de "*e"* bendinde "*Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması"* şeklinde belirtilmiştir[81]. Örneğin hâkim önüne gelen bir davaya bakmaktan veya talep edilen bir usûl işlemini haklı bir durum olmadan yerine getirmekten kaçınırsa, usûl ekonomisi ilkesi ihlâl edilmiş olur. Kanaatimizce bu durumda da, devletin kusuru aranmaksızın tazminata hükmedilmelidir.

---

78 **Özbek**, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD, 2006/1, mys. 207-292, s. 278.

79 Constitución Española (http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES. pdf, ET. 22.08.2013).

80 **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013, s. 63-64.

81 **Pekcanıtez**/**Atalay**/**Özekes** s. 132; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 769.

b-Şikâyet

aa-İcra Mahkemesine Şikâyet

İİK m. 16'nın 2 nci fıkrası "*Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir*", 17 maddenin 2 nci fıkrası ise "*Memurun sebepsiz yapmadığı veya geciktirdiği işlerin icrası emrolunur*" şeklindedir[82]. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, icra görevlilerinin, haklı sebep olmaksızın, bir talebi zamanında veya işin gerektirdiği süre içinde yerine getirilmesini savsaklaması halinde, her zaman şikâyet yoluna gidilebilecek ve bu işlemin yerine getirilmesi istenebilecektir[83].

Kişi, bir işlemin sürüncemede bırakıldığı gerekçesiyle şikâyette bulunur[84] ve bu şikâyeti de icra mahkemesi tarafından reddedilirse, icra mahkemesinin red kararına karşı kanun yollarına başvurmanın mümkün olup olmadığının üzerinde de durmak gerekir. Bir defa icra mahkemesinin kararlarının temyiz edilebilmesi, sözkonusu kararın İİK m. 363'te sayılmış olmasına bağlıdır[85]. Ancak bu maddede sayılan kararlardan sadece birkaç tanesi (bkz. İİK m. 363/1,10,15) şikâyetle ilgilidir[86]. Fakat bunların arasında bir işlemlerin sürüncemede bırakılması halinde yapılacak şikâyet başvurusu üzerine icra mahkemesinin vereceği karar bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bu durumda temyize gitmek mümkün olabilmelidir. Temyizde durum böyle olmakla birlikte, İİK m. 363'ün istinafa göre düzenlenen şeklinde icra mahkemesinin iflâs idaresinin işlemleri hakkında şikâyet üzerine verdiği kararlara karşı şikâyet yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, şayet şikâyet bir işlemin sürüncemede bırakılması nedeniyle yapılmış ve bu şikâyet de yerinde bulunmamışsa, bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir.

Görüldüğü üzere, bir işlemin sürüncemede bırakılması, o işlemin makûl süre içinde yapılmadığı ve dolayısıyla usûl/takip ekonomisi ilkesinin ihlâl edildiği anlamına gelmektedir. Normalde, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda, bireysel başvuru gibi yollara gidebilmek için iç hukuk yollarının

---

82 İcra mahkemesi, sürüncemede bırakılan bir işlemin yapılmasını, icra görevlilerine emretmekle birlikte, icra görevlisinin bu emrin gereğini yerine getirmemesi halinde de, kendisine karşı İİK m. 5 gereğince tazminat davası açılabilmelidir.

83 **Pekcanıtez**, Hakan: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 66, 84-85.

84 İcra ve İflas hukukunda şikâyet sebeplerinden birisi olan "*bir hakkın sebepsiz olarak sürüncemede bırakılması*", usûl ekonomisi ilkesinin "*makûl süre yargılanma*" unsuru ile paralellik arzederken, bir başka sebep olan "*bir hakkın yerine getirilmemesi*" usûl ekonomisi ilkesiyle değil, hak arama hürriyeti ile ilişkilidir.

85 **Karslı**, Abdurrahim: İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995, s. 80 vd.; **Pekcanıtez**-Şikâyet, s. 167-168.

86 **Pekcanıtez**-Şikâyet, s. 168.

tüketilmesine gerek olmadığı halde[87], kanaatimizce, burada istisnai bir durum olarak şikâyet, icra ve iflâs hukukuna ilişkin işlemlerin sürüncemede bırakılması halinde tüketilmesi gereken bir iç hukuk yoludur[88].

İİK m. 16'da düzenlenmiş olan şikâyet sebebi, makûl sürenin ihlâli ile ilgili olmakla birlikte, kanaatimizce takip giderlerine ilişkin ihlâl durumlarında da şikâyet yoluna gidebilmek mümkün olmalıdır (İİK m. 16)[89]. Ancak sebepsiz olarak sürüncemede bırakılan icra işlemi için şikâyet süresiz iken, diğer durum için yedi gün olacaktır.

bb-HSYK'ya Şikâyet

Bir davayı kasden sürüncemede bırakan ve gereğinden fazla gider yapılmasına sebebiyet veren hâkim, HSYK' ya şikâyet edilebilir. HSYKK m. 14,IV/a'ya göre, HSYK bünyesindeki teftiş kurulunun görevlerinden birisi "*Adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yapmak*"tır. Dolayısıyla yargılama sürecinde usûl ekonomisi ilkesine uygun davranmadıkları gerekçesiyle, hâkimler hakkında şikâyete bulunularak, HSYK'dan inceleme ve soruşturma yapılması istenebilir[90].

Belirtmek gerekir ki, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda, başvurulması mümkün olan bu yol, kişinin sübjektif menfaatlerinin korunması bakımından etkin koruma özelliğine sahip değildir. Örneğin, AİHM, Tamar/Türkiye kararında, başvurucunun makûl sürede yargılama yapılmadığı iddiasına karşılık olarak; Türkiye, başvuranın, Üsküdar Hukuk Mahkemesi'nde görevli yargıç hakkında, Cumhuriyet Savcısı'na veya doğrudan Adalet Bakanlığı'na şikâyette bulunabileceğini, zira böyle bir şikâyet sonrasında, dosyayı incelemesi için bir müfettişin görevlendirildiğini ve kusur bulunması halinde yargıç hakkında disiplin cezası verildiğini, ancak başvurucu bunu yapmadan, AİHM'e gittiğini ve bu nedenle, talebin reddedilmesi gerektiğini ileri

---

87 Bkz. AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13 (RG, T. 18.07.2013, sa. 28711, P. 27).

88 Aslında böyle bir uygulamanın davayı sürüncemede bırakan mahkemelere da karşı olabilmesi gerekir. Zira Avusturya hukukunda böyle bir imkân mevcuttur. Türk hukukunda "*İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na Başvuru"* şeklindeki yol, bu amaçla getirilmiş olmakla birlikte, nitelik olarak kendisine özgü bir yapıya sahiptir.

89 **Kuru/Arslan/Yılmaz**-Usûl, s. 68-69.

90 Bkz. **Yanık**, Murat: Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu ve Çalışma Maddî ve Kararlarının Denetimi (Anayasa Yargısı Dergisi, 2010/27, mys. 161-216), s. 168 vd.

sürmüştür. AİHM de, Türkiye tarafından başvurucuya önerilen bu yolun, AİHS'in 13 üncü maddesi çerçevesinde etkin bir yol olmadığını ifade etmiştir[91].

c-Kanun Yolları

aa-Temyiz ve İstinaf

Sadece usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli gerekçe gösterilerek olağan kanun yolları olan istinaf ve temyize gidilemez, zaten buna gerek de yoktur. Zira kanun yollarına gidilmenin amacı, mahkemenin yanlış vermiş olduğu iddia edilen kararın, üst mahkemece denetlenmesini sağlamaktır. Usûl ekonomisi ise, yargılama sırasında sunulan hizmetin kalitesi ve makûl giderle ve makûl sürede yargılama yapılması ile ilgilidir. Örneğin, bu ilkenin gereği olarak, iki davanın birleştirilerek incelenmesi uygun iken, davalar ayrı ayrı görüldüğü için, çok gider yapılmış ve daha çok süre harcanmış olmasına rağmen, davalar karara bağlanmışsa, sırf gider ve süre konusunda makûl ölçünün aşıldığı gerekçe gösterilerek, verilen kararları bozmaya imkân yoktur[92]. Zira ihlâl nedeniyle yerel mahkemenin hükmünün bozulacak olması, usûl ekonomisi ilkesinin daha da ihlâli ve bu ilkeden beklenen faydanın tamamen kalkması anlamına gelecektir. Aynı şekilde, kişinin iddiası, yargılamanın makûl sürede yapılmaması ise ve üst derece mahkemesi de, bu nedenle hükmü bozacak olsa, süreç daha da uzayacak ve yapılan giderlerin miktarı artacaktır. Örneğin, Yargıtay bir kararında "…*Paydaşlığın giderilmesi davalarında kendilerini vekil ile temsil ettiren paydaşlar yararına Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre maktu vekâlet ücreti takdir edilmesi gerekirken, nisbi vekâlet ücretine hükmedilmesi doğru değil ise de, bu nedenle hükmün bozularak yeniden yargılama yapılmasında usûl ekonomisi yönünden yarar görülmediğinden*…" şeklinde devam eden bir karar vermiştir[93].

İlk derece mahkemesinin kararıyla, usûl ekonomisi ilkesinin yanı sıra, bir başka hukuk kuralı ihlâl edilmişse, ancak o zaman usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli, bozmanın bir yan sebebi olarak gösterilebilir. Bu duruma, Yargıtay'ın "*Davacı vekili, müvekkilinin davalı kooperatife 300.000.000 TL ödeyerek anahtar teslimli ortak olarak kabul edildiğini, buna karşın daha sonra kooperatife olan borcunu ödemediğinden bahisle ortaklıktan çıkarıldığını ileri sürerek, ortaklıktan çıkarma kararının iptali ile anahtar teslimli ortak olduğunun tespitini talep etmiştir. Görüldüğü gibi, davacının kooperatif*

---

91 AİHMK, 18 Temmuz 2006, Tamar/Türkiye, BN. 15614/02 (http://www.kazanci.com/kho2/hebb/giris. htm, ET. 29.11.2012).

92 Normalde, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli halinde, kişinin maddî ve manevi zararı sözkonusu olabilir. Ancak, kişi tarafından talep edilse bile, üst derece mahkemesinin mevcut mevzuat çerçevesinde bu zarara hükmetme yetkisi yoktur.

93 6.HD, KT. 20.3.2006, E. 2006/2091, K. 2006/2732 (www.kazanci.com, ET. 12.09.2013).

ortaklığı, ortaklıktan çıkarılmak suretiyle ihtilaflı hale gelmiştir. Davacının 300.000.000 TL ödeyerek kooperatife ortak olarak alındığını ve kooperatife herhangi bir ödeme yapması gerekmediğini iddia etmesi, kooperatife borçlu bulunmadığının tespitini içeren bir talep olmasına göre mahkemece bunun ayrı bir dava konusu olacağının vurgulanması yerinde değildir. O halde, davacının iddia ettiği şekilde ve nitelikte ortak olup olmadığına dair kanıtları incelenip değerlendirilerek bu konuda da olumlu ya da olumsuz bir karar vermek gerekirken, davacıyı ayrı bir dava açma durumunda bırakmak, HUMK 77 nci maddesinde düzenlenen usûl ekonomisi ilkesine aykırı bulunmuş olup, kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir..." şeklindeki kararı örnek olarak verilebilir[94]. Kanaatimizce Yargıtay'ın burada bozma gerekçesini, doğrudan usûl ekonomisi ilkesine dayandırması yerinde değildir. Zira, usûl ekonomisi ilkesinin gerekçe gösterilerek bozma olabilmesi için, usûl ekonomisi ilkesinin unsurlarını telafi edici bir sonucun meydana gelmesi gerekir. Örneğin, bu kararda, zaten mahkeme tarafın talebini kabul etmeyerek, yeterli miktarda zaman kaybına neden olmuştur. Verilen bozma kararı, bu zaman kaybını gideremeyecekse, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâlinden kaynaklanan zararı gidermiş olmaz.

Yargıtay, benzer bir başka kararında*"...Mahkemece davanın çözümlenmesi için gerekli görülen belgelerin bulundukları yerlerden duruşmaya getirilip incelenmesi mümkün iken, keşif kararı verilerek yerlerinden tetkik edilmesi mahkeme masraflarını artırıcı bir yargılama işlemidir ve giderek az önce değinilen Anayasa maddesi ile usûl ekonomisi ilkelerine aykırı düşer. Anılan ilkelere ters düşer biçimde karar verilmesi bozmayı gerektirir...*" şeklinde bir sonuca varmıştır[95]. Burada mahkemenin sebebiyet verdiği gereksiz bir gider sözkonusudur. Yargıtay'ın bozma kararı üzerine, usûl ekonomisi ilkesinin işlerlik kazanabilmesi için, bu giderin kararı veren hâkimden veya devletten karşılanması gerekir. Buna ilişkin bir yasal düzenleme mevcut olmadığına göre, sırf bu nedenle kararın bozulmuş olması, usûl ekonomisi ilkesine aykırılık oluşturur.

bb- Yargılamanın Yenilenmesi

AİHS'in 46 ncı maddesine göre, AİHM'in kararları taraf devletler için bağlayıcıdır. Mahkeme, AİHS'e aykırılık tespit ederse, iç hukuk işleminin veya mahkeme kararının iptaline karar vermemekte, onun AİHS'i ihlâl edip etmediğini tespitle yetinmektedir. Ancak, AİHM'in kararından sonra, taraf olan her devletin, iç hukukta sözleşmeye aykırı yapılan işlemin ve verilen kararın

94 11.HD, KT. 4.5.1998, E. 1998/1542, K. 1998/3221 (www.kazanci.com, ET. 22.05.2013); benzer bir karar için bkz. 16.HD, KT. 28.3.2003, E. 2003/2493, K. 2003/2241 (www.kazanci.com, ET. 12.08.2013).

95 YHGK, KT. 27.1.1993, E. 1992/10-672, K. 1993/15 (www.kazanci.com, ET. 08.08.2013).

sonuçlarını ortadan kaldırma, işlem veya karardan önceki duruma dönülmesini sağlama yükümlülüğü vardır[96]. Bunu sağlama yollarından birisi de yargılamanın yenilenmesidir. AİHM tarafından, AİHS'e aykırılığı tespit edilen kesin hükme karşı, yargılamanın yenilenmesinin iç hukukta kabul edilmesi, yeniden yargılama yapılarak kararın düzeltilmesini sağlama imkânı verir[97].

Avrupa Birliği'ne uyum yasaları çerçevesinde 23.01.2003 günlü ve 4793 sayılı Kanunla, 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun "*yargılamanın yenilenmesi*" ile ilgili 445 inci maddesinin birinci fıkrasına 11 inci bent eklenerek, "*Hükmün, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya Ek Protokolleri'nin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması*", bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmişti[98]. Bu hüküm, 6100 sayılı yeni HMK'nın 375 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (i) bendinde aynı ifadelerle yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini iddia eden bir kimse, AİHM'e başvurur ve bu talebi AİHM tarafından kabul edilirse, kişi lehine hükmedilen tazminatın yanı sıra, bu hususa ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay ve her hâlde, on yıl içinde doğrudan doğruya yargılanmanın yenilenmesi yoluna gidebilir[99,100]. Yani AİHM, başvuran tarafın, AİHS'de teminat altına alınmış bir hakkının, örneğin âdil yargılanmanın ihlâl edildiğini kesin olarak tespit etmesini, iç hukuk bakımından yargılamanın yenilenmesi sebebi saymıştır[101].

HMK'nın 375 inci maddesinde, yargılamanın yenilenmesine başvurmak için böyle bir sebep olmakla birlikte, usûl ekonomisi ilkesinin unsurlarının birisinin veya birkaçının ihlâli durumunda, yargılamanın

---

96 **Doğru**, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi (Anayasa Yargısı Dergisi, 2000/17, mys. 194-225), s. 200 vd.; **Pekcanıtez**, Hakan: Medeni Usûl Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, mys. 515-551), s. 516.

97 **Pekcanıtez**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 519.

98 Bkz. **Ünal**, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri, (Anayasa Yargısı Dergisi, 2000/17, mys. 63-86), s. 64; **Pekcanıtez**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 527.

99 **Tanrıver** s. 233.

100 Bir görüşe göre, âdil yargılanma hakkının ihlâli başlı başına bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmalı ve böyle bir ihlâli içeren yargılamada verilen ve kesinleşen mahkeme kararına karşı, önce AİHM'e değil, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmelidir. Şayet, yargılamanın yenilenmesi neticesinde bir ihlâlin olmadığı tespit edilirse, ancak o zaman AİHM'e gidilmesi ve bu mahkemenin lehte verdiği kararın ayrıca yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması uygun olacaktır (**Özekes**-Hukuki Dinlenilme, s. 327-328). Yargılamanın yenilenmesi prosedürü, aynı mahkeme tarafından yerine getirildiğinden, kanaatimizce bu mahkemenin âdil yargılanma hakkını ihlâl ettiğini kabul etmesi her zaman kolay olmayabilir. Burada, ihlâl iddiasının bir başka mercii tarafından incelenmesi daha doğru olacaktır.

101 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 559.

yenilenmesi yoluna başvurulup vurulamayacağını, makûl sürenin ihlâli ve yargılama giderlerinin yüksekliği bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir:

Konuyu makûl süre açısından değerlendirmek gerekirse, örneğin, yargılama için makûl olmayan bir sürenin harcanması durumunda, yargılamanın yenilenmesi yoluyla bu süreyi tekrar elde etmeye veya başvurucuya iadeye imkân yoktur. Ayrıca, yargılamanın yenilenmesi hakkının verilmesi, makûl sürede yargılama yapılmamasının sonuçlarını giderecek bir fonksiyon eda edemediğinden[102], bu ihlâlin tazminatla giderilmesi gerektiğinden[103], kişinin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmayı gerektirecek hukuki yararı mevcut değildir[104]. Buna rağmen, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulursa, dava dinlenebilir olmadığından reddedilecektir[105]. Zira yargılamanın yenilenmesi, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâlinden kaynaklanan sonuçları giderecek bir özelliğe sahip değildir[106]. Bu durumda yargılamanın yenilenmesi imkânı verilse bile, yargılamayı daha da uzatmaktan başka bir şeye yaramayacaktır[107,108].

Usûl ekonomisi ilkesinin makûl süre yönünden ihlâli, tazminatla giderilebilecek sonuçlar doğurduğundan, izlenecek en uygun yöntem, ihlâl nedeniyle meydana gelen zararı, AİHS'in 41 inci maddesini dikkate alarak ve başvurucunun lehine tazminata hükmederek karşılamaktır[109]. AİHS'in "*Hakkaniyete uygun tatmin*" başlıklı bu maddesi *"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlâl edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlâli ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder"* şeklindedir. Burada AİHM tarafından hükmedilecek tazminat, makûl

---

102 **Tanrıver** s. 234; **Pekcanıtez**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 533.

103 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 559.

104 **Surlu**, M. Handan: Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2003, s. 75; **Tanrıver** s. 233; **Pekcanıtez**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 533.

105 **Tanrıver** s. 234; **Surlu**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 72.

106 Karş. **Braun**, Johann: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, B. II, München 2013, § 578 Rdnr. 37.

107 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 559.

108 Buna karşılık, hukukî dinlenilme hakkına aykırılık sebebiyle, âdil yargılanma hakkının ihlâli, yeniden yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılır. Aynı şekilde, tarafın mahkemeye usûlüne uygun olarak davet edilmeden aleyhine hüküm verilmesi, savunma hakkını kullanmasına ve delil sunmasına izin verilmemesi, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sayılacaktır. Bu durumda ihlâl edilen hukukî dinlenilme hakkı sağlanarak yeniden yargılama yapılacak ve hüküm verilecektir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 559).

109 Karş. **Lansnicker**, Frank/**Schwirtzek**, Thomas: Rechtsverhinderung durch überlange Verfahrensdauer, Verletzung des Beschleunigungsgebots nach Art. 6 I (EMRK (NJW, 2001/28, mys. 1969-1974), s. 1972; **Braun**, Johann: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, B. II, München 2013, § 578 Rdnr 37; **Grabenwarter** s. 89.

sürede yargılama yapılmamasından kaynaklanan zararları karşılayacak niteliktedir[110].

Konuyu yargılama giderlerinin yüksekliği bakımından değerlendirmek gerekirse, bu nedenle dava açamayan (ve adlî yardım talebi de reddedilen) kişinin, zaten kanun yollarını tüketmesine imkân yoktur. Bu durumda, bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesi'ne, burada sonuç alınamadığı takdirde, AİHM'e başvurulabilecektir. Ancak kişi dava açtıktan sonra, yargılama giderlerinin yüksekliği nedeniyle, bazı işlemleri süresinde yapamaması, onun bu işlemleri yapmaktan vazgeçmiş sayılması sonucunu doğurmaktadır (m. 324). Örneğin, kendisinden istenen bilirkişi ücretini yatıramadığı için, bu delilden vazgeçmiş sayılan kişi, bilirkişiye gidilseydi, maddî gerçek kendi lehine olacak şekilde ortaya çıkacak idiyse, bu durumda AİHM'in kararından sonra, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkün olabilmelidir.

d-Anayasa Mahkemesi'ne İtiraz Başvurusu

Yasama organı tarafından yapılan bir kanun hükmü, bazen usûl ekonomisi ilkesinin ihlâl edilmesi sonucunu doğurabilir. Böyle bir düzenleme Anayasa'nın 141 inci maddesine aykırılık oluşturacaktır. Bu hükmün bir davada tatbiki sırasında kişinin talebi veya davaya bakan mahkeme re'sen, sözkonusu kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir (Any. m. 152)[111].

Avusturya Federal Anayasası'nın 140 ıncı maddesinin 4 üncü fıkrasında bizdeki itiraz başvurusu "*...kanunun anayasaya aykırılığı sebebiyle haklarının ihlâl edildiğini iddia eden bir kişinin müracaatıyla bir dava açılmış ise, Anayasa Mahkemesi söz konusu kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına hükmetmelidir*" şeklindeki ifadelerle düzenlenmiştir[112].

e-Bireysel Başvuru

aa-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

Bireysel başvuru (i*ndividualantrag=individual application),* "*anayasa şikâyeti* (*Verfassungsbeschwerde)*"[113] olarak da ifade edilmektedir[114]. Bu yolun

---

110 **Tanrıver** s. 234; **Pekcanıtez**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 533; **Surlu**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 71-72.

111 Karş. **Pekcanıtez**-Anayasa Şikâyeti, s. 258.

112 Bkz. Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) (http://www.verfassungen.de/at/ verfassung-heute.htm, ET. 20.08.2013).

113 Bu kavram konusunda geniş bilgi için bkz. **Pekcanıtez**, Hakan: Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti (Anayasa Yargısı Dergisi, 1995/12, mys. 257-287).

114 Bkz. **Pekcanıtez**-Anayasa Şikâyeti, s. 257 vd.

konusu anayasa ve AİHS'te belirtilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlâllerdir. Dolayısıyla bireysel başvuru yolu, iç hukukta, temel hak ve özgürlüklerinin ihlâli durumunda gidilen ve etkin bir hukuki koruma sağlama özelliğiyle öne çıkmaktadır[115].

İç hukukunda etkin bireysel başvuru yolu bulunan Almanya ve Avusturya gibi Avrupa Konseyine üye ülkelerin aleyhine AİHM'de açılmış çok az sayıda dava ve bu davalarda aleyhe verilmiş çok az sayıda karar vardır. Aslında, iç hukukta etkin bireysel bir başvuru yolu oluşturmak, Konsey üyesi her devlet için bir yükümlülüktür. Zira Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004 (6) sayılı Tavsiye Kararında, AİHM'deki dava yükünün azaltılabilmesi için, bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş ve bu doğrultuda da, 19 Şubat 2010 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen "*Interlaken Deklarasyonu"* ile taraf devletler iç hukuklarında Sözleşme'yi uygulayıcı ve temel hak ihlâllerini etkin bir şekilde ortadan kaldıracak mekanizmaları en kısa sürede kurma taahhüdünde bulunmuşlardır[116]. Fakat Türkiye, 12 Eylül 2010 tarihine kadar, bu taahhüdünü yerine getirmeyi ertelediğinden, kişiler usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli nedeniyle doğrudan AİHM'e başvurmaktaydılar. Yukarıdaki taahhüt doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, 12 Eylül 2010 tarihindeki referandumla kabul edilen 5982 sayılı Kanun'un, 1982 Anayasası'nın 148 inci ve 149 uncu maddelerinde yaptığı değişiklikler ve Anayasa'nın geçici 18 inci maddesi hükümleri ile hukuk sistemimize girmiş[117] ve böylece iç hukuk yollarının bir parçası haline getirilmiştir. Bu düzenleme ile AİHM'e başvurulmadan önce, Anayasa Mahkemesi'ne kişisel başvuru imkânı sağlanmıştır[118]. 6216 Sayılı Kanun'un, özellikle 45 ilâ 51 inci maddeleri ile bu Anayasa hükümleri daha somut hâle getirilmiştir[119]. Bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeler, 23 Eylül 2012 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu devreye girmeden önce, iç hukukta kanun

---

115 AİHM, Hasan Uzun/Türkiye kararında T.C. Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru hakkı sağlayan bu yeni yolun başlıca özelliklerini incelemiş, Hasan Uzun'un iç hukuk yolunu 25 Eylül 2012 tarihinde tüketilmiş olduğunu ve 6216 sayılı kanun uyarınca, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen kararlar için açık olduğunu dikkate alan Mahkeme, Hasan Uzun'un Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş olması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak AİHM'in bu kararı sözkonusu bireysel başvuru yolunun etkili olup olmadığı konusunda bir husus içermemektedir (AİHMK, KT.30.04.2013, Hasan Uzun/Türkiye, BN. 10755/13, http://hudoc.echr.coe.int/ sites/tur/pages/search.aspx?i=001-119849, ET. 20.08. 2013). Bu karar için ayrıca bkz. **Özmen**, Münci: AİHM'e Bireysel Başvuru'nun Önemi, Ankara 2013, s. 24.

116 **Ekinci**, Hüseyin/**Sağlam**, Musa: 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2012, s. 11.

117 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 680.

118 Bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 680.

119 **Ekinci/Sağlam** s. 12.

yollarını tüketen ve hakkına erişemeyen veya bu hakkı engellenen kişi AİHM'e başvurmakta ve haklı çıkması halinde, bu mahkeme, Türkiye'yi tazminata mahkûm etmekteydi. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla, AİHM'e başvurulmadan, Anayasa Mahkemesi kişinin uğradığı zararın devlet tarafından tazmin edilmesine karar verebilecektir.

Alman Anayasası'nın 93 üncü maddesinden, bireysel başvuru yolunun, temel haklara aykırı işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuru hakkı olduğu anlaşılmaktadır (bkz. Alman Anayasası, m.93/1, 4a)[120]. Alman hukukunda da, bu yola gidilebilmesi için, öncelikle kanun yollarının tüketilmesi gerekir. Ancak bu temel kuralın üç istisnası vardır: Bu istisnalardan ikisi, Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 90/2'den kaynaklanmakta olup, "*şikâyetçi açısından ağır ve telafisi zor bir zararın doğma ihtimali*" ile "*anayasa şikâyetinin genel bir öneme sahip olması*" dır. Üçüncü istisna ise içtihatlardan kaynaklanmakta olup, "*öngörülen kanun yolları tüketilse bile bir sonuç alınamayacağının anlaşılmasıdır*"[121].

Avusturya Federal Anayasası'nın 144 üncü maddesinin 1 inci fıkrası bireysel başvuru hakkını düzenlemektedir. Bu fıkraya göre, Anayasa Mahkemesi, başvurucunun ilgili yasal yolları tamamen tüketmesi şartı ile, hukuka aykırı bir kanun, kanun hükmünde kararname veya antlaşmanın başvuru sahibinin anayasal haklarını ihlâl etmesi halinde, idarî makamların kararları hakkında hüküm verir[122], [123]. Mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru yolu kapalı olmakla birlikte, idarenin kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açıktır[124]. Bu durum, Avusturya hukukunda "*mühlet verme başvrusu*" adı altında bir yolun bulunmasından kaynaklanmaktadır[125].

Bireysel başvuru yolu, "*anayasa şikâyeti*" adıyla İspanya Anayasası'nda da düzenlenmiştir (bkz. m. 53/2, 161/1, 162). İspanya Anayasası'nın 53 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre "*Her vatandaş, umumi mahkemelerde bir tercihli ve acil muhakeme usûlüyle, uygun olursa, bireysel olarak korunma istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak 14'üncü maddede*

---

120 http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_ 09.html, ET.12.09.2012).

121 **Maunz**, Theodor/**Schmidt Bleibtreu**, Bruno/**Klein**, Franz/**Bethge**, Herbet: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, B.I, München 2013, §. 90, Rdnr. 397 vd.; **Zuck**, Rüdiger: Das Recht der Verfassungsbeschwerde, München 2006, s. 268-273; **Maunz**, Theodor/**Dürig**, Günter: Grundgesetz-Kommentar, München 2013, § 93, Rdnr. 71.

122 **Holzinger**, Gerhart: Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru (Anayasa Yargısı Dergisi, 2009/26, mys. 61-79), s. 61-62; **Kılınç** s. 34.

123 http://www.ris. bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzes nummer= 10000138, ET. 12.09.2012).

124 **Holzinger** s. 61-62; **Kılınç** s. 34.

125 Bkz. **Rechberger** s. 11.

ve Bölüm II. Kısım 1'de tanınan haklar ve özgürlüklerin korunmasını talep edebilir..."[126].

Polonya Anayasası'nın 79 uncu maddesinin 1 inci fıkrasına göre, kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde, anayasal özgürlükleri ve hakları ihlâl edilen herkes, bir mahkeme veya kamu kurumunun nihai kararını dayandırdığı kanun ya da normun Anayasa'ya uygun olmadığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkına sahiptir[127].

Türkiye Anayasası m. **148/3'te bireysel başvuru yolu** "*Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*" şeklinde düzenlenmiştir. 6216 Sayılı Kanun'un 45 inci maddesinin 1 inci fıkrası *"Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2 nci fıkrasına göre ise "*İhlâle neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idarî ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir*". Aynı kanunun 49 uncu maddesinin 5 inci fıkrası ise "*Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere re'sen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en* ***geç altı ay içinde*** *verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar*" şeklindedir.

Doktrinde de bireysel başvuru yolunun çeşitli tanımları yapılmıştır. Birinci tanıma göre, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle hakkı ihlâl edilen bireylerin, diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai nitelikte bir hak arama yoludur[128]. İkinci tanıma göre, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yoludur[129]. Üçüncü tanıma göre, medenî muhakemedeki kesinleşmiş kararlara karşı başvurulan, ancak yargılamanın yenilenmesi gibi bir olağanüstü kanun yolu olmayan, yasama ve yargı organının temel hakları

---

126 Constitución Española (http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES. pdf, ET. 22.08.2013).

127 Konstytucja Rzeczypospolıtej Polskıej (bip.ms. gov.pl/pl/.../download,1671,0.html, ET. 01.08.2013).

128 **Ekinci/Sağlam** s. 9.

129 **Kılınç** s. 23.

ihlâline karşı gidilen ve kendisine özgü bir yapısı bulunan bir hukuki çaredir[130]. Yukarıdaki tanım ve açıklamalardan hareketle, bireysel başvuru yolu "*Temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlâl edilen bireylerin diğer başvuru yollarını tükettikten sonra veya bu yolların tüketilmesine imkân yoksa, derhal başvurdukları istisnai nitelikte bir hak arama yoludur*" şeklinde tanımlanabilir.

Bu yola başvurulabilmesi için, öncelikle temel hakkın ihlâline sebebiyet verdiği ileri sürülen mahkeme kararı ile temel hakkın ihlâli arasında bir illiyet bağının varlığına ihtiyaç vardır. Şayet, temel hakkı ihlâl ettiği iddia edilen kararla, temel hakka riayet halinde verilecek karar arasında bir fark ortaya çıkacaksa, illiyet bağı var demektir. Ayrıca başvuruya konu edilen ihlâlin, Anayasa'nın uygulanması, yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıması ve başvurucunun önemli bir zarara uğraması şarttır (6216 Sayılı Kanun m. 48/2). Anayasa Mahkemesi, yapılan başvuruda bir ihlâlin olup olmadığını, eşitlik ilkesi, âdil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkını ölçü alarak inceleme yapacaktır. Örneğin kişiye hukuki dinlenilme imkânı tanınmamışsa veya yargılama ve sonunda verilen karar keyfî ise, Anayasa'daki eşitlik ilkesinin ihlâli nedeniyle kişisel başvuru yoluna gidilebilir[131].

Bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, kanunda öngörülen idarî ve yargısal başvuru yollarının tüketilerek[132] ve hükmün kesinleşmesi gerekir. Bu yollardan birisine başvurularak, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli ve bu ihlâl neticesinde meydana gelen zarar giderilebiliyorsa, bireysel başvuru yoluna gidilemez[133]. Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli durumunda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilmesi için, yargılamanın sona ermiş ve medenî muhakemeye ilişkin kanun yollarının tüketilmiş olması şart[134] olmakla birlikte (6216 Sayılı Kanun m. 45/2), davası sürüncemede bırakılan kişi, davanın sonuçlanmasını beklemeden veya yargı giderlerinin yüksekliği nedeniyle, dava açamayan veya mahkemenin istediği usûl işlemini yapamayan bir kişi, dava açmadan da bireysel başvuru yoluna gidebilmelidir.

Konuyu öncelikle, makûl sürenin aşılması yönünden değerlendirmek gerekirse, belirtilmeli ki, bir davada karar verilme anı ne kadar

130 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 681.
131 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 681.
132 **Stürner**, Rolf: Die Kontrolle zivilprozessualer Verfahrensfehler durch das Bundesverfassungsgericht (JZ, 1986/11, mys. 526-534), s. 526 vd.; **Rupp**, Hans Heinrich: Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelssystem (ZZP, 1969/82, mys. 1-24), s. 10 vd.; **Schlette** s. 57; **Kılınç** s. 25; **Pekcanıtez**-Anayasa Şikâyeti, s. 266; AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13 (RG, T. 18.07.2013, sa. 28711, P. 26).
133 Karş. **Stürner** s. 526 vd.; **Pekcanıtez**-Anayasa Şikâyeti, s. 267.
134 **Schlette** s. 57; **Kılınç** s. 25.

gecikirse, makûl süre de o kadar aşılmış olur. Ancak, bazen makûl sürenin bitiş anı, mahkemenin karar verme anıyla çakışmayabilir. Bu da davanın sürüncemede bırakılması hâlidir. Böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilmesi için, davanın sonuçlanmasını beklemek gerekmez[135]. Çünkü usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmesi için zorunlu bir şart olan ve Anayasa m. 148/3'te ve 6216 Sayılı Kanun m. 45/2'de düzenlenen "*kanunda öngörülmüş idarî ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi*" kuralının da bir istisnasını oluşturmaktadır. Zira bir davanın sürüncemede bırakılması, 6216 Sayılı Kanun m. 45/2'de düzenlenen şartın gerçekleştirilmesini imkânsız hale getirmektedir. Buna rağmen, bir türlü karara bağlanmayan bir davada, kişiden bu şartın yerine getirmesini beklemek, yargılamayı daha da uzatacağından[136] veya kanun yollarına başvurmaya sıra gelemeyeceğinden, âdil yargılanma hakkıyla çelişen bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verilmiş olacaktır. **Konuyu yargılama giderleri bakımından değerlendirmek gerekirse**, yargılama giderleri yüksek olduğu için, dava açamayan veya açtıktan sonra, yargılamanın gerektirdiği işlemleri yapamayan bir kimsenin iç hukuk yollarını tüketmesine imkân yoktur. Bu durumdaki bir kimsenin doğrudan bireysel başvuru yoluna gidebilmesi gerekir.

Burada sorulması gereken bir soru ise "*Dava sonuçlanmış olmakla birlikte, kanun yollarına başvurulmadan veya kanun yollarındaki süreç devam ederken, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir mi?"* Kanaatimizce bu soruda sözü edilen her iki durumda da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi gerekir. Çünkü, kanun yollarına gidilmesinin amacı, bir davanın uzamasından doğan zararın giderilmesini sağlamak değildir. Zaten, bu durumlarda doğan zararı gidermek için kanun yollarına başvurmayı gerektiren böyle bir sebep, HMK'da bulunmamaktadır. Bu durumdaki kimsenin yapması gereken, Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, ilkenin ihlâlinden kaynaklanan zararının tazminat olarak kendisine ödenmesini sağlamaktır. Ayrıca kişinin bu yola başvurabilmesi için, davayı kazanıp kaybetmesinin bir önemi de yoktur. Zira davayı kaybeden bir kişi de, davanın uzaması nedeniyle zarar görmüş olabilir. Zaten, AYMİT m. 79/1'in a ve b bentleri bu hususu, "a*) İhlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. İlgili mahkeme, Bölümün ihlâl kararında açıkladığı ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yeniden yargılama yapar ve mümkünse dosya üzerinden ivedilikle karar verir. b) Bölümlerce yapılan inceleme sonunda, başvurucunun bir hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi hâlinde, yeniden yargılama yapılmasında hukuki*

135 Karş. **İnceoğlu** s. 375.
136 **Schlette** s. 57; **Frédéric** s. 33.

yarar bulunmadığı takdirde başvurucu lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir" şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

Bireysel başvuru, mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne gidilen bir yol olmakla birlikte[137], Anayasa Mahkemesi'ni, hakkında kanun yolları tüketilen adlî yargı kararlarına karşı gidilen süper temyiz mahkemesi konumuna getirilmiş değildir[138]. Çünkü Anayasa'nın 148 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre ise "*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*". Bu hükümden hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin, yapılan başvuru üzerine, vakıaların ve delillerin değerlendirilmesi ile hukukun somut olaya uygulanması veya mahkemenin takdir yetkisini doğru olarak kullanıp kullanmadığını inceleyemeyeceği veya bu konuda bir karar veremeyeceği söylenebilir[139].

Doktrindeki bir görüşe göre[140], kamu gücünün ihlâlinden sözedebilmek için, ihlâlin, kasıtla yapılması şart olmayıp, ihmal ile de, yani herhangi bir kusurla yapılmış olması yeterlidir (bkz. 6216 Sayılı Kanun m. 45/2). Kanaatimizce, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâlinde kamu gücünün bir kusurunun bulunması gerekmez. Zira, yargılamanın usûl ekonomisine uygun olarak yapılması, Anayasa'mıza göre devletin asli görevidir[141].

Anayasa Mahkemesi, usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli gerekçe gösterilerek yapılan başvuruyu haklı görürse, yargılamanın mümkün olan en kısa süre içinde sonuçlandırılmasını veya yargılama giderlerinin yüksekliği nedeniyle yapılamayan usûl işleminin, giderleri hazine tarafından karşılanarak yapılmasını sağlamak için, verdiği kararının bir örneğini ilgili mahkemeye gönderilmesine; başvurucunun usûl ekonomisi ilkesi nedeniyle uğradığı maddî veya manevi bir zarar varsa, bu zararın hazineden ödenmesine karar vermesi gerekir[142].

bb-AİHM'e Bireysel Başvuru

AİHS'i imzalayan ülkelerin, temel hak ve özgürlükleri bu sözleşmeye uygun şekilde koruma yükümlülükleri vardır (AİHS m.1)[143]. Temel hakları ihlâl

137 **Pekcanıtez**-Anayasa Şikâyeti, s. 264.
138 **Kılınç** s. 25; **Pekcanıtez**-Anayasa Şikâyeti, s. 680-681.
139 **Kılınç** s. 25; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 681.
140 **Pestalozza**, Christian: Verfassungsprozessrecht (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz), München 1991, s. 173-174.
141 Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâli nedeniyle, başvuranların arasında, vatandaş-yabancı, gerçek-tüzel kişi ayrımı sözkonusu değildir (**Kılınç** s. 28-29). Kamu tüzel kişileri bu yola başvuramazlar (6216 Sayılı Kanun m. 46/2).
142 Bkz. AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13 (RG, T. 18.07.2013, sa. 28711, P. 71).
143 **Pekcanıtez**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 515; Bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 682.

edilmesine rağmen, iç hukuk tarafından bu ihlâlin önlenemediğini veya doğan zararın giderilemediğini iddia eden bir kimse, bu sözleşme bağlamında, AİHM'e başvurabilmektedir. Türkiye, bu sözleşme çerçevesinde AİHM'e kişisel başvuru imkânını 28 Ocak 1987 tarihinde tanımıştır[144].

AİHS'in iç hukukta Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen yasa konumunda olması (Any. m. 90/5) [145], iç hukukun bu sözleşmedeki hükümlerle çelişmemesini zorunlu kılmaktadır. Ancak bu sözleşme çerçevesinde, AİHM'e başvuru imkânı, temyiz veya istinaf gibi bir kanun yolu değildir. Bu yönüyle, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru ile ortak bir özelliğe sahiptir. Zira AİHM'in, görevi taraf devletin yargı organlarının yasaları hukuka uygun olarak uygulayıp uygulamadıklarını denetlemek, verdiği hükümleri iptal etmek, bozmak veya onların işlevini üstlenmek değil[146,147], sadece temel hakların çiğnenip çiğnenmediğini[148], yargılamanın âdil olup olmadığını tespit etmektir[149]. Fakat başvurucunun iç hukuku, bu ihlâli sadece kısmen telafi edebiliyorsa, mahkeme, gerektiği takdirde hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatmin edilmesine hükmedebilmektedir (AİHS m. 41/2)[150].

AİHS m. 35/1'e göre "*Uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilir*". Bu düzenlemeye göre, makûl süreye uyulmadığı gerekçesiyle, AİHM'e başvurulabilmesi için, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda olduğu gibi, yargılama sona ermiş ve iç hukuk yolları tüketilmiş olmalıdır[151].

144 Bu başvuru yolundan vatandaşların yanı sıra, imkânı karşılıklılık koşulu olmaksızın yabancılar da faydalanabilirler (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 682).

145 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 682.

146 **Pekcanıtez**-Yargılamanın Yenilenmesi, s. 516-517.

147 Örnek olarak bkz. AİHMK, KT. 21 Ocak 1999, Garcia Ruiz/İspanya, BN. 30544/96, http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-58907, ET. 12.01.2011).

148 **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 683.

149 Örnek olarak bkz. AİHMK, KT. 31.01.1996, Fouquet/Fransa, BN. 20398/92, http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-57973, ET. 23.12.2012).

150 Usûl ekonomisi ilkesine göre yargılanmak, kişinin anayasa ile korunan temel bir hakkı olduğuna göre, Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâl edildiğini ileri süren her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları, AİHS'in 6 ncı maddesi, âdil yargılanma hakkı bağlamında, AİHM'e başvurabilecektir (**Tanrıver** s. 233; AİHS m. 34)

151 **Widmaier**, Gunter: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, München 2006, § 29, Rdnr. 43; **Schorkopf**, Frank: Rainer Grote und Thilo Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar zur europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, bys. 1559-1659, s. 1585-1586; **Maunz/Dürig** s. § 93, Rdnr. 71.; **Schlette** s. 57;**Ladewig** § 35, Rdnr. 7; **İnceoğlu** s. 375; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 683; AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13 (RG, T. 18.07.2013, sa. 28711, P. 26); AİHMK, 27 Ekim 1993, Monnet/Fransa, BN. 13675/ 88 (http://hudoc.echr. coe.int/sites/tur/pages/search.aspx? i=001-57856, ET. 12.09.2011).

Aksi halde, yapılan başvuru, AİHM tarafından reddedilecektir[152]. Buradaki iç hukuk yollarından maksat, istinaf, temyiz gibi klasik kanun yolları değildir. Zira, kanun yollarında, alt derece mahkemesinin kararı yasalara uygunluk açısından denetlenir. Temyizde hukuka aykırı kararlar bozulur, istinafta ilk derece mahkemesi gibi, yargılama yapılarak karar verilir. Bu yollarda yargılamanın gecikmesini giderici bir mekanizma yoktur. Dolayısıyla, **yargılamanın gecikmesi durumunda** tüketilmesi gereken iç hukuk yollarından, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ve Avusturya'daki "*mühlet verme başvurusu*" vb. yollar anlaşılmalıdır. Üye devletin hukuk sisteminde, bu yollara benzer bir iç mekanizma yoksa, AİHM'e başvurabilmek için, davanın sonuçlanmasını veya iç hukuk yollarının tüketilmesini beklemek gerekmez[153]. Örneğin, AİHM de, Ezel Tosun/Türkiye kararında, yargılama faaliyeti henüz sona ermeden, makûl sürede yargılama yapma yükümlülüğünün ihlâl edildiği gerekçesiyle yapılan başvuruyu kabul etmiştir[154]. Ayrıca, iç hukukta başvurulacak bir yol olmakla birlikte, onun tüketilmesi anlamsız kalıyorsa, bu durum isbat edilmek suretiyle, söz konusu "*iç hukuk yollarını tüketme*" şartı uygulanmayabilir[155]. **Burada "*iç hukuk yollarını tüketme*" şartını usûl ekonomisi ilkesi açısından değerlendirmek gerekirse, iki soruya cevap vermek gerekir:**

Birincisi, dava henüz sonuçlanmadan, makûl sürenin aşıldığı iddiasıyla AİHM'e başvurulup, başvurulamayacağıdır. 23.09.2012 tarihinden önce Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânı olmadığından, kişiler doğrudan AİHM'e başvurabiliyorlardı. Ancak belirtilen tarihten sonra, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânı getirildiğinden, kişi AİHM'e başvurmadan önce, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunu tüketmelidir[156].

---

152 **Frédéric** s. 80; **Maunz**, Theodor/**Schmidt-Bleibtreu**, Bruno/**Klein**, Franz/**Bethge**, §. 90, Rdnr. 397 vd.; **Schlette** s. 57; **Maunz**, Theodor/**Dürig,** § 93, Rdnr. 71; AİHMK, KT. 26.03.2013, Müdür Turgut vd./Türkiye, BN. 4860/09, http://hudoc. echr.coe.int/webservices/content/ pdf/003-4325437-5181283, ET. 20.09.2013).

153 **İnceoğlu** s. 375.

154 AİHMK, KT. 10 Ocak 2006, Ezel **Tosun**/Türkiye, BN. 33379/02, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris. htm, ET. 12.05.2013).

155 **Zuck**-Recht, s. 268-273; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 683; **İnceoğlu** s. 375; AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13 (RG, T. 18.07.2013, sa. 28711, P. 27).

156 23 Eylül 2012 tarihinden önce, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânı olmadığından, kişi davanın sonuçlanmasını veya kanun yollarına başvuru hakkının doğmasını beklemeden, örneğin makûl süre yükümlülüğüne uyulmadığı gerekçesiyle AİHM'e başvurabilmekteydi. Ancak 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren kişilerin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakları vardır. Anayasa Mahkemesi'ne kişisel başvuru imkânı, İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulmadan önce son olarak başvurulacak bir imkândır. Böylece İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türkiye'nin mahkûm olma ihtimali de en aza indirgenmek istenmiştir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 680).

İkincisi, ulusal mahkemeler karar verdikten sonra, örneğin makûl süre yükümlülüğünün ihlâl edildiği gerekçesiyle iç hukuk yollarına örneğin Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve buradaki süreç devam ederken, AİHM'e başvurulup başvurulamayacağı sorusudur. Yargılamanın sürüncemede bırakılması, AİHM'e başvurulabilmesi için zorunlu bir şart olan ve AİHS'in 35 inci maddesinde öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının da bir istisnasını oluşturmaktadır[157]. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun incelenip karara bağlanması konusunda, 6216 Sayılı Kanun m. 49/5 hariç, herhangi bir zaman sınırlaması yapılmamıştır. Kişi başvurusunu yaptıktan sonra, Anayasa Mahkemesi, bu talebi makûl bir süre içinde incelememişse, kişi bu durumda Mahkeme'nin bireysel başvuru hakkındaki kararını beklemeden AİHM'e başvurabilir[158]. Zira, yargılamanın sürüncemede bırakılması, AİHS'in 35 inci maddesindeki şartın gerçekleştirilmesini imkânsız hale getirmektedir. Buna rağmen, kişiden bu şartın yerine getirmesini beklemek, kişinin hakkına kavuşma veya zararlarını giderme sürecini uzatacağından[159], âdil yargılanma hakkıyla çelişen bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verilmiş olacaktır.

AİHM, yargılamada makûl sürenin aşılması halinde, iç hukuk yolları tüketilmemiştir diye yapılan şikâyet başvurusunu reddetmemektedir[160]. Aynı şekilde davanın uzun sürmesi nedeniyle zamanaşımına uğraması, makûl sürenin ihlâlini ortadan kaldırmaz[161].

f-İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na Başvuru

6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında korunan haklara ilişkin konularda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye aleyhine, ihlâl kararı vermeden önce, başvurucuya tazminat ödemek suretiyle,

---

157 AYMBBK, KT. 02.07.2013, BY. Güher Ergun ve Diğerleri, BN. 2012/13 (RG, T. 18.07.2013, sa. 28711, P. 27; AİHM, Ciricosta ve Viola/İtalya kararında, konusu devam etmekte olan yargılamanın makûl sürede tamamlanmadığı iddiasına ilişkin başvuruyu kabul etmiş ve AİHS'in 6 ncı maddesinin ihlâl edildiğine hükmetmiştir (AİHMK, T. 04 Aralık 1995, Ciricosta ve Viola/İtalya, BN. 19753/92, http://hudoc.echr.coe.int/sites/ tur/pages/search. aspx?i=001-57956, ET. 28.02.2012).

158 Karş. **İnceoğlu** s. 375.

159 **Maunz**, Theodor/**Schmidt-Bleibtreu**, Bruno/**Klein**, Franz/**Bethge,** §. 90, Rdnr. 397 vd.; **Schlette** s. 57; **Frédéric** s. 33; **Maunz**, Theodor/**Dürig,** § 93, Rdnr. 71.

160 AİHMK, KT. 10 Ocak 2006, Ezel Tosun/Türkiye, BN. 33379/02, http://www. kazanci.com/kho2/ibb/giris. htm, ET. 12.05.2013); Ayrıca bkz. **Zuck**-Recht, s. s. 268-273; **İnceoğlu** s. 375.

161 Örnek olarak bkz. AİHMK, KT. 2 Aralık 2008, Erdal Aslan/Türkiye, BN. 25060/02, 1705/03, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris. htm, ET. 23.11.2012).

ihlâl kararlarının sayısını azaltmak için (6384 S. K. m. 2/2)[162] bir iç hukuk yolu benimsemiştir[163]. Bu yolu, "*İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na Başvuru"* şeklinde isimlendirmek mümkündür[164]. İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na Başvuru, iç hukuk yollarından birisi olup, yargılamanın makûl sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği sebeplerinden birisinin gerçekleşmesi nedeniyle AİHM'e başvurulması durumunda işlerlik kazanır (6384 S. K. m.2/1)[165]. Bu yol, nitelik olarak bir dava değil, idarî esaslara göre düzenlenmiş özel bir iç hukuk çözüm mekanizmasıdır[166]. Çünkü başvurunun yapıldığı Komisyon, bir mahkeme olmayıp, idarî bir kuruldur[167]. Bu Komisyon beş üyeli olup, Adalet Bakanlığı'nın merkez ve bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşur. Komisyon Başkanı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından seçilir (6384 S. K. m. 4/1).

İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na Başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru tarihini ve numarasını gösteren resmi kayıt kabul mektubu, başvuru formu ve diğer ilgili bilgi ve belgelerle birlikte, müracaat edenin kimlik bilgilerini içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır (6384 S. K. m.5/1)[168]. Başvuran, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde Komisyona başvurabilir. Bu süre içinde başvurmayanlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesine dayanan kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren bir ay içinde de Komisyona başvurabilirler (6384 S. K. m. 5/2). Müracaatlara

---

162 Bu Kanun, 23/9/2012 tarihi itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde kaydedilmiş başvurular hakkında uygulanır (6384 S. K. m. 9/1).

163 **Yıldırım**, Zeki: 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım (GÜHFD, 2013/1-2, mys. 1725-1756), s. 1744 vd.

164 Komisyon, üye sayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir (6384 S. K. m. 4/3).

165 AİHM, Mahkeme, Müdür Turgut vd./Türkiye davasında "*…6384 sayılı kanunla kurulan tazminat komisyonu, Mahkeme önünde derdest olan, 23 Eylül 2012 öncesinde yapılmış ve henüz Hükümet'e bildirilmemiş başvurular için, başvuruculara, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında tüketilmesi gereken bir yol sunmaktadır... Dolayısıyla, başvuruculaların "makûl süre" şikâyeti, iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle reddedilmelidir*" şeklinde karar vermiştir (AİHMK, KT. 26.03.2013, Müdür Turgut vd./Türkiye, BN. 4860/09, http://hudoc. echr.coe.int/webservices/content/ pdf/003-4325437-5181283, ET. 20.09.2013).

166 **Özmen** s. 19.

167 **Yıldırım** 1745.

168 Müracaatın, Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla da yapılması mümkündür. Cumhuriyet Başsavcılığı, müracaat evrakını derhal Komisyon'a gönderir. Bu durumda Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan müracaat tarihi esas alınır (6384 S. K. m. 5/4).

ilişkin düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden, yapılacak işlemler harçlardan müstesnadır (6384 S. K. m. 5/5).

Bu yola başvurulması belli bir tarihle sınırlandırılmıştır (bkz. 6384 S. K. m.9). Buna göre, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla AİHM'e yapılmış ve hâlen derdest başvurular için bu yola gidilebilecektir. Bu tarihin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu anlaşılmaktadır. Zira bu tarih aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların başlayacağı tarihtir. Bu tarihten sonra, artık başvurular Komisyon'a değil, Anayasa Mahkemesi'ne yapılabilecektir[169].

Komisyon, müracaat konusu başvurunun, AİHM tarafından öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu dışındaki diğer kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığını, Komisyon'a süresinde müracaat edilmediğini, müracaat edenin hukuki menfaati olmadığını, müracaatın 2 nci madde kapsamına girmediğini, tespit ederse müracaatı reddeder (6384 S. K. m. 6/1).

Komisyon, müracaat hakkında dokuz ay içinde karar vermek zorundadır (6384 S. K. m. 7/1). Komisyon, AİHM'in emsal kararlarını da gözetmek suretiyle müracaat konusunda gerekçeli olarak karar verir (6384 S. K. m. 7/2). Komisyon kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz dilekçesi müracaata ilişkin diğer tüm belgelerle birlikte derhal itiraz merciine gönderilir. Bu itiraz öncelikli işlerden sayılarak üç ay içinde karara bağlanır. Mahkeme tarafından Komisyon kararı yerinde görülmezse işin esası hakkında karar verilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir (6384 S. K. m. 7/3). Ödenmesine karar verilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Bakanlık tarafından ödenir. Ödemeye ilişkin düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden, yapılacak işlemler harçlardan müstesnadır (6384 S. K. m. 7/4).

Yapılan müracaat sonucunda Komisyon'un kesinleşen kararlarının bir örneği müracaata konu işlemin yapıldığı adlî veya idarî merciiye gönderilir (6384 S. K. m. 8/1). Müracaata konu işlem henüz sonuçlandırılmamışsa ilgili adlî veya idarî merci tarafından bu işlem ivedilikle sonuçlandırılır (6384 S. K. m. 8/2).

169 **Yıldırım** s. 1744.

KISALTMALAR

AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHMK	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Any.	:Anayasa
AÜEHFD	:Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYMBBK	:Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı
AYMİT	:Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü
AYMK	:Anayasa Mahkemesi Kararı
BGB	:Burgerliches Gesetzbuch
Bkz.	:bakınız
BN.	:Başvuru numarası
BY.	:Başvuru Yapan
bys.	:Bölümün yer aldığı sayfalar
C.	:Cilt
c.	:Cümle
CPNC	:Code de Procédure Civile Neuchâtelois/Neuchâtel HMK
DESBED	:Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
Diss.	:Dissertation
DRiG	Deutsches Richter Gesetz/Alman Hâkimler Kanunu
E.	:Esas
EMRK	:Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte
ET.	:Erişim Tarihi
f.	:fıkra

FPR	:Familie, Partnerschaft und Recht
GOG	:Gerichstsorganisationsgesetz/Avusturya Mahkemeler Teşkilatı Kanunu
GVG	:Gerichtsverfassungsgesetz/Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu
HD	:Hukuk Dairesi
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK	:Hâkimler ve Savcılar Kanunu
HÜHFD	:Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JBI	:Juristische Blaetter
JZ	:Juristen Zeitung
K.	:Karar
karş.	:Karşılaştırınız
KT.	:Karar Tarihi
kys	:kararın yer aldığı sayfalar
m.	:madde
MİHDER	:Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
mys.	:Makalenin Yer Aldığı Sayfalar
NJW	:Nue Juristische Wochenschrift
ÖZPO	:Die österreichische Zivilprozessordnung /Avusturya Medeni Usul Kanunu
P.	:Paragraf
Rdnr	:Randnummer
RG	:Resmi Gazete
s.	:sayfa
sa.	:sayı
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
vd.	:ve diğerleri/ve devamı
vs.	:vesaire

YD	:Yargıtay Dergisi
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	:yukarı
ZPO	:Die deutsche Zivilprozessordnung/Alman Medenî Usûl Kanunu
ZZP	:Zeitschrift für Zivilprozess

KAYNAKÇA

Akkan, Mine: Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukuki Koruma (MİHDER 2007/6, mys. 29-68).

Althammer, Christoph/**Schäuble**, Daniel: Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer-Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive (NJW, 2012/1-2, mys. 1-7).

Bock, Hans-Christian: Das Rechtsschutzbedürfnis im Vewaltungsprozess, Göttingen 1971.

Bohnet, François: CPCN Code de Procédure Civile Neuchâteloise, Commenté, Bâle 2003.

Braun, Johann: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, B. II, München 2013.

Breuer, Marten: Staatshaftung für judikatives Unrecht, Tübingen 2011.

Brüning, Christoph: Staathaftung bei überlanger Dauer von Gerichtsverfahren (NJW, 2007/16, mys. 1094-1099).

Buchegger, Walter/**Deixler-Hübner**, Astrid/**Holzhammer**, Richard: Praktisches Zivilprozessrecht I, Streitiges Verfahren, Wien/New York 1998.

Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi (Anayasa Yargısı Dergisi, 2000/17, mys. 194-225).

Dorp, Tomas/**Link**, Peter: Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, München 2012.

Ekinci, Hüseyin/**Sağlam**, Musa: 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2012.

Erdem, Mustafa Ruhan/**Korkmaz**, Ömer: Yargılamanın Yenilenmesi Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlâli (DESBED, 2003/2, mys. 182-212).

Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.

Faber, Ronald/**Frank**, Stefan Leo: Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes das Beschwerdeverfahren nach Art 144a BVG (JBI, 2008/8, mys. 477-489).

Fasching, Hans W.: Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung (Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, Berlin 1995, mys. 161-172).

Frédéric, Edel: The Length of Civil and Criminal Proceedings in the Case Law of European Human Rights Court, Strasbourg 2007.

Gemalmaz, Mehmet Semih: İnsan Hakları Belgeleri, C.I, İstanbul 2003.

Grabenwarter, Christoph: Europäische Menschenrechtskonvention, München 2005.

Hütten, Peter: Die Prozessökonomie als rechtserheblicher Entscheidigungsgesichtspunkt (Diss.), Würzburg 1975.

İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında, Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, 2008.

Karslı, Abdurrahim: İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995.

Ketizmen, Muammer: Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi (HÜHFD, 2012/2, mys. 1-10).

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

Kılınç, Bahadır: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği (Anayasa Yargısı Dergisi, 2008/25, mys. 19-59).

Kloepfer, Michael: Verfahrensdauer und Verfassungsrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Dauer von Gerichtsverfahren (JZ, 06 Nisan 1979, mys.209-216).

Kornbichler, Hendrik/**Polster**, Julian/**Tiede**, Wolfgang/**Urabl**, Armin: Verfassungsrecht Schnell Erfasst, Berlin/Heidelberg/New York 2001.

Kroppenberg, Inge: Rechtsschutz gegen den untätigen Zivilrichter (ZZP, 2006/2, mys. 177-198).

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013 (Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra).

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2013 ((Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul).

Ladewig, Jens Meyer: EMRK, Europeische Menschenrechtskonvention, München 2011.

Lansnicker, Frank/**Schwirtze**k, Thomas: Rechtsverhinderung durch überlange Verfahrensdauer, Verletzung des Beschleunigungsgebots nach Art. 6 I (EMRK (NJW, 2001/28, mys. 1969-1974).

Lorenz, Dieter: Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19. ABS. 4 GG (Juristische Ausbildung, 1983, mys. 393-400).

Matscher, Franz: Zum Problem der überlangen Verfahrensdauer in Zivilrechtssachen; Art. 6 Abs. 1 EMRK und das österreichische Zivilgerichtliche Verfahren (Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, mys. 351-375).

Maunz, Theodor/**Dürig**, Günter: Grundgesetz-Kommentar, München 2013.

Holzinger, Gerhart: Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru (Anayasa Yargısı Dergisi, 2009/26, mys. 61-79).

Maunz, Theodor/**Schmidt Bleibtreu**, Bruno/**Klein**, Franz/**Bethge**, Herbet: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, B.I, München 2013.

Meyer Holz, Ulrich: Keidel Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 2011.

Meyer-Scheidler, Alfred: Verzögerungsrüge und Entschädigungsanspruch bei Ausbleiben einer Terminierung im Verwaltungsprozess (LKV, 2012/6, mys. 241-288).

Ottaviano, Marco: Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, Tübingen 2009.

Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD, 2006/1, mys. 207-292).

Özmen, Münci: AİHM'e Bireysel Başvuru'nun Önemi, Ankara 2013.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2013.

Pekcanıtez, Hakan: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986 (Pekcanıtez-Şikayet).

Pekcanıtez, Hakan: Medeni Usûl Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, mys. 515-551) (Pekcanıtez- Yargılamanın Yenilenmesi).

Pekcanıtez, Hakan: Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti (Anayasa Yargısı Dergisi, 1995/12, mys.257-287) (Pekcanıtez-Anayasa Şikayeti).

Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 132; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2013.

Pestalozza, Christian: Verfassungsprozessrecht (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz), München 1991.

Pickenbrock, Andreas: Rechtsschutz gegen gerichtiche Säumnis und Gehörsverletzungen in Österreich (Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, mys. 515-525).

Rechberger, Walter H. (çev. Kamil Yıldırım): Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess (İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, mys. 1-15).

Redeker, Konrad: Kann eine Untätigkeitsbeschwerde helfen? (NWJ, 2003/7, mys. 465-536).

Rupp, Hans Heinrich: Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelssystem (ZZP, 1969/82, mys. 1-24).

Schmid, Sebastian/**Wallnöfer**, Klaus: Volkanwaltschaft und Gerichtsbarkeit (JRP, 2008/3, mys. 177-188).

Schoibl, Norbert A.: Der Fristsetzungsantrag im österreichischen Zivilverfahrensrecht als Beschwerde gegen unzumutbare Verfahrensverzögerungen (ZZP, 2005/118, mys. 205-240).

Schorkopf, Frank: Rainer Grote und Thilo Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar zur europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, bys. 1559-1659).

Stürner, Rolf: Die Kontrolle zivilprozessualer Verfahrensfehler durch das Bundesverfassungsgericht (JZ, 1986/11, mys. 526-534).

Surlu, M. Handan: Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2003.

Şahbaz, İbrahim: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Sorunlar (Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Panel, Ankara 2011, mys. 71-127).

Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Makalelerim I, Ankara 2005, 211-236).

Umar, Bilge: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'muzun Kaynağı Neuchâtel Kantonu Medenî Yargılama Usûlü Kanunu (Ege Üniversitesi İktisadî ve Ticarî Bilimler Fakültesi Dergisi, 1974/12, mys 155-184).

Ünal, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri, (Anayasa Yargısı Dergisi, 2000/17, mys. 63-86).

Villiger, Mark E.: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, Zürich 1999.

Widmaier, Gunter: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, München 2006.

Yanık, Murat: Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu ve Çalışma Maddî ve Kararlarının Denetimi (Anayasa Yargısı Dergisi, 2010/27, mys. 161-216).

Yıldırım, Zeki: 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım (GÜHFD, 2013/1-2, mys. 1725-1756).

Zuck, Rüdiger: Das Recht der Verfassungsbeschwerde, München 2006 (Zuck-Recht)

Zuck, Rüdiger: Rechtliches Gehör im Zivilprozess (NJW, 2005/18, mys. 1217-1312) (Zuck- Rechtliches Gehör).

IV. OTURUM

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN SONRA YARGILAMA GİDERLERİNE İLİŞKİN OLARAK ORTAYA ÇIKAN BAZI GÜNCEL SORUNLAR VE USUL EKONOMİSİ İLKESİ*

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK**

*"Some Current Problems Arisen Regarding Judicial Costs after the Code of Civil Procedure Became Effective and the Principle of Judicial Economy***"**

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, özellikle yargı paketleri ile hukuk yargılaması alanını ilgilendiren birçok değişiklik yapılmıştır. Bu çerçevede yapılan değişikliklerin bazıları usul ekonomisi ilkesini doğrudan doğruya ilgilendirirken, bazıları ise dolaylı olarak ilgilendirmektedir. Çalışmamızda, öncelikle bu yönde yapılan değişiklikler tespit edilip usul ekonomisi ilkesi ile ilişkisi kurulduktan sonra, spesifik olarak doğrudan doğruya yargılama giderleri alanında meydana gelen değişiklikler ve gelişmeler üzerinde durulmuş, daha sonra ise bu hususların usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu bağlamda özellikle nispi harç oranlarında meydana gelen artışlar, tüketici hukuku alanında meydana gelen değişiklikler, idarî yargı alanında yapılan bazı değişiklilerin yargılama giderleri ve usul ekonomisi bağlamında etkileri üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede mesele irdelenirken, daha önceden üzerinde monografik çalışma yapılan alanlara girilmekten özellikle kaçınılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Usul ekonomisi ilkesi, yargılama giderleri, harç, nispi harç, kanunî vekâlet ücreti

---

* Bu çalışma Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağanı için hazırlanan Hakemli Makalenin kısaltılmış halidir.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra –İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

SUMMARY

After the Code of Civil Procedure became effective, numerous amendments that concern civil procedure were made, especially through the so-called judiciary bundle legislations. While some of these amendments directly concern civil procedure, the others are indirectly related to the subject. In this article, these amendments are determined and their relation to the principle of judicial economy is established, the amendments and developments directly concerning judicial costs are specifically examined and these matters are evaluated within the scope of the principle of judicial economy. In this context, particularly the raise in proportional court fees, changes in consumer law, and the effects of the amendments regarding administrative judiciary on judicial costs and the principle of judicial economy are analyzed. Within the frame of the subject matter, matters that were previously examined through monographic works are deliberately left out.

Key Words: Principle of judicial economy, judicial costs, court fees, proportional court fees, attorney fee as cost

A) GENEL GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, özellikle yargı paketi olarak ifade edilen torba kanunlarla medenî yargı alanını ilgilendiren birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikleri, mahkemelerin ihtisaslaşmasına yönelik değişiklikler, mahkemelerin iş yükünü hafifletmeye yönelik değişiklikler, kanun yollarına ilişkin değişiklikler ve yargılama giderlerini ilgilendiren değişiklikler olmak üzere dört kategoride toparlamak mümkündür.

Mahkemelerde ihtisaslaşmayı sağlamaya yönelik değişikliklere, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1'nci maddesine eklenen "birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir" şeklindeki düzenleme; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5'nci maddesinin 1'nci fıkrası ile aksine bir düzenleme olmadıkça ticarî nitelikteki bütün dava ve işleri asliye ticaret mahkemesinin görev alanına dâhil eden ve asliye ticaret mahkemeleri ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkiyi bir görev ilişkisine dönüştüren düzenleme; 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun' da yapılan, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin numaralandırmak suretyile birden fazla dairesinin oluşturulabileceği, özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde,

ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımının Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirleneceğine ilişkin düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir.

Mahkemelerin iş yükünü hafifletmeye yönelik değişikliklere, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 5 ve 14'ncü maddelerinde yapılan değişikliklerle Yargıtay'ın daire sayısının arttırılması, aynı daireye birden fazla heyetle çalışma imkânının verilmesi ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5 inci maddesin de değişiklik yapılmak suretiyle asliye ticaret mahkemelerinin tek hâkimli mahkemelere dönüştürülmesine ilişkin düzenlemeler örnek olarak verilebilir. İşaret ettiğimiz son değişikliğin gerekçesi bir hayli ilginçtir. Bu durum madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: "Doğrudan veya dolaylı olarak ticarî davalara bakan, fikrî ve sınaî haklar mahkemesi, tüketici mahkemesi, deniz ihtisas mahkemesi ve asliye hukuk mahkemelerinin tek hâkimle çalışması karşısında, bu gün için asliye ticaret mahkemelerinin heyet halinde çalışmasını haklı kılan bir neden kalmamıştır". Ayrıca bu gerekçe, bölge adliye mahkemelerinin kurulması ile birlikte zaten ilk derece mahkemelerinin kararlarının heyet halinde çalışan bir mahkeme tarafından inceleneceği varsayımı ile de desteklenmektedir. Ancak bu şekilde bir yaklaşımın, ilk derece yargılamalarının, istinaf mahkemelerinin işin esasına girip inceleme yapabilmesi için önceden yerine getirilmesi gereken bir formalite şekline dönüşmesi tehlikesini de bünyesinde barındırdığına ve istinaf mahkemelerini aslî fonksiyonlarından uzaklaştırarak, onları, bir anlamda esas yargılamanın yapıldığı mahkemelere dönüşmesi sonucunu doğurabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Nihayet bu değişiklikten kısa bir süre sonra, 6545 sayılı Kanun'la 5235 sayılı Kanun'un 5'nci maddesinin tekrar değiştirilerek, asliye ticaret mahkemelerinin yeniden heyet halinde yargılama yapan mahkemelere dönüştürülmesi, işaret ettiğimiz çarpıklığın tipik bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanun yollarına ilişkin değişikliklere ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 370'e eklenen 2'nci fıkra ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 438/7'de yapılan değişiklikle, esas yönünden kanuna uygun olmayan kararlar ile hâkimin takdir yetkisi kapsamında karara bağladığı edalar hakkında düzelterek onama kararı verilemeyeceğine ilişkin düzenleme; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na eklenen geçici 2'nci madde ile getirilen, bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı Resmî Gazetede ilan edilinceye kadar, Yargıtay'ın bozma kararlarının temyizi halinde verilen direnme kararlarının temyizi üzerine dava dosyasının tekrar önceki kararı veren Yargıtay'ın ilgili dairesine gönderileceğine ve bu daire tarafından direnme kararının yerinde bulunması halinde eski bozma kararının düzeltileceğine, aksi halde temyiz

incelemesi için on gün içinde dosyanın Hukuk Genel Kuruluna gönderilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen geçici 3'ncü madde hükmü örnek olarak gösterilebilir. Geçici 3'ncü madde hükmü ile bir taraftan, bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı Resmî Gazete'de ilan edilinceye kadar 1086 sayılı Kanun'un temyiz hükümleri uygulanmaya devam eder denilirken, diğer taraftan da bu dönemde temyiz yoluna başvurulan hükümler bakımından 5236 sayılı Kanun ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454'ncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme, bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başladığı andan itibaren medenî yargılama hukuku alanında birçok çarpık uygulamanın da doğmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu çerçevede aynı zaman dilimi içerisinde birbirine paralel olarak hem istinaf hükümleri, hem HUMK'un temyiz hükümleri, hem HMK'nın temyiz hükümleri ve hem de karar düzeltme hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Aynı durum yargılamanın iadesi kanun yolu bakımından da geçerlidir. Hatta bu düzenleme dolayısıyla, bu gün ilk derce incelemesi başka bir usul kanunu (HMK) hükümlerine, kanun yolu incelemesi ise başka bir usul kanunu (HUMK) hükümlerine tabi çarpık bir uygulama devam etmektedir. Kanun yollarına ilişkin olarak yapılan bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, aslında sorunun çok büyük bir kısmının bölge adliye mahkemesinin fiilen göreve başlamamış olmasından kaynaklandığını söylemek mümkündür.

Dördüncü kategori olarak nitelendirdiğimiz yargılama giderlerine ilişkin değişiklik ve düzenlemelere aşağıda geniş olarak değinilecek olmakla birlikte; burada ilk üç kategoriye dâhil ettiğimiz değişiklik ve düzenlemelerin tamamına yakının adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesi ile ilişkilendirildiği tespiti yapılmalıdır. Söz konusu değişiklik ve düzenlemeler bu pencereden değerlendirildiğinde, bu değişikliklerin hepsinin doğrudan veya dolaylı olarak makul giderle yargılanma hakkı ile ilgili olduğunu söylemek mümkündür. Bu düzenlemeler aynı zamanda yargılamanın basit ve düzenli bir şekilde yürütülmesi unsuru ile de ilgilidir. Bu unsurun ihlali ise beraberinde usul ekonomisi ilkesinin diğer iki unsuru olan makul sürede yargılanma ve makul giderle yargılanma unsurlarının da ihlal edildiği anlamına gelir. Zira, bu düzenlemeler dolayısıyla ortaya çıkacak karmaşanın ve bu karmaşının beraberinde getireceği organizasyon bozukluğunun yargılama süresini ciddi anlamda uzatacağı, bu hususun ise lüzumsuz gider ve zaman kaybına neden olacağı kolaylıkla öngörülebilecek bir sonuçtur.

Türk hukuku bağlamında, yargılamanın uzamasında özellikle organizasyon bozukluğunun etkisi de dikkate alındığında, işaret ettiğimiz değişiklikler yargılamanın makul sürede bitirilmemesi için ciddi bir gerekçe

olabilecektir. Yaptığımız bu tespit, bir çoğunun adil yargılanma hakkını sağlamak amacıyla yapıldığı iddia edilen bu düzenlemelerin, aslında hak arayanların adalete erişim hakkının engellenmesi anlamına geldiğini ortaya koymaktadır.

B) Yargılama Giderlerine İlişkin Değişiklikler ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Güncel Sorunlar

I. Usul Ekonomisi ve Yargılama Gideri İlişkisi

Usul ekonomisi ilkesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30'ncu maddesinde, "hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür" şeklinde ifade edilmiştir. Anayasanın 141/4'ncü maddesi hükmünde, "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" denilmek suretiyle usul ekonomisi ilkesi anayasal bir teminata kavuşturulmuştur. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında, usul ekonomisi ilkesinin ihlalini, anayasanın bütünselliği ilkesi içerisinde, aynı zamanda adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmekte ve böylelikle aslında temel hak ve özgürlükler içinde sayılmamış olan bu ilkeye aykırılığı da bir bireysel başvuru nedeni olarak kabul etmektedir.

Yargılama giderlerine ilişkin doktrinde farklı tanımlar yapılmakla birlikte, genel olarak yargılama gideri ile, bir davanın açılıp yürütülebilmesi için, davanın açıldığı andan kararın kesinleşmesine kadar geçen dönem içinde davanın tarafları ve Devlet tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu olan giderlerin tamamı kastedilmektedir. Bu çerçevede yargılama giderlerini, yargılama harçlarının yanı sıra, kanunî vekâlet ücreti, gider avansı, delil avansı, ıslah için yapılan giderler, tebligat ve benzeri diğer giderler oluşturmaktadır.

Hak arayanlardan yargılama gideri talep edilmesi gerekip gerekmediği konusunda doktrinde sıfır tarife uygulanması (yargılama gideri talep edilmemesi) şeklinde görüşler olduğu gibi; caydırıcılığın sağlanması, yargılama faaliyetinin işlevinin bir gereği olarak veya sosyal devlet ilkesinin gerektirdiği ölçüde yargılama gideri talep edilmesi gerektiği yönünde görüşler de vardır.

Bu görüşlerin birlikte değerlendirilmesinden şu sonuca varmak mümkündür: Herşeyden önce en klasik kamu hizmetlerinden olan adalet hizmeti dağıtımında, yargılama gideri talep edilip edilemeyeceği meselesinin, bir taraftan ülke ekonomisi ile doğrudan ilgili iken, diğer taraftan kabul edilen Devlet modeli ve vatandaşlarının hak arama bilinci ile de yakından ilgili olduğu tespiti yapılmalıdır. Bunun yanı sıra, bu gün için toplumsal yaşamda madde ile ölçülebilen herşeyin ve her hizmetin parasal bir değer ile ifade edildiği göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, sosyal devlet ilkesinden hareketle, yargı

hizmetlerinden yararlananlardan yargılama gideri talep edilmemesi, her ne kadar ulaşılmak istenilen olsa da, gerçekçi değildir. Ayrıca, özellikle salt haksız ve kötü niyetli olarak açılacak davalarla mücadele etmek için bütün hak arayanlar bakımından yargılama giderlerinin yükseltilmesinin, onların adalete erişim haklarının ve hak arama özgürlüklerinin ihlali anlamına geleceği unutulmamalıdır. Şu halde yargılama gideri talep edip etmeme, talep edilecekse miktarı ya da oranı doğrudan Devletin hukuk politikası ile ilgilidir. Bu çerçevede Devlet öyle bir yargılama gideri politikası belirlemelidir ki, belirlediği miktar ya da oran ne hak arama özgürlüğüne ve adalete erişim hakkına engel olacak kadar yüksek, ne de yargılama faaliyetlerinin ciddiyetini zedeleyecek kadar az ya da bedelsiz olsun. Esasen inceleme konumuz da, ilerleyen aşamalarda daha çok bu tespitlerimiz çerçevesinde şekillenecektir.

II. Yargılama Harçları

1. Genel Olarak Harç Kavramı ve Harçların Gösterdiği Temel Özellikler

Genel olarak harç kavramı ile, iradi olarak ya da kanun gereğince kendi menfaatine olacak şekilde bir kamu hizmetinden yararlanan gerçek ya da tüzel kişilerin, yararlandıkları hizmetin karşılığı olarak yerine getirmek zorunda oldukları malî yükümlülük kastedilmektedir. Harçların en önemli özelliklerinin başında kanunla alınması gelmektedir. Bunun temel sebebi harçların kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile yakından ilgili olmasıdır. Meseleye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, salt konunun belli edilmesi suretiyle bir malî yükümlülük getirilmesini Anayasaya uygun bulmamakla beraber, belli başlı öğeleri açıkça tespit edilmiş, çerçevesi kanunla kesin olarak çizilmiş olmak ve bu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla idarece malî yükümlülük getirilmesini Anayasa'ya uygun bulmaktadır[1].

2. Makul Giderle Yargılanma Hakkını İlgilendiren Bazı İstatistiki Bilgiler[2]

"Adli yargı alanında faal olarak çalışan mahkeme sayısı 2006 yılında 4526 iken bu rakam 2012 yılında yaklaşık %36 artarak 6151'e ulaşmıştır.

2003 yılında hukuk mahkemelerine gelen dava sayısı 2.026.554 iken 2012 yılında 2.797.556'tür.

---

[1] Bkz., Anayasa Mahkemesinin 31.03.1987 T., 1986/20 E ve 1987/9 K sayılı Kararı, 28.05.1987 T ve 19473 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[2] Bkz., Adalet Bakanlığı faaliyet raporları, www.adalet.gov.tr, e.t: 05.04.2014; 2012 yılı adalet istatistikleri, www.adlisicil.gov.tr. e.t: 05.04.2014; Mali istatistikler için bkz., www.gib.gov.tr.,e.t: 05.04.2014.

2003 yılında gelen davaların 1.347.053'ü karara bağlanırken, 679.551'i ertesi yıla devretmiştir. 2012 yılında bu davaların 1.707.410'u karara bağlanırken geri kalan 1.090.156'sı ertesi yıla devretmiştir.

Bu istatistiğe göre on yılda hukuk mahkemelerinde ertesi yıla devreden dava sayısında yaklaşık %80 civarında bir artış söz konusu olmuştur.

Yargıtay'da durum: 2003 yılında Yargıtay'a gelen dava sayısı 575.357 iken bu rakam 2012 yılında 1.430.557'e ulaşmıştır.

2003 yılında Yargıtay'a gelen davaların 391.885'i karara bağlanıp, geri kalan 183.472'si ertesi yıla devredilmiştir.

2012 yılında ise gelen davalardan 923.557'si karara bağlanırken, geri kalan 507.050'si ertesi yıla devretmiştir.

Bu istatistiğe göre on yıl içinde Yargıtay'a gelen ve ertesi yıla devreden dava dosyası sayılarında yaklaşık %170 civarında bir artış söz konusudur.

Yargılama harçlarına ilişkin istatistikler

2006 yılında yargı harçlarının toplam harçlar içindeki payı %15.7, 2012 yılında bu oran%18.9'a yükselmiştir.

Genel bütçe gelirleri içindeki payı 2003 yılında %.035 iken 2012 yılına bu oran %0.52'ye yükselmiştir.

"Bu istatistikte yargı harçlarının genel bütçe gelirleri içindeki payının 6 yıl gibi kısa bir süre içinde %0.17 lik nispi bir artış göstermesi oldukça dikkat çekicidir".

3. Anayasa Mahkemesinin Harçlar Kanunu'nun 28'nci Maddesine ilişkin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi, Harçlar Kanunu madde 28/1.a bendinde yer alan "karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir" cümlesindeki "*kararın verilmesinden itibaren*" ifadesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir[3].

Bu kararında Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar tebliğ edilmeden kararın verildiği tarihten itibaren iki ay içerisinde tarafları, miktarını bilmedikleri bir harcı ödemeye zorlamanın ve ayrıca bu süre zarfında harcın ödenmemesi halinde bir de gecikme zammı ile birlikte ödenmesi sağlamak üzere tarafların icra tehdidi ile karşı karşıya bırakılmasının, hukukî güvenlik ilkesine

[3] Anayasa Mahkemesinin 18.10.2012 Tarihli iptal kararı 13.02.2013 Tarih ve 28558 sayılı Resmî Gazete yayımlanmıştır.

ve hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı gerekçesine dayanmıştır. Kanımızca bu karar oldukça yerindedir.

4. Harç Miktarlarında Yapılan Yıllık Artış

Harç miktarlarında yapılan artışların kanuni dayanağını Harçlar Kanunu'nun mükerrer 138'nci maddesi oluşturmaktadır. Bu hüküm çerçevesinde, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan maktu harçlar (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dâhil), o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerleme oranında arttırılır (Harç K Mükerrer md. 138/2).

Aynı hükmün 3'ncü fıkrasına göre: Bakanlar Kurulu, bu Kanuna bağlı tarifelerde yer alan maktu harçları veya bu harçların yeniden değerleme oranı uygulamak suretiyle belirlenmiş olan tutarları (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dâhil) ile nispi harçları, tarifeler yahut tarifelerin ilgili fıkra ve bentleri itibariyle birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere; maktu harçlarda yirmi katına, nispi haçlarda ise bir katına kadar artırmaya, uygulanmakta olan maktu harçları yarısına, nispi harçları ise Kanunla belirlenen oranların onda birine kadar indirmeye, bu had ve miktarlar arasında yeni had, miktar ve nispetler tespit etmeye yetkilidir.

İşaret ettiğimiz bu hükümlerin dikkat çekici iki özelliği bulunmaktadır. Bunlardan ilki, her takvim yılı başında yeniden değerleme oranına göre harç miktarları arttırılırken kullanılan "maktu harçların (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dâhil)" ibaresidir. Bu çerçevede ortaya çıkan sorun parantez dışında kullanılan maktu harçlar ibaresinden sonra, parantez içinde maktu harç ibaresine nispi harçların da dâhil edilmiş olmasıdır.

Bu hükümlerin dikkat çekici diğer özelliği ise, Bakanlar Kuruluna maktu harçları veya bu harçlara yeniden değerleme oranı uygulandıktan sonra ortaya çıkan tutarları (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dâhil) maktu harçlarda yirmi katına kadar, nispi harçlarda ise, bir katına kadar arttırma yetkisinin verilmiş olmasıdır.

Burada ortaya çıkan sorun, hem yine parantez içinde kullanılan bir ibare ile nispi harcın maktu harca dâhil edilmiş olması hem de nispi harç oranlarını hem yeniden değerlendirme oranında arttırma hem de bu şekilde elde edilen oranları bir katına kadar arttırma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Düzenleme bu hali ile de son derece muğlak ve belirsizdir. Ayrıca, düzenlenişi itibari ile de Anayasanın 73/3'ncü maddesi hükmüne aykırı gözükmektedir.

5. Nispi Harçlarda Meydana Gelen Değişiklik ve Artışların Tarihi Seyri

Bu konuda ulaşabildiğimiz en eski kaynak, Mehâkimi Sulhiye Vazifesini İfa ile Mükellef Mehâkim ve Devairde Alınacak Harçlar Hakkında 29 Eylül 1302 (miladi takvimde 1884 yılı) tarihli harç tarifesidir**.** Bu tarifenin 2'nci maddesinde, değeri 500 kuruşu geçen davalarda dava konusu üzerinden %2 (bugün ile kıyaslamak için % 020) oranında harç alınacağına işaret edilmiştir. Bu tarifeyi yürürlükten kaldıran 1934 tarihli Adliye Harçları Kanununun 19'ncu maddesine göre de, alınacak nispi harç oranı dava konusu şeyin değerinin %020 si kadardır.

5587 sayılı Harçlar Kanunu'nda ise nispi harç oranı ekli tarife hükmüne göre dava konusu şeyin değerinin %040'ı oranında alınacaktır. 492 sayılı Harçlar Kanununun ilk haline ekli (1) sayılı Tarifeye göre, nispi harç ikili bir ayrıma tabi tutularak alınmaktaydı. Buna göre dava konusu şeyin değeri 3000TL'yi geçmiyor ise, dava konusu şeyin değeri üzerinden %020 oranında harç alınırken, 3000TL ve üzerinde ise dava konusu şeyin değerinin %030'u oranında harç alınması sistemi benimsenmiştir. 2588 sayılı Kanunla Harçlar Kanununda değişiklik yapılmış ve bu değişiklikle birlikte her hangi bir ayrım yapılmaksızın değeri para ile ölçülebilen bütün davalarda nispi harcın dava konusu şeyin değeri üzerinden %030 olarak alınması benimsenmiştir. 3986 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile Harçlar Kanunu'nun Mükerrer 138'nci maddesi değiştirilmiş ve bu değişikliğe dayanarak 1995 yılı başından itibaren uygulanacak nispi harç oranı dava konusu şeyin değeri üzerinden %036 olarak hesaplanmaya başlamıştır.

İkibinli yılların başından itibaren ise nispi harç oranları hızlı bir artış göstermiştir. İlk olarak nispi harç oranı, 4369 sayılı Kanun ile değiştirilen Harçlar Kanunu'nun Mükerrer 138'nci maddesine dayanarak, 30.11.2000 tarihli ve 2000/1696 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2001 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere %054'e yükseltilmiştir. Daha sonra bu oran 29.12.2009 tarihli ve 2009/15725 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere, %10 oranında artırılarak, %059,4 olarak belirlenmiştir. Nihayet, 24.12.2012 tarihli ve 2012/4116 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere %15 oranında artırılmış ve %068.1 olarak tespit edilmiştir.

Bütün bu veriler içerisinde, 1884 ila 1994 yılları arasında (yüzon yıllık bir zaman diliminde) nispi harç oranındaki artış %50 iken, 1995 ila 2014 yılları arasında (son yirmi yıllık zaman dilimi içerisinde) bu artışın %130 oranında olması dikkat çekicidir.

6. Ara Değerlendirme: Harçlar Kanunu'nun Mükerrer 138'nci maddesinde yer alan parantez içindeki ifade ile ne kastedildiği açık olmadığından, bu düzenleme Anayasa'nın 73/3'ncü maddesinde yer alan "vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirilip veya kaldırılabileceğine" ilişkin hükme aykırıdır. Zira, harç bir malî yükümlülüktür ve bu nedenle yapılan kanunî düzenlemenin açık, sınırları kesin olarak belirlenmiş ve anlaşılabilir olması gerekir. Ayrıca, aksi bir düşüncenin kabulü hukuk devleti ve hukukî güvenlik ilkesine de aykırılık teşkil eder.

Anayasa'nın 73/4 hükmünde yer alan, bu tür yükümlülüklerin oranlarında değişiklik yapma yetkisinin kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla Bakanlar Kuruluna verilebileceğine ilişkin hüküm, yasama organına alt ve üst sınırları dilediği gibi belirleme yetkisi vermez. Aksinin kabulü, hem kanunla yasama yetkisinin Bakanlar Kuruluna devri hem de Anayasa'nın tamamına şamil "ölçülülük ilkesinin" ihlali anlamına gelir. Zira, Anayasa'nın 73/3'ncü fıkrası gereği, malî yükümlülüklerin belirlenmesinde asıl olan kanunla düzenlemedir. Aksi düşüncenin kabulü Anayasa'nın 2'nci maddesinde ön görülen "sosyal hukuk devleti" ilkesinin içeriğinin boşaltılması sonucunu doğurur.

Diğer taraftan kanımızca nispi harç oranlarının Bakanlar Kurulu kararı ile arttırılabilmesi için sadece kanun ile alt ve üst sınırlarının gösterilmiş olması da yeterli değildir. Ayrıca, hem nispi harçlar için geçerli olan değer esasının hem de hukukî güvenlik ilkesinin bir gereği olarak, bu yetkinin hangi hallerde kullanılacağının da belirtilmiş olması gerekir.

III. Kanunî Vekâlet Ücretine İlişkin Gelişmeler

1. İdari Yargılama Hukuku Alanında Meydana Gelen Gelişmeler

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28 inci maddesinin ikinci fıkrasında 5352 sayılı Kanunla birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikle, mahkeme kararlarının icra ve infazı için öncelikle idareye başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Bu çerçevede, mahkeme kararlarının doğrudan icra ya da infaz edilmesi, konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildirdiği banka hesap numarasına, kanunî süresi içinde ödenmemesi halinde mümkün olabilmektedir (İYUK md. 28/2). Şu halde mahkemeler tarafından idare aleyhine hükmedilen yargılama giderleri, vekâlet ücreti ve tazminata ilişkin hükümlerin icra edilebilmesi için, öncelikle davalı idareye bir banka hesap numarası ile yazılı şekilde başvurulmuş ve idarenin bu başvurunun gereğini otuz gün içinde yerine getirmemiş olması gerekmektedir (İYUK md. 28/1).

Üzerinde durduğumuz bu düzenleme kanımızca üç açıdan sorunlu ve eleştiriye açıktır. Herşeyden önce burada mahkeme kavramının sadece idare mahkemelerini mi kapsadığı, diğer yargı kollarına tabi mahkemeler tarafından verilen kararların da bu düzenleme kapsamına girip girmediği hususu problemli ve tartışmaya açıktır. Bu çerçevede Yargıtay, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun kapsam maddesinden hareketle, bu düzenlemenin sadece idare ve vergi mahkemelerince verilecek kararları kapsadığını, adliye mahkemelerince verilen kararların bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Kanımızca, Yargıtay bu sorun bağlamındaki yorumu dardır ve gerekçesi de tatmin edici değildir. Zira, İdari Yargılama Usulü Kanununun 1'nci maddesi, sivil idarî yargı koluna tabi olan mahkemelerin görev alanlarına giren bir uyuşmazlığın çözümünde hangi yargılama usulünün uygulanacağına dair bir hüküm öngörmektedir. Başka bir ifade ile, bu düzenleme uygulanacak yargılama usulüne ilişkindir ve hükmün muhatabı idarî yargı koluna tabi mahkemelerdir. Buna karşın, aynı Kanun'un 28'nci maddesi "kararların sonuçları" başlığını taşımakla birlikte, bu düzenlemenin muhatabı mahkemeler değil, idaredir. Bu nedenle kanun koyucu bu maddede, sadece idarî yargı koluna tabi mahkemeleri ilgilendiren bir hüküm söz konusu olduğunda, bu mahkemelerin isimlerini ayrıca ve açıkça zikretmiştir (bkz. İYUK md. 28/1, 28/3, 28/5, 28/6). Buna karşın, sadece idarî yargı koluna tabi mahkemeleri ilgilendirmeyen hallerde herhangi bir mahkeme ismi zikredilmemiş, (bkz, İYUK md. 28/2, 28/4) aksine her türlü dava ibaresi kullanılmıştır (bkz. İYUK md. 28/2). Bu hükümler kendilerinden önce gelen fıkralarla organik bir bağ içerisinde değildir. Bu nedenle, söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 138/4'ncü maddesi de dikkate alınarak yorumlanmalı ve bütün mahkeme kararlarını kapsayıcı nitelikte anlaşılmalıdır.

İşaret ettiğimiz düzenlemenin eleştirilebilecek diğer bir yönü ise, Devletin kendisine reva görmediği bir uygulamayı, diğer kişiler bakımından devam ettiriyor olmasıdır. Zira, uygulamada Avukatlar çoğu kere daha karar karşı tarafa tebliğ bile edilmeden, onu alıp derhal icra etmek suretiyle karşı taraftan bir de icra vekâlet ücreti talep etmektedirler. Şeklen kanuna uygun olan bu uygulamanın hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği ve usul ekonomisi ilkesine aykırı olduğu açıktır. Burada özellikle eleştirilmesi gereken husus, kanun koyucunun bu uygulamanın doğru olmadığını tespit etmiş olmasına rağmen, sadece idare açısından koruyucu bir düzenleme öngörmüş olması, buna karşın diğer kişiler bakımından devam eden uygulamaya sessiz kalmasıdır.

Nihayet bu düzenleme, sadece idarî yargı kolundaki mahkemeleri değil diğer yargı kollarında yer alan mahkemeleri de kapsar şekilde anlaşılsa dahi, yine eksiktir. Zira, madde idarenin sadece davalı olup da davayı kaybetmiş olması ihtimalîne hasredilmiştir. Buna karşın idarenin davacı olup da davayı

kaybettiği hallerde söz konusu madde hükmü uygulanamayacak ve bu hükümlerin yargılama giderlerine ilişkin kısmı derhal icra edilebilecektir.

2. Kamulaştırma Hukuku Alanında Meydana Gelen Gelişmeler

Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6 maddesinin 7'nci fıkrasında 6487 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, kamulaştırılmaksızın kamu hizmetlerine ayrılan taşınmazların bedel tespitine ilişkin davalarda, kamulaştırma bedeli tespiti davalarında olduğu gibi maktu harç ve maktu vekâlet ücreti ödeneceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin Anayasa'nın 10'ncu ve 38'nci maddelerine aykırı olduğuna ilişkin iki farklı başvuru yapılmışsa da, bu başvurular başvuran mahkemelerin yetkisizliği nedeni ile reddedilmiştir. Bu çerçevede söz konusu düzenleme ile Anayasa'nın 38'nci maddesi arasında nasıl bir ilişki kurulduğu anlaşılamamakla beraber, mesele Anayasanın 10'ncu maddesi bağlamında değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinden "aynı hukukî statüde bulunanlar arasında var olan eşitliği" anlamaktadır. Bu çerçevede, yargılama harçları ve kanunî vekâlet ücretinin maktu olacağına ilişkin bu düzenleme, davanın taraflarından bağımsız olarak, dava konusuna yöneliktir. Mesele bu yönü ile ele alındığında, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın eşitlik ilkesine uygun olduğu görülmektedir.

Kanımızca burada tartışma Anayasa'nın 36'ncı maddesi bağlamında yürütülmelidir. Bu tartışma yürütülürken Anayasa'nın 36'ncı maddesi Anayasa'nın 125/1'nci maddesinde yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile birlikte değerlendirilmelidir. Mesele bu yönü ile değerlendirildiğinde, özellikle kanunî vekâlet ücretinin maktu olması, idarenin kendisini her zaman bir vekil ile temsil ettirmesinin mümkün olması karşısında, idarenin bir eylem ya da işleminden zarar görenlerin hukukî yardım almasını güçleştirir mahiyette olması nedeniyle "silahların eşitliği ilkesini" ihlal etmektedir. Diğer taraftan, bu düzenleme her ne kadar açıkça mahkemeye başvuruyu engellemese de, tarafların hukukî yardım almasını güçleştirir mahiyette olduğundan, hem bir idarî işlemden kaynaklanan kamulaştırma bedelinin tespiti davalarında, hem de idarî bir eylemden kaynaklanan fiilî yol uygulamalarında, bu eylem ve işlemlerin yargı denetimi dışında kalmasına neden olabileceğinden Anayasa'nın 125/1'nci maddesi hükmünü de ihlal eder mahiyettedir. Ayrıca. bu zorluk nedeni ile tarafların adalete erişim hakkı da güçleştirilmektedir. Bu yönü ile, kanımızca söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 125/1'nci maddesinin yanı sıra, Anayasanın 2'nci ve 36'ncı maddelerine de aykırıdır[4].

[4] Bu tebliğin sunumundan sonra, söz konusu madde hükmünün esas bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığı Anayasa Mahkemesinin 12.11.2014 tarihli oturumunda incelenmiş (2013/95 E) ve

3. Tüketici Hukuku Alanında Meydana Gelen Gelişmeler

a) Vekâlet Ücretine İlişkin Gelişmeler

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 6502 sayılı Kanun'un (yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun) 86'ncı maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve onun yerine 6502 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun mülga 4077 sayılı Kanun'dan farklı olarak tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde kanunî vekâlet ücretine ilişkin bir takım düzenlemelere de yer vermiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinde "hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı yapılan itiraz başvurusunda kararın iptal edilmesi halinde tüketici aleyhine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre nispi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedileceği" şeklinde bir hüküm öngörülmüştür. Bu düzenlemeler uygulamada bir çok sorunu da beraberinde getirmiştir.

Nitekim bu durum uygulamada da bir takım sorunlara yol açmıştır. Bu bağlamda Türkiye Barolar Birliği tarafından yayımlanan 2014 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısmının 6'ncı maddesinde, il ve ilçe tüketici hakem heyetlerinde yapılacak hukukî yardımlar için, hizmete konu işin değerinin %12'sinden aşağı olmamak üzere vekâlet ücretine hükmedileceği, şayet hizmete konu işin değeri maktu ücretin altında ise hizmete konu işin değeri kadar avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Maktu ücret ise ikiyüz elli Türk Lirası olarak belirlenmiştir.

Ortaya çıkan belirsizlik üzerine Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından tüketici hakem heyetlerine bir yazı gönderilerek, kendilerinin kanunî vekâlet ücretine hükmetme yetkilerinin olmadığı belirtilmiştir.

Bu yazı üzerine tüketici hakem heyetleri kendilerinde çözülen uyuşmazlıklarda kanunî vekâlet ücretine hükmetmemektedir. Ancak, hakem heyetlerinde kendilerini vekille temsil ettiren tarafların, bu konuya ilişkin mahkemeye yaptıkları itiraz neticesinde, mahkemeler AAÜT'ne göre hakem heyetlerinin vekâlet ücretine hükmetmesi gerektiği gerekçesi ile, hakem heyetlerinin bu tip kararlarını iptal etmektedir.

Danıştay 8'nci Dairesinin 04.07.2014 T ve 2014/1419 E sayılı Kararı ile AAÜT'nin ilgili hükmünün yürütmesi durdurulmuştur. Bu kararında Danıştay hakem heyetlerince tüketici aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesinin, tüketicinin hak aramasını engelleyeceği, bu hususun ise

Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Ancak karar henüz yayımlanmadığından Mahkeme'nin gerekçesini öğrenebilmiş değiliz.

Anayasa'nın 172'nci maddesi ile Devlet'e yüklenen tüketiciyi koruma görevine aykırılık teşkil edeceği gerekçesine dayanmıştır.

Nihayet, 6552 sayılı Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 70'nci maddesine eklenen, Tüketici hakem heyetleri vekâlet ücreti ödenmesine karar veremez" şeklindeki hükümle, yasa düzeyinde sorun çözülmüş görünmektedir. Ancak kanımızca Danıştay kararındaki aynı gerekçelerle hakem heyetlerinin vekâlet ücretine karar verememesi de Anayasaya uygun değildir.

b)Tüketici hukuku bağlamında gider avansı

Tüketicilerin hak aramalarını kolaylaştırabilmek için 6502 sayılı Kanun'un 73/2'nci maddesi hükmü ile tüketici mahkemelerinde, Bakanlık, tüketici örgütleri ve tüketiciler tarafından açılacak davalar Harçlar Kanunu'nda ön görülen her türlü harçtan muaf tutulmuşken, gider avansına ilişkin bir muafiyet hükmü yoktur. Bu husus, tüketici uyuşmazlıklarının miktarı da gözetildiğinde, tüketicilerin hak arama özgürlüğünü ihlal eder mahiyettedir. Ayrıca, söz konusu hükmün madde gerekçesi incelendiğinde, burada esasen tüketicilerden gider avansı talep edilmemesinin kararlaştırıldığı, ancak sonradan bu hükmün değiştirildiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile kanun koyucu buradaki sorunu görmüş olmasına rağmen tercihini tüketici aleyhine kullanmıştır.

c)Tüketici hakem heyetlerinin görev sınırı dolayısıyla ortaya çıkan problemler

6502 sayılı Kanun'un 68'nci maddesine göre, "değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur". Ayrıca, 6502 sayılı Kanun'un 70/3'ncü maddesinde "Taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir" edebilir hükmüne yer verilmiştir.

Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, özellikle büyük şehir belediyesi sınırları içerisinde ikamet eden vatandaşlar bakımından ikibin ile üçbin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından, il hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun getirilmesi, hem hak arama özgürlüğüne, hem usul ekonomisi ilkesine hem de tabiî hâkim ilkesine aykırıdır. Zira, özellikle uzak ilçelerde ikamet eden tüketiciler kendi yerleşim yerinde bulunan hakem heyetlerine başvurmak yerine, çok daha uzaktaki başka bir hakem

heyetine başvurmaya zorlanmaktadır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin bu heyetleri birer yargı mercii ve yaptıkları faaliyetleri birer yargılama faaliyeti olarak görmemesi de dikkate alındığında durum daha da vahimdir. Diğer taraftan tüketiciler için sorun salt il hakem heyetlerine başvurmakla bitmemekte, hakem heyeti kararlarına karşı gidilen itiraz yolu (kanun koyucu kanımızca hatalı olarak itiraz davası diyor) bakımından da madde 70/3 hükmü gereğince yetkili olan il tüketici mahkemelerine başvurmak zorunda kalmaktadırlar.

VI. Adli Yardıma İlişkin Düzenlemeler

6459 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerin bazıları adli yardım müessesesine ilişkindir. Söz konusu Kanunun 24'ncü maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339'ncu maddesine "adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme, hükümde tamamen veya kısmen ödemeden muaf tutulmasına karar verebilir." şeklinde bir ikinci fıkra eklenmiştir. Bu hüküm, adli yardıma ilişkin koşullarda 6459 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önceki koşullardan olan "haklılık şartı" ve değişiklikten sonraki koşullardan olan "açıkça dayanaktan yoksun olmama şartı" ile birlikte değerlendirildiğinde daha anlamlı olmaktadır. Zira her iki koşulda da, oranı farklı da olsa, adli yardıma karar verilebilmesi için hâkimin öncelikle davanın kazanılabileceği yönünde bir kanaat sahibi olması gerekir. Hukuku en iyi bildiği farzedilen hâkimde bu kanaat oluştuktan sonra, adli yardım talebinde bulunan kişilerce dava açılması ve fakat daha sonradan davanın reddedilmesi ve ayrıca bir de yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmesi bu kişilerin adalete olan güvenini sarsacaktır. Diğer taraftan yapılan bu düzenleme sosyal hukuk devleti olmanın bir gereği olarak da oldukça yerindedir.

SONUÇ

Buraya kadar yaptığımız tespit ve değerlendirmeler çerçevesinde, sonuç olarak özellikle şu üç noktanın altını çizmek mümkündür:

a)Yargılama giderlerine ilişkin düzenlemeler, usul ekonomisi ilkesi ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olmanın ötesinde, bir maliye politikası haline gelmiştir. Anayasa aykırı olduğu kanısına vardığımız Harçlar Kanunu'nun mükerrer 138'nci maddesi bu politikanın gerçekleştirilmesinin en önemli enstrümanlarından birisi haline gelmiştir.

b)Yargılama giderlerine ilişkin düzenlemeler yapılırken, bu düzenlemelerin hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkı üzerinde

doğuracağı etkiler üzerinde titizlikle durulmalıdır. Ancak yaptığımız tespitler bu hususun adeta yok sayıldığını göstermektedir.

c) Yargılama giderleri politikası bakımından, bu politikanın sınırları aslında AİHM'nin Poland - Henry Kreuz davasında çizilmiştir. Bu kararda, yargılama harç ve giderleri ile hak arama hürriyeti arasında bir denge kurulması gerektiğine, mahkeme harçlarının mahkemeye erişim hakkını engelleyecek boyutta yüksek olamayacağına, yargı harç ve giderlerinin yargıyı gereksiz yere meşgul etmeye engel olacak şekilde makul bir seviyede tutulması gerektiğine açıkça işaret edilmektedir.

TARTIŞMALAR

SORULAR

Nedim Meriç'e Yöneltilecek Sorular

Prof. Dr. Ramazan Arslan: Teşekkür ederim, Sayın Hocam. Ben yargılama hukukumuza hakim olan ilkelerin büyük çoğunluğunu burada ayrıntılı olarak inceleyen arkadaşlara huzurunuzda bir kez daha teşekkür etmek istiyorum. Ama tabii bu açıklamalarla ilgili bazı sorularımız veya açıklamalarımız olabilir. Bu da normaldir. O çerçevede ben de önce Nedim Meriç'e bir şey sormak istiyorum: Taleple bağlılık ve tasarruf ilkesi çerçevesinde doğal olarak sulhe de değindi. Sulhle ilgili 315.maddede taraflar mahkemenin sulhe göre karar vermesini isterlerse sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar vermesini istemezlerse karar verilmesine yer olmadığına karar verir. İkinci fıkrada ise irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hallerinde sulhün iptali istenebilir. Bu ikinci fıkranın uygulanması açısından iki karar arasında bir fark yok mu? Yani mahkemenin tarafların isteği üzerine sulhe göre karar vermesi ile sulhe göre karar verilmesini istememeleri halinde karar vermesi arasında bir fark yok mu? Kısaca değindiniz. İşte burada yargılamanın yenilenmesi de olmaz. Her iki karara karşı iptal davası açılabilir dediniz. Sulhe göre karar verilmesi halinde bir mahkeme kararı yok mu ortada? Acaba istisnaları genişletmeli mi? Örnek olarak -Hakan Hoca üzerinde durduğu için söylüyorum- ticari sırra ilişkin konuların istisnası olması gibi. Bir çelişki yok mu? Acaba burada bir kamu yararıyla bireysel yarar dengesi mi sözkonusu? Sanıyorum öyle bakmak lazım. Aksi takdirde elbette bu da gizli olmalıdır. Ama öbür tarafta böyle dersek madem iddialı olarak dedik mi bu hakimlerin bağımsızlığının teminatıdır. Teminatı zayıflatmış mı oluyoruz? Bu denge konusunda bir çözümünüz var mı onu sormak isterim. Bir de Varol Karaarslan, Hakimin Tarafsızlığı ilkesi ile hakimin davayı aydınlatma ödevi ilişkisini açıkladı. Teşekkür ediyorum kendisine. Bizim acaba bu ilke çerçevesinde HUMK döneminde uygulanan HMK döneminde de devam ettiğini gördüğüm yemin deliline başvurma konusunda "hatırlatmada bulunma" bu kapsama girer mi? 119 ve 129'da taraflar açısından (hakim) hangi vakıayı hangi delille ispat edeceğini bildirmek zorunda. Genel olarak eskiden olduğu gibi yemin delilini de saymışsa vs. delil demişse gene HUMK dönemindeki uygulamaya devam mı edeceğiz? Yoksa bu ilkeyle ilgisi yok mu bunun o konuda görüş rica edeceğim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Muhammet Özekes: Soracağım soru hem somutlaştırma yükünü hem de davayı aydınlatma ödevini ilgilendiriyor. Şu anda uygulamadaki en büyük sorunlardan bir tanesi şu: Burada Yargıtay'ımızın değerli başkan ve üyeleri de var. Belki onlar da kendi sorularıyla. Seracettin Bey özellikle ve Mustafa Bey ve Şanver Bey de katkıda bulunabilirler soru sorduklarında… Şimdi sorumuz şu: Malum dilekçedeki unsurların neler olacağı belli. Bu dilekçede de eksiklik olur ise bunun yaptırımını da kanun ikiye ayırmış. Bir doğrudan bir yaptırıma bağladığı hüküm var. Önce süre verip o süre içerisinde tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılması, bir de sessiz kaldığını düşündüğü şunlar şunlar hariç olmak üzere demiş o hariç olmak üzere denilenlerin içerisinde biri de vakıaların somut olarak ileriye sürülmemiş olması hali diyelim. Şimdi bir vakıa somut olarak belirtilmemiş ise 1- Bu davanın aydınlatılması ödevi çerçevesinde hakimin işi nedir? Burada tekrar vurgulamak istiyorum. Vakıa gösterilmemiş aslında. Somut bir vakıa yok vakıaların içi boş. 2- Taleple bağlılık ilkesi çerçevesinde hakim ne yapmalıdır bu durumda vakıa somut olarak gösterilmemişse? Genel olarak şöyle bir ilkeden bahsediyoruz; somutlaştırma yükü ispat yükünün sonuçlarına bağlıdır. Bu çerçevede her iki arkadaşımız bir değerlendirme yaparsa kendi konuları açısından… Şu sıralar ben de bir makale yazıyorum yaptırımı olmayan dilekçedeki hükümlerin ne anlama geldiği çerçevesinde. Ben de kendilerinden bu vesileyle konuları bakımından o makalede istifade etmiş olurum.

İkinci sorum: Doğrudanlık ilkesiyle ilgili. Sık sık hakim değişikliğinin bu doğrudanlık ilkesini zedelediği -yani bu tartışmasız bir şey-. Bununla ilgili özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ne yöndedir? Veya aynı hakimin bizde dava sonuçlanıncaya kadar bazen on tane hakim değişiyor. Ne yapılması gerekir? Bu adil yargılanma hakkını ihlal eden bir husus mudur? Son hususta da şunu vurgulamak lazım bütün bu hususlarla ilgili, ilkelerle ilgili taleple bağlılık, aydınlatma vs. diğer hususlarda da bizim hakimlerimizin çekindiği bir husus var bu konuyla ilgili de her arkadaşımız kendisine bir pay çıkararak bir şey söyleyebilir. Hakimin ihsas-ı rey endişesi; çok büyük bir endişe, bunun ben abartıldığını, zaten hakimin asli görevinin reyini ihsas etmek için o kürsüde oturduğunu ama ihsası reyden ne anlaşılması gerektiği konusunda herşey hakim ne söylerse söylesin nerdeyse ihsası rey sebebiyle ya şikayet edilmekte ya da reddedilmektedir. Bu ihsası reyden ne anlaşılmalıdır herbir ilke bakımından acaba kısa bir değerlendirmeyi herkes kendi konusu açısından açıklayabilirler mi? Gerçekten bu katı anlayış doğru mudur? Sorusunu yöneltmek isterim. Teşekkür ediyorum.

Yargıtay 22. HD Başkanı Seracettin Göktaş: Ben öncelikle konuşmacılara değerli sunumlarından dolayı teşekkür ediyorum. Sayın Meriç'e bir sorum var: Şimdi ıslahla yeni bir talep önümüze geliyor. Bu zaman zaman

daha önce dava konusu yapılmamış dava dilekçesinde belirtilmemiş bir talep kısmi ıslahla önümüze getiriliyor. Ve bazı davalar sonuçta iş sözleşmesinden kaynaklanıyor. Daireler de sonuçta iş sözleşmesinden kaynaklanan bir alacaktır bunu mümkün görüyor. Bunu taleple bağlılık ve tasarruf ilkesi kapsamında nasıl değerlendirebiliriz? Yine dava dilekçesinde faiz istemi var fakat yine kısmi ıslahta yok. Islah dilekçesinde ayrıca faiz istenmemişse dava dilekçesinin faiz isteğinin ıslahla artırılan miktarla ilgili geçerli olup olmadığını bu taleple bağlılık ve tasarruf ilkesi kapsamında nasıl değerlendirebiliriz?

Sayın Karaarslan'a bir sorum var: Biliyorsunuz 119.maddede dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar tek tek sayılmış bunların bir kısmının eksiklik varsa süre verilerek ikmal edileceği belirtilmiş. Fakat Muhammet Hoca'nın da belirttiği gibi özellikle somutlaştırma yükü ve hukuki sebepler gibi unsurlar için bir süre verilmemiş. Bunun için süre verilmemiş olması aydınlatma ödevi kapsamında her zaman açıklama yaptırtabilme yetkisi şeklinde değerlendirilebilir mi? Bu bağlamda aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflardan açıklama istendiğinde taraflar bunu yapmazsa yaptırımı nedir? Biliyorsunuz belirsiz alacak davasının açılma şekliyle kısmi davanın açılma şekli birbirine çok yaklaştı. Özellikle kısmi davada artık fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına gerek olmaması nedeniyle her iki dava türünde de asgari bir miktar gösteriliyor ve bu defa hakim kısmi dava mıdır belirsiz alacak davası mıdır şeklinde bir ikilemde kalıyor. Bir görüşe göre davacının bunu belirtmesine gerek yoktur. Hukuki nitelendirme hakime aittir. Hakim istediği şekilde yorumlar. Ancak kanımca buna katılmak mümkün değildir. Çünkü davacı ben şunu kastetmiştim sen nasıl bunu değiştirirsin diyebilir. Bunu hakim aydınlatma ödevi kapsamında açıklama yapması gerekir mi?

Usul ekonomisiyle ilgili: Belirsiz alacak davası, ilişkili koşulları olmadığı halde açıldı. Daha sonra bunu hakim farketmedi. Bilirkişiden rapor alındı. Davacı, miktarı artıran bir dilekçe verdi. Hakim harcı tamamlattı. Bu durumda artık alacak belirli hale gelmiştir belirsiz alacak davasının koşullarının yokluğundan bahisle usul ekonomisine dayanılarak dava usulden reddedilmemeli midir? Yani usul ekonomisi gerekçesiyle davanın türü değiştirilebilir mi?

Harçla ilgili sorum: Özellikle harçtan muaf kurumlar açısından söylüyorum. Davalı harçtan muaf ise davacının nisbi harç yatırmasına gerek var mı? Maktu harç yatırıyor davacıların bazıları. Daha sonra kendisinden harcı tamamlattırmaları isteniyor. Halbuki bu dava reddedilirse zaten maktu harç alınacak. Davayı kazanırsa yatırmış olduğu harçların hepsi iade edilecek. Çünkü davalı taraf harçtan muaf. Bunu usul ekonomisi kapsamında değerlendirirse çok sevinirim.

Prof. Dr. Şanal Görgün:

Sorum Nedim Meriç Hoca'ma: Kendisi açıklamaları sırasında Usul Kanunu 151.maddesi uyarınca her iki taraf ta duruşmaya katılıp davayı takip etmeyeceklerini bildirmesi halinde bunun dosyayı işlemden kaldırmaktan çok davanın geri alınması olarak nitelendirilmesi gerektiğini söyledi. Eğer böyle bir nitelendirme olursa her ikisi arasında derdestliğin başlaması açısından çok büyük fark var. Birisinde derhal başlıyor diğerinde üç ay daha derdest kalmaya devam ediyor. Eğer öyle yorumlarsak üç ayın içerisinde taraflar yeniden yeniden dosyayı işleme koyma yetkilerini elinden almış olmaz mıyız? Bir de bu üç aylık süre içerisinde aynı dava yeniden açılırsa derdestlik itirazının akıbeti ne olacak?

Yargıtay 2. HD üyesi Mustafa Ateş:

Seda Özmumcu'ya soru yöneltmek istiyorum: Yanlış anlamadıysam kadastro davalarında resen araştırma ilkesi vardır dedi. Bana göre 1987 yılında 3402 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle kadastro davalarında kural olarak resen araştırma ilkesi kaldırılmıştır. 30.maddenin bahsedilen üç istisnası dışında. İkincisi boşanma davalarında resen araştırma ilkesi var denildi. Tanığın ayrıntılı olarak sorgulanmasını resen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirdiniz. Ben bu görüşe katılmıyorum.

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez:

Hocam ben Nedim Meriç arkadaşımızın bir açıklamasını özellikle kendisine sormak istiyorum: Dedi ki; bana göre davacı tarafta iradi taraf değişikliği olmaz. İradi taraf değişikliği sadece davalı tarafta sözkonusu olur. Davacı tarafta bir değişiklik olması isteniyorsa bu davanın geri alınmasıdır. Ancak kanuna baktığımızda bizim usul kanunumuzda davalı ve davacı ayrımı yapılmaksızın taraf ifadesi kullanılıyor. Bu nedenle bu görüşünü tekrardan bir değerlendirmesini istiyorum. Yoksa onun söylemek istediği bunun teorik olarak bir geri alınma olarak anlaşılması mıdır? Çünkü Alman ve İsviçre Hukuk'larında taraf değişikliği bakımından davacı veya davalı taraf açısından bir farklılık görülmüyor. Ancak davacı tarafta bir değişiklik sözkonusu olduğunda önemli olan, yeni davaya dahil olacak davacının burada elbette izninin alınması gerekiyor. Her halibukarda zaten karşı tarafın izninin alınması taraf değişikliği bakımından karşı gerekiyor.

Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz:

Ben de Nesibe arkadaşımıza bir soru yöneltmek istiyorum. 158. maddenin 2. fıkrası ve 161. maddenin 2. fıkrasıyla ilgili. Gizli olarak belgelerin saklanmasına karar verilmesi ve bu gizlilik kararı bizim bildiğimiz şekilde aleniyetin kaldırılması mıdır? Bir de taraflardan da bir şey saklanamaz gizlilik anlamında ama 161/2'nin açıklaması ve gerekçeye bakıldığında taraflardan da

saklanabileceğini görüyoruz. Nitekim orada da şu söyleniyor: Hakimin açık izniyle gizlilik kararı verilen belgeler incelenebilir diyor. Bu konudaki değerlendirmesini rica ediyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ali Cem Budak:

Benim de sorum Nesibe Hanım'a sorum: İki defa tekrar ettiği ve kuvvetli ifadelerle söylediği için… 153. maddede yer alan kayıt ve yayın yasağının kendisine çok tabi görünmesini tereddütle karşılıyorum. Enazından ses kaydının alınmasında ne sakınca vardır? Bilhassa da duruşma tutanaklarının tutulmasında da titizlik gösterilmediği, bunun sosyal bir denetim aracı olarak fonksiyon görebileceği bakımından stereo ile kaydedilebilecek birşeyin teyp kaydına alınmasında ne sakınca var? O konudaki görüşlerini merak ediyorum.

Prof. Dr. Selçuk Öztek:

Müsaadenizle benim sorum Sayın Meriç'e olacak: İki tarafın duruşmaya gelmemesi halinde tarafların yargısal faaliyet iddiasından vazgeçtiğini ve bu sebeple davayı takipsiz bıraktıklarını söylemek biraz zor. Acaba bu çerçevede Alman Usul Kanunu'nda olduğu gibi hakimin davayı dosyanın mevcut durumu çerçevesinde sonuca bağlaması gibi bir yöntem düşünülebilir mi? Doktrinde Sayın Alangoya da hakime böyle bir yetkinin verilmesi gerektiğini ifade ediyor. Nitekim tarafların Yargıtay'daki mürafaalara gitmemeleri de karar vermesine engel teşkil etmiyor. Bu durumda tahkikatın başında nasıl böyle bir karar verilemez diyebilirsiniz. Ancak sözlü yargılama aşamasında dosya sübuta erdiği halde karar verilebilir mi? Bir de bilirkişiyle doğrudanlık ilkesi arasında Sayın Pekcanıtez bir ilişki kurdu. Bu bilirkişilik meselesi gerçekten özellikle İstanbul'da tam bir kanayan yara. Yani iş artık bir skandala dönüştü; bir rezalete dönüştü. Dolayısıyla bunu ne yapıp yapıp engellememiz önüne geçmemiz lazım. Şimdi ben ne kadar iyi bir usul kanunu yaparsanız yapın bunun önüne geçilemeyeceğini düşünüyorum. Nitekim bizim eski HUMK 275'te madde Nöşatel'den şu şekilde alınmıştı: Mahkeme çözümü özel veya teknik bir bilgi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Şimdi yanlış hatırlamıyorsam ısrarcı oldunuz ve dediniz ki seksensekiz veya seksenaltı yılında HUMK 275'in bu hükmünü hakim anlayamıyor. Yani çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir hükmü yeterli olmuyor. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez diye bir hüküm eklendi. Bu cümle aslında yoktu; mehazda da yoktu bu cümle. Yeni HMK bunu aynen aldı. Gerekçe… çok daha uzun bir gerekçe yazılmış. Burada hakime mahkemeye hata bulmak Yargıtay sahip çıkmıyor demenin de bir çözüm olmadığını düşünüyorum. Burada neden hakim bu kadar açık hükümlere rağmen hala hukuki incelemelerde bilirkişiye

başvuruyor sorusu cevaplandırılmalıdır? Rahmetli Dönmezer Hoca'nın bir cümlesi vardı: Herşeyi sosyolojik yatağında incelemek gerekir diye. O itibarla bu hukukçuya başvurma yöntemi devam edecektir. Bu neden böyle oluyor diye düşünmeden kurumu zapturapt altına almayı düşünmeden bir yere varamayız. Şimdi ben bilirkişi listesine kayıtlıydım. Toplu yemine gittim. Dört bin kişi kadar vardı. Peyderpey almışlardı. O gün bin kişi kadarı alınmıştı. At hırsızı diyebileceğim adamlarla o gün salonda yemin ettim. Yani adamın daha gözüne baktığınızda hangi amaçla bu işi yaptığı anlaşılıyordu. Bunu Adalet Komisyonu Başkanı'na söylediğimde Yönetmelik üç yıllık tecrübeyi tevsik ederse bunu yeterli görüyor diyor. İşte bunlara biraz değinilmeli. Bu yasaktır derken bir yandan da disiplin altına almak ta gerekir.

Doç. Dr. Mustafa Özbek:

Sayın Meriç'e bir soru sormak istiyorum: Tasarruf ilkesini açıklarken yargılamanın durdurulması müessesesi Türk Hukuku'nda yok dedi ama Bankacılık Kanunu'nda TMSF'ye devredilen bankalarla ilgili bir düzenleme var; gene Arabuluculuk Kanunu'nda belli bir süre yargılamanın durdurulması öngörülüyor. Acaba bunları oraya dahil etmiyor mu?

İkinci sorum Sayın Özmumcu'ya olacak: Bu hizmet tespit davaları resen araştırma ilkelerine güzel bir örnek. Yalnız son Torba Yasa'da getirilen düzenleme acaba hakimin resen araştırma ilkesini zedeliyor mu? Torba Yasa'dan önce SGK ve işveren davalı tarafta mecburi dava arkadaşıydı. Şimdi Torba Yasa'yla SGK taraf olmaktan çıkarıldı, fer'i müdahil konumuna getirildi. Fer'i müdahil olduğu zaman davalı tarafta olacağını yani HMK'daki serbestinin istisnası olarak hangi tarafta olacağını da Kanun tespit etti. Kanun yolu başvuru bakımından da bir özellik getirdiler. Fer'i müdahilin tek başına kanunyoluna başvurabileceği ve bunun zorunlu olduğu söylendi. SGK bir yönden taraf olmaktan çıkarıldı. Resen araştırma ilkesi bakımından birçok delil ibraz etmesi gereken Kurum artık taraf değil; ama fer'i müdahil olması acaba bu ilke yönünden yeterli olacak mı?

Üçüncü olarak Sayın Rüzgaresen usul ekonomisini tanımlarken basitliği anlatmadı. Acaba kasıtlı olarak mı yargılamanın basit yürütülmesini unsur olarak görmüyor? Başvurucunun yani taraflardan birinin davranışının sadece tazminattan indirim sebebi saydı. Halbuki illiyet bağını kesecek yoğunluktaysa o zaman dava açılmasını engellemez mi? Bu yönde düşünülebilir mi?

Son olarak Sayın Ermenek'in harçlar konusundaki kaygısına katılıyorum. Şu an hak arama hürriyetini kısıtlar boyuta geldi bu. Ama burada şöyle bir çözüm önerilebilir: Nisbi harçta şu anda en büyük sorun tavan olmamasıdır bence. Mutlaka bir tavan getirilmesi lazım. Binde altmışsekiz tavan

olmadığı için çok büyük rakamlara ulaşabiliyor. Örneğin, kırkbeş ellibin lira harç olan davalar oluyor. İdari yargı mahkemelerinde ön talep zorunluluğunun ben isabetli olduğu kanaatindeyim. Bu özel hukuka da teşmil edilmeli. Nitekim Torba Kanun'nla sadece idari mahkemelerde değil adli mahkemelerin verdiği kararlarda SGK'ya karşı ilamlı icra yapılamayacağı kuralı getirildi.

Doç. Dr. Evrim Erişir:

Sayın Karaarslan'a sorum olacak: Davayı aydınlatma yükümlülüğü altında para alacaklarının tahsili için ihtiyati tedbir talep edilirse acaba hakimin doğru talep sonucu bakımından bir işaret etme ödevinden söz edebilir miyiz?

İkinci sorum sayın Rüzgaresen'e: Alman Hukuku'nda herhangi bir düzenleme olmasa da yargılamanın makul süre içerisinde sonuçlandırılamaması durumunda bir başvuru yoluna içtihat yoluyla geliştirdiğinden söz etti. Türk Hukuku bakımından bu tartışılamaz mı? Özellikle Anayasa'nın 40. maddesinde bir temel hak ihlali olduğunda bir başvuru yolunun öngörülmesi mecburiyetinin Anayasa'da güvence altındayken böyle bir tartışma yapılamaz mı?

Son sorum da Sayın Ermenek'e: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70.maddesinin 6.fıkrasında eşitlik ilkesi bakımından eleştirdi. Tüketicinin aleyhine itiraz halinde nisbi vekalet ücreti öngörülüyor. Lehe sonuçlanması halinde öngörülmemiş denildi. Bu durumda genel hükümlerden istifade edilerek tüketici lehine vekalet ücreti düşünülemez mi? Ayrıca itiraz davası gerçekten bir dava mıdır yoksa bir hukuki çare midir bunu tartışmak gerekir. Eğer bir hukuki çare ise nisbi vekalet ücretini de ayrıca sorgulamak gerekir diye düşünüyorum.

Doç. Dr. Giray Erdönmez:

Sorularımdan birisi Nesibe Hanım'a: 220.maddenin 3.fıkrasında taraf, sırların korunmasıyla bağlantılı olarak kabul edilebilir bir mazeret gösterirse belgeyi vermekten kaçınabilir diyor. Davalı ticari defterlerimi vermek istemiyorum çünkü ticari sır içeriyor dedi. Bu beyanın doğru olup olmadığı incelemesi nasıl yapılacak? Eğer defter verilmeli karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkını engelleyemeyiz deyip onu da incelemeye sokarsak bu sırlar baştan ortaya çıkmış olacak; demezsek hukuki dinlenilme hakkına aykırı davranmış olacağız. Şunu diyebilir miyiz: hakim iki tarafı da dışarıda bırakıp eğer teknik bir bilgi gerektiren hal varsa bilirkişiye teknik bilginin olup olmadığına dair inceleme yaptırıp yargılamaya devam edebilir mi? Özellikle 158.maddenin 2. fıkrası ve 161.maddenin 2.fıkrası bir dayanak olarak gösterilebilir mi?

İkincisi Varol Karaarslan'a: Hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili işin genelde vakıalar boyutu incelendi. İşin bir de delil boyutu var. Delillerin verilmesi aşamasında aydınlatma ödeviyle ne kadar

yükümlü somutlaştırma yükümlülüğüyle bağlantılı olarak? 2014 tarihli bir kararda davacı birden fazla talepte bulunmuş. Hem sadakat yükümlülüğüne aykırı hem de fiziki şiddet uygulandığını davacı ileri sürüyor. Davacı tanık listesini ve isimleri ön inceleme aşamasından önce vermiş olmasına rağmen tarafa hangi vakıanın hangi delille açıklanacağının belirtilmesine ilişkin süre verilmesi hukuka aykırıdır şeklindeki kararı somutlaştırma yükümlülüğü kapsamında değerlendirir misiniz?

Prof. Dr. Abdurrahim Karslı: Eskilerin bir sözü vardır. İlimde istibdat taklidi intac eder. Bazı kavramları örneğin bir davanın niteliği budur gibi veya Hakan Hoca'mın şikayet bir dava değildir gibi, davayı atiye terki veya geri alınması gibi bu bir zımni kabul değil… Bu bir hukuki niteleme. Bence bunları yeniden düşünelim. Bu konuda bize müsaade edin.

Nedim Bey veya İbrahim Bey cevap verebilir: Onbin Lira'lık bir dava açtım. Sonra biz sulh olduk ikibin Lira'ya. Bu davada sulh olduğumuz miktarın niteliği nedir? Özellikle harçlar bakımından mahkeme nasıl karar verecek? Sulh kararının ve dışında kalan miktarın niteliği nedir? Buradaki harcın vasfını sormak istiyorum.

CEVAP BÖLÜMÜ

Yrd. Doç. Dr. Nedim Meriç:

Ben not aldığım soruları sırasıyla cevaplamaya çalışacağım. Birincisi 315. madde, Ramazan Hocam sordu. Taraflar sulh yaparlar, sulh sözleşmesinin içeriği bellidir. Mahkemeye sunarlar ve mahkeme buna göre karar verir. Yalnız bu mahkemenin vermiş olduğu karar olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü Kanun'un 154. maddesi tutanağın içerisinde düzenlenmesi gereken şeylerden biri olarak sulh müzakeresi ve müzakerenin sonucu ifadesini barındırdığı için burada tutanağın bir gücü vardır ki, Kanun kesin hükümden değil kesin hükmün sonuçlarını doğurmaktan bahsettiği için bence burada tutanağın gücüne atfetmek gerekir. İkincisi taraflar biz anlaştık diyerek noktayı koyarlar ve sözleşmenin içeriğini bilemeyiz. İçeriği bilinmediği için bir irade fesadıyla gerçekleşip gerçekleşmediğini de takdir edemezsiniz. Bunu ilamlı icra takibine koymanız da mümkün değil. Çünkü içerik konusunda bilgi sahibi olunamayacaktır. Yani bunun mahkeme hükmüne geçişi sadece tutanaktandır. Bence taraflar şöyle bir sulh yaptı denir ve buna göre davanın sona erdiğine dair bir belirlemede bulunurlar. Ancak bu belirleme gerçek bir hüküm değil tutanağın etkisidir. Sadece sulh yapılması nedeniyle davayı sona erdiren bir belirleme yapan karardır diye düşündüm. Tutanağın gücünden dolayı bu sulh tutanağının ilamlı icraya konu olabilir düşünüyorum. Ama eğer sulh yaptıklarını

belirterek ancak içeriğini belirtmeden mahkemeye sunuluyorsa burada davanın konusuz kaldığına karar verecektir. Tabii ki İcra ve İflas Kanunu'na göre ilamlı icrada kullanılabilecek belge değildir diye düşünüyorum. Zaten karara doğrudan sulhu yazıp ta kendi mahkeme hükmünü oluşturmuş olsa kesin hükmün etkisinden değil de kesin hükmün kendisinden bahsetmemiz gerekecektir.

Muhammet Hocam bir soru sordu: Somut vakıanın gösterilmemesi halinde 119. maddeye göre bir haftalık süre verilmesinden bahsetmiyor Kanun. Bence bakılması gereken maddelerden biri taraflarca getirilme ilkesinin düzenlendiği 25. madde. Maddeye göre Kanun'da öngörülen istisnalar dışında hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Ne yapılması gerekir? Vakıanın getirilmemiş gibi değerlendirilmesi gerekir diye düşünüyorum. Yani vakıa sunulmaması halinde davanın reddedilmesi gerekir.

Tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi ile ihsas-ı rey arasında nasıl bağlantı kurulabilir? Doğrudan bu ilkeler arasında bağlantı yok yalnız vakıaları ele alma konusunda gözönünde bulundurulması gerektiğini düşünüyorum. Yani bizim hakimin yargılamada ne yapacağını nerede duracağını tespit etmeliyiz. Yalnız tasarruf ilkesi ve taleple bağlılık ilkesi konusunda hakimin yetkisi taraflarca getirilmesi ilkesine göre daha az olacak. Orada delil kavramı var taraflarca getirilme ilkesinde. Hakimin yapabileceği şeyleri biraz daha genişletmekteyiz. Mesela bir keşif deliline, bilirkişi deliline, isticvaba hakim kendiliğinden başvurabilmekte. Ben ihsası rey kavramı açısından isticvap kavramının değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Orada geçen resen ibaresin tehlikeli olduğunu düşünüyorum. Çünkü hakim, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında belirsiz ve çelişkili noktaları aydınlatabilir. Ama kalkıp ta kendisi bir görev üstlenip kendiliğinden isticvapa karar verip kendiliğinden ikrar elde etmeye çalışması çok ağır bir hüküm diye düşünüyorum. Bunun gerekçesi de 25. maddenin ikinci fıkrasıdır. 25. maddenin 2. fıkrası; Kanun'la belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz der. Yani hakimin delil toplama yasağı, delil toplayamama görevi varken, delil toplaması bile mümkün değilken resen isticvapa karar verip ikrar elde etmeye çalışması bir taraftan bu hükümle çelişiyor diye düşünmekteyim. Belki burada ihsası reyle ilgili bir bağlantı kurulabilir.

Faiz eğer talep edildiyse asıl dilekçede, taleple bağlılık ilkesi çerçevesinde; ıslah dilekçesinde talep edilmediyse kanıma göre ıslah dilekçesinde ileri sürdüğünüz kalan alacak için faiz istenmemiş gibi değerlendirilmelidir.

Şanal Hocam soru sordu:

150. maddeyle ilgili dedi ki iki tarafın gelmeyeceklerini açıkladıkları durumda davanın geri alınması şeklinde değerlendirilebilir mi?

Bu duruma 150. madde çok açık biçimde dosyanın işlemden kaldırılması sonucunu bağlıyor. Bence tarafların duruşmaya gelmemesi ile biz davayı takip etmeyeceğiz demeleri farklı ağırlıktalar. Birinde çok açık biçimde her iki tarafın da bir beyanı açık iradeleri var. Hal böyle iken geri alma da düşünülebilir. Tabii ki geri almayla beraber derdestliğin de ortadan kalkması ve harçlara ilişkin de dahil olmak üzere diğer sonuçları da oluşmalıdır diye düşünüyorum. Yani gelmemekle ile gelip te takip etmeyeceklerini beyan etmeleri arasında farklılık bulunmalıdır. Tabii Kanun'daki açık hüküm dosyanın işlemden kaldırılması. Sadece kendi görüşümü aradaki farklılığı vurgulamak için söylemiştim.

Hakan Hoca'mın taraflardaki iradi değişikliğe ilişkin sorusuna söyle cevap verilebilir: Tezde de ben aynı düşüncemi belirtmiştim. Davacı tarafta iradi değişiklik olmaz demiyorum. Sadece bu davacının iradesiyle meydana gelmekte ise davacı konumunda olmayan üçüncü bir kişinin davaya alınabilmesi için davanın geri alınması ve bu davanın yeniden açılması şeklinde olur diye düşündüm. Bu düşüncemi destekleyen 124. maddenin son fıkrasında da hüküm var: "Bu durumda hâkim, davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmeder." Yani davalının çıkarılacağına dair genel bir düşünüş tarzı Kanun'un lafzından da anlaşılabilir. Bir de ihtiyari dava arkadaşlarının davacı tarafta sözkonusu durumda bunlardan biri dava açtıysa biz diğerini bu yolla davaya dahil edebilir miyiz? Kanımca bu mümkün değildir. Onun da ayrıca dava açması gerektiğini düşünüyorum.

Dosyanın işlemden kaldırılmasından üç ay geçmesi üzerine dosya üzerinden verilecek kararla ilgili Selçuk Hocam bir soru sordu: Dosya üzerinden karar verilebilmesi için kendisi de izah etti. Tahkikatın olgunlaşması gerekiyor. Zaten bizde 186. madde var: Sözlü yargılama ve hüküm için tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder. Taraflara çıkartılacak olan davetiyede, belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında hüküm verilir. Ancak dosya olgunlaşmamışsa iradeleri nedeniyle dosya işlemden kaldırılmalıdır. Sözlü yargılama aşamasında dosya olgunlaştığı için dosya üzerinden karar verme bir sakınca oluşturmaz diye düşünüyorum.

Son olarak Abdurrahim Hoca'm sordu: Geriye kalan 8000 TL ne olacak? Kesinlikle onun için eksik borç diyemeyiz. Belki onun için sona ermeyi

kabul etmemiz gerekir. Sulhü Borçlar Hukuku anlamında yenileme olarak değerlendirmemiz mümkün olabilir.

Yrd. Doç. Dr. Nesibe Kurt Konca:

Öncelikle Ramazan Arslan Hoca'mın sorusuyla başlamak istiyorum: Ramazan Hoca'm aleniyet ilkesinin hakimin bağımsızlığının teminatı olduğunu bu bağlamda gizli yargılama yapılması ile bu teminatın zayıflayıp zayıflamadığını sordu: Gizli yargılama yapılmasına ilişkin sebepler esas olarak mutlak değil Türk Hukuku'nda birtek çocuk yargılaması bakımından gizlilik sebebi var. Diğer hallerde hakim menfaat dengesini gözeterek ölçülülük çerçevesinde takdir yetkisini kullanmalıdır. Bireysel yarar mı kamusal yarar mı ağır basıyor buna göre karar verecek. Örneğin özel hayatın korunması sebebiyle gizlilik talebinde bulunulmuş bir davada gizlilik kararı verilmesi toplumda infiale yol açacak toplumda güveni zedeleyecekse hakim burada gizlilik talebini redderek aleni yargılama yapılmasına karar verebilir. Kanun'da buna engel yok. AİHM'in de böyle bir kararı bulunmaktadır.

Muhammet Özekes Hoca'm ihsas-ı rey bağlamında ilkeleri değerlendirmemizi istedi. Aleniyet ilkesi bağlamında söyleyebileceğim şu ki, aleniyet hakimin ihsas-ı reyde bulunup bulunmadığını görmemizi sağlar.

Sema Taşpınar Ayvaz Hocam 158.maddenin 2.fıkrası ile 161.madde arasında gizli duruşma yapılması ve tutanakların gizliliği arasındaki ilişkiyi sordu. Ülkemizde gizlilik kararı verilmesi o yargılamada tutanakların da gizliliği sonucunu doğurmuyor. 28. maddede bu husus düzenlenmemiş. Olması gereken hukuk açısından 28. madde kapsamında alınan gizlilik kararının dosya ve tutanaklar bakımından da uygulanması gerekmektedir. Bu husus ta kanunkoyucu, hakime dosyada bilgi ve tutanakların gizliliğine karar verme yetkisi vermiş. Ancak bunun ülkemiz uygulaması için pek bir anlamı yok. Çünkü Yönetmelik'in 42. maddesine göre bütün avukatlar dosyaları inceleyebiliyorlar. Bu madde gizliliği bertaraf eden niteliktedir, bu nedenle yeniden ele alınması gerekir.

Ali Cem Budak Hoca'mın 153.maddenin son fıkrasında kayıt ve yayın yasağına ilişkin sorusuyla ilgili olarak; kayıt ve yayın yasağının esas olarak üçüncü kişiler bakımından uygulama alanı bulduğu belirtilebilir. 153. madddenin 1. fıkrasına bakıldığında dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Basın yayın organları ülkemizde kayıt ve yayınları çok kötüye kullandılar. Bu bağlamda Amerika'da da O. J. Simpson davası çok tartışıldı. Mahkemelerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunması bağlamında bu ses ve görüntü kaydı yasağının yerinde olduğunu düşünüyorum. Ancak

mahkemenin ses ve görüntü kaydı yapmasında sakınca bulunmamaktadır. Fakat bu kayıt alınırken tarafların rahatsız edilmemesi gerekir diye düşünüyorum.

Güray Erdönmez Hoca'mın sorusuna cevap vermeye çalışacağım: Kanun'umuzda taraflar kabul edilebilir bir mazeretleri varsa belge vermekten imtina edebilirler şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükmün aleniyet ve hukuki dinlenilme hakkı bakımından değerlendirilmesi… Hukuki dinlenilme hakkının istisnaları aleniyet ilkesine göre çok daha dar kapsamlıdır. Tek başına hakime bu belgeleri inceleme yetkisi verilirse ve taraftan da saklanırsa hakime olan güvenimizin çok yüksek olması lazım. Bence bu bir paradoks. Kabul edilebilir mazeretten belki kanun koyucu belgenin temin edilememesini kastetmiştir diye düşünüyorum. Ticari sırlara ilişkin bir kanun tasarısı bulunmaktadır. Bu tasarıya hakimin konuyla ilgili yükümlülükleri de eklenmelidir düşüncesindeyim.

Yrd. Doç. Dr. Varol Karaarslan:

Ramazan Arslan Hoca'mızın sorusuyla başlıyorum. Hakim yemin deliline resen başvurabilecek midir? Öncelikle davayı aydınlatma ödevinin hangi delillere resen başvurulabileceğine dair bir düzenleme içermiyor. Aydınlatma ödeviyle bağlantılı olarak, dava dilekçesinde yemin deliline başvuracağını taraf belirtmişse ona yemin delili hatırlatılabilir. Fakat vesair deliller ifadesinden böyle bir hatırlatma yükümlülüğü doğmamalıdır.

Muhammet Hoca'nın sorusu, vakıaların somutlaştırılması 194. madde… Hakimin davayı aydınlatma ödevinin bir parçası olarak vakıa somutlaştırılmamışsa hakimin tarafa davayı somutlaştırılması için işaret etmesi gerekir. Ancak burada somutlaştırılacak vakıalara yakından bakılmalıdır. 194. maddenin gerekçesinde genel geçer ifadelerle buna işaret ediliyor. Vakıa iddialarının doğru düzgün ortaya konmamış olması bir eleştiri konusu. Şu kadar alacağım var denilmesi aslında somutlaştırmaya imkan veren bir ifade değil aslında. Burada 25. maddenin gerekçesinden başka bir sonuca varıyorum. Orada; eğer koşul vakıalar eksikse hakim taraflara bunu hatırlatabilir. Bu anlamda bir olayı bir vakıayı net bir şekilde ortaya koyma noktasında eğer birkaç husus eksikse hakimin aktif olması gerektiğini düşünüyorum. Ancak aksi halde tamamen eksik veya bir iki cümleyle maddi vakıa içermeyen bir dava dilekçesiyle bunu hakime devretmek tarafsızlık sorumluluğuna da aykırıdır diye düşünüyorum. Bu anlamda tarafın veya vekilinin sorumlu olması Kanun'un kabul ettiği sistem. Geçici hukuki kanaat paylaşmak ihsası rey değildir. Bu anlamda hakim, sonradan değişmesi muhtemel görüşünü taraflarla paylaşırsa daha sağlıklı ve taraflar için daha açık ve adil bir yargılamanın olacağı kanaatindeyim.

Seracettin Bey de somutlaştırma yüküne dair bir soru sormuştu: Dava dilekçesinde eksiklik varsa veya hukuki sebep bakımından açıklama yaptırılabilir mi? Yani taraflar açıklama yapmazlarsa yaptırımı ne olacaktır şeklinde. Yapmazlarsa yaptırımı kendi aleyhlerine hüküm verilmesidir. Yani aydınlatma ödevinde de belirtildiği üzere temel noktamız, hakimin tarafları kendi lehlerine işlem yapmaya teşvik etmesidir. Yoksa tarafların yerine geçerek işlem yapmak veya zorla işlem yaptırmak yani onların ağzından çıkmamış şeyleri tutanağa geçirmek değildir. Bu anlamda tasarruf ilkesi geçerlidir. Bir taraf kendi hakkına ihtimam göstermiyorsa bunun sonuçlarına katlanacaktır demektir.

Belirsiz alacak ve kısmi davada hukuki nitelendirme hakime mi aittir? Evet, fakat burada her iki dava bakımından uygulanacak hükümler birbirinden farklıdır. Davanın menfaatini de düşünmemiz gerekiyor. Gerek zamanaşımı gerek davanın daha sonra ıslahı konularında davalının menfaatleri de gözönüne alınarak hakimin aktif olması doğru değil. Ancak olması gereken hukuk bakımından bunun tartışılması gerektiğini düşünüyorum. Yani mesela Alman Hukuku'nda eda davasında davanın usulden reddedilmesi yerine bu davanın tespit davasına dönüştürülmesini önerebiliyor. Fakat bu, aynı zamanda davayı genişletme yasağıyla yakından ilgili bir konu. Kanun'daki bu şekliyle mümkün olmadığı kanaatindeyim.

Evrim Bey, para alçakları için ihtiyati tedbir talebinde bulunulursa hakim işaret edebilir mi? Tarafın ne talep ettiğinin belirli olması gerekir. Fakat ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları bizde Yargıtay kararlarında dahi karıştırıldığı, hukuki dinlenilme ve ispat hakkı bakımından kolaylaştırılmış hükümler sevkedildiği için bu talebe olumlu ya da olumsuz cevap verilmesi gerekir diye algılıyorum. Aslında hakimin tarafa tam olarak ne istediğini açıklatması gerekir kanaatindeyim.

Güray Bey'in sorusunu delillerin getirilmesi noktasında hakimin müdahalesi ne kadar olabilir şeklinde hatırlıyorum. Bu noktada tahkikat aşamasında vakıaların ispat edilip edilmediği eğer edilmemişse hakimin ispat yükünün kimin üzerinde olacağını hatırlatması yükümlülüğü olması gerekir diye düşünüyorum.

Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan Aslan

Özekes Hoca'mız hakim değişikliğinin doğrudanlık ilkesine etkisini sordu: Uygulamada pekçok sebeple hakim değişikliği ile sıkça karşılaşılıyor. Peki bu durumda doğrudanlık ilkesinin uygulanması için ne yapılabilir? Aslında HMK'nın pekçok maddesinde yol gösterici hükümler bulunmaktadır. Mesela HMK m. 295/2'de "Hükmü, yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği duruşmada hazır bulunan hâkim veya hâkimler verir. Bu şekilde

hüküm verebilecek hâkimlerin tamamı hazır bulunmadıkça hüküm hakkında görüşme yapılamaz." denilmektedir. Yani hükmü veren hakimin delillerin toplanmasında da hazır bulunan hakim olmasını özellikle vurgulamış kanunkoyucu. Ayrıca bu konuda bir eksiklik meydana gelirse tarafların tekrar dinleneceğinden bahsedilmiştir. Yeni gelen hakimin, beyanları ve vakıaları kendinin tutanağa geçirtmemiş olması, hukuki dinlenilme hakkıyla alakalıdır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, taraflara delil göstermesi için makul bir süre verilmesi gerekir bu adil yargılanma hakkının bir gereğidir der.

Doğrudanlık ilkesiyle ilgili önemli bir mesele bilirkişiliktir. Burada 279. maddesinde yer alan mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü sözlü olarak açıklamasına karar verirse, bilirkişinin açıklamaları tutanağa geçirilir ve tutanağın altına bilirkişinin de imzası alınır. Kurul hâlinde görevlendirme söz konusu ise bilirkişilerin bilgilerine başvurulan hususu hemen aralarında müzakere etmelerine imkân tanınır ve müzakere sonucunda açıklanan oy ve görüş, tutanakla tespit edilip; tutanağın altı, bilirkişilere imza ettirilir hükmü doğrudanlık ilkesini korumaya yöneliktir. Bu durumda da yine uygulamanın tavrı önemli. Doğrudanlık ilkesinin katı uygulanmasının adil yargılanma hakkının kullanılmasını da sağlayacağından dikkat edilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Doç. Dr. Seda Özmumcu

Mustafa Bey'in kadastro davalarına ilişkin sorularıyla ilgili olarak çekişmeli yargıda olmasına rağmen Yargıtay kararları ışığında 29, 30 ve 36. maddelerde re'sen araştırma ilkesinin varlığını tespit edebildiğimi söyleyebilirim. İş Hukuku'na ilişkin her davada resen araştırma ilkesini uygulamadığımız gibi kadastro yargılamasında da bütün uyuşmazlıklarda uygulanacak diye bir kural yok.

Boşanma davalarıyla ilgili tanığın dinlenmesiyle ilgili değil de kamu düzenine ilişkin olması ve ailenin toplumun en küçük bireyi olması nedeniyle resen araştırma ilkesinin uygulanması gerekir diye düşünüyorum. Yani hakim, boşanma davalarında tarafların getirdiği dava malzemesiyle yetinmeyip kendi araştırma yetkisini kullanması gerektiğini düşünüyorum. Tanıkların olayla nasıl ilgisinin olduğu olayın nasıl geliştiği ve böylece maddi gerçeği arama amacı gerçekleştirilmeye çalışılmalıdır. Ancak mevcut vakıalar üzerinden inceleme yapılmalıdır.

Mustafa Özbek Hoca'm son Torba Yasa'da yer alan hizmet tespit davalarını söyledi.

Doç. Dr. Cumhur Rüzgaresen

Hakan Hoca'mın usul ekonomisinin pabucu damda mı şeklindeki cümlesiyle ilgili olarak; tabii adil yargılanma ilkesi bir üst norm. İçerisinde aleniyet ilkesi var, hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı var, usul ekonomisinin bir unsuru olan makul sürede yargılanma var. Bu nedenle aslında adil yargılanma, karma bir ilkedir. Ancak sistematik olarak bu alt ayrımların yapılmasının faydalı olduğunu düşünüyorum.

Belirsiz alacak davası belirli hale geldikten sonra yani belirli alacak davası olarak devam edilmesine usul ekonomisi referans olarak gösterilebilir mi? Usul ekonomisini her yerde kullanmak çok doğru değil ama eğer davalar nitelik olarak birbirine yakınsa kanaatim belirli alacak davası şeklinde devam edilebileceğidir. Davanın türünü değiştirmiş olur mu? Bunun her dava için ayrı değerlendirmek gerekir. Tabii ki bir eda davasına inşai bir dava olarak devam edemeyiz. Buna benzer bir tartışma İcra ve İflas Kanunu'nda itirazın iptali davası için var. Dava devam ederken borçlu borcunu öderse Yargıtay'ın ifadesiyle bir tahsil davası olarak devam eder mi? Yargıtay usul ekonomisi dikkate alınarak edilebileceği görüşünde.

Sayın Özbek'in sorusu, usul ekonomisinin unsuru olarak basitliğin ele alınmamasının sebebi idi. Basitlik unsurunu düzenli yargılama yapılmasının bir alt unsuru olarak gördüğüm için direk vurgulamadım. Ama tezimde bunu inceledim.

Diğer bir soru; usul ekonomisinin ihlali konusunda taraflardan birinin ağır kusuru varsa bu illiyet bağını keser mi idi. Bu soruya cevap verebilmek için usul ekonomisinin emrediciliğine bakmak gerekir. Hem Anayasa'da hem de Yasa'da direk bir emredicilik yüklemiştir mahkemeye. Dolayısıyla taraflar ne kadar kötüniyetli olursa olsun mesela taraflardan birisi sürekli mazeret dilekçesi vererek yargılamayı uzatıyor daha sonra bu yargılama çok uzun sürdü makul süre ihlal edildi şeklinde bireysel başvuruda bulunabilir mi? Ama şunu da görmemiz lazım; diğer bir ilkemiz daha var, yargılamanın sevk ve idaresi ilkesi. Dolayısıyla bu iki ilke karşısında Devlet'in kusurunun sıfırlanamaz olduğunu düşünüyorum.

Sayın Evrim Erişir Bey'in sorusu; Alman Hukuku'nda içtihatla kabul edilen şikayet yolu bizde de uygulanabilir mi? Tabii bu uygulamanın sorunu. Teorik olarak evet diyebilirim.

Baki Kuru: Asıl soru, harç meselesi. Davacı harçtan muaf, TMSF. Davalı temyiz edemiyor, harç yatıramıyor. Yargıtay'ın yeni bir kararı var. Bir taraf harçtan muafsa diğer taraf ta maktu harçla davasını açıp takip edebilir.

Harçla ilgili diğer bir mesele, harcı davacıdan davayı kaybederse onun müeyyidesi olsun diye. Davayı kaybederse iade ediyor.

Doç. Dr. İbrahim Ermenek

Davalının harçtan muaf olmasının davacı açısından nasıl bir riski olabilir? Şayet dava, harçtan muaf değilse davacının en başta ödediği dörtte bir harcı geri alamama riski var. Fakat davalı harçtan muafsa davacı açısından böyle bir risk bulunmamaktadır. Tüketici uyuşmazlıklarında bu yüzden maktu harç talep edilmesini usul ekonomisi ilkesine aykırı buluyorum. Fakat bunlar mali bir yükümlülük olduğu için yine de bir yasal düzenleme gerektiğini düşünüyorum.

Sayın Mustafa Özbek, nisbi harçlar bakımından bir tavan öngörülmeli midir diye sormuştu? Zaten konuyu anlatırken Anayasa'nın tamamına şamil olan ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu ve bu nedenle de daha önceki Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi kesin açık ve bütün unsurları anlaşılır olan bir kanun hükmüne ihtiyaç olduğunu söylemiştim. Bu yüzden de Mükerrer 138. maddenin son derece muğlak olduğunu ve bu muğlaklığın yürütme tarafından sürekli lehine yorumlandığı sözkonusu oranları arttırdığını söylemiştim. Bu nedenle Sayın Özbek'in görüşüne kesinlikle katılıyorum.

Sayın Evrim Erişir'in tüketici hukukundan kaynaklanan bir sorusu vardı: İtiraz davasında tüketici aleyhine karar verilirse vekalet ücretine hükmedilmekte iken; tüketici lehine karar verilmesi halinde hükmedilemez mi? Aslında 4077 sayılı Kanun'da bu konuda hiçbir düzenleme yoktu. Yargıtay bir kararında itiraz yoluyla tüketici mahkemesine yapılan başvurularda tüketici mahkemesinin vekalet ücretine hükmetmesine yasal bir engel yok. Bu nedenle hükmedilebilmeli diyordu. O zaman bunu savunmak çok daha kolaydı. Fakat Kanun değiştikten sonra bu konuda yapılan açık düzenlemeler nedeniyle artık bunun çok daha zor olduğunu düşünüyorum. Nitekim Barolar Birliği'nde bu düzenleme yapıldığında da söylemiştik. Nitekim Danıştay da yürütmeyi durdurdu. Buradaki asıl sorun, Anayasa Mahkemesi'nin tüketici hakem heyetlerini bir yargılama mercii olarak kabul etmemesinden kaynaklandı. Ama bu defa da Anayasa'nın 36. ve 172. maddesiyle ilgili problem yaşıyoruz. Anayasa'nın 172. maddesine göre korunması gereken tüketiciyi, yargı mercii olmayan ve yapmış olduğu faaliyette yargılama niteliğinde olmayan bir mercie zorunlu olarak başvurdurtuyoruz. Bu tamamen tüketici hukukunun özüne aykırı. Sorunun devamında bu itiraz davasıyla ilgili bir sorunuz vardı. Ben tüketici hakem heyetlerinin bir mecburi tahkim olduğunu tüketici mahkemeleriyle aralarındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğunu bunların bir yargı mercii olduğunu ve yargılama faaliyeti yaptığını düşünüyorum. Bu nedenle de Kanun'un belirttiği itiraz davasının tipik bir kanun yolu olduğu görüşündeyim.

Son olarak Abdurrahim Hoca'm sulh sözleşmesine ilişkin olarak onbin liralık bir dava açıldığında ikibin lira için sulh olursak geriye kalan sekizbin lira için ne olur diye sormuştu: Bence burada tarafların iradesine bakmak gerekiyor. Şayet taraflar sulh sözleşmesine göre mahkeme kararıyla sona ermesini istemişler ve sulh sözleşmesi yapılırken yargılama giderlerinin nasıl paylaştırılacağı kararlaştırılmamışsa, bu ihtimalde dava mahkeme kararıyla sona eriyor. Böyle bir durumda ikibin liranın kabulüne sekizbin liranın reddine hükmedilmiş gibi yargılama giderlerine hükmedilecektir. Fakat taraflar mahkeme kararıyla sulhe göre sonuçlanmasını istememişlerse yani davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde bir karar verilmişse bu defa da dava taraf iradesiyle sona erdiğinden kısmi feragat ve kısmi kabul hükümlerine göre yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Baki Kuru

Kapatırken iki dakika kendime söz vereceğim. HMK m. 1: Görev kamu düzenindendir. Valla billa kamu düzenindendir. Şimdi size kamu düzeniyle ilgili bir olay anlatacağım. Bir banka, yapılan alışverişe karşılık belli miktar prim vermeyi vaadetmiş. Banka vermeyince müşteri, bankaya altıbin liralık bir dava açmış. Nerede? Tüketici mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesinde (orta Anadolu- iç Anadolu vilayetlerinden birinde) mahkeme hem asliye hukuk mahkemesi ama tüketici mahkemesine de o bakıyor. Hakim, hayır bu tüketici mahkemesinin görevine girmez asliye hukuk mahkemesinin görevinin girer diye görevden reddetmiş. Edememesi lazım bence, tüketici mahkemesi sıfatıyla bakması lazım… Yargıtay bozmuş. Hakim ısrar etmiş. Hukuk Genel Kurulu bozmuş tüketici mahkemesi sıfatıyla bak diye. Aradan dört buçuk yıl geçmiş. Altıbin liralık davanın tüketici mahkemesinde görüleceğine karar verilmiş. Bunun kamu düzeni neresinde arkadaşlar? Onun için eski HUMK'un sonunda pek açık olmayan şu hüküm vardı: sonuca etkili olmayan usul hataları bozma sebebi teşkil etmez. Aynı şekilde HUMK m. 7'de de buna paralel hüküm içeriyordu. Yeni kanunda buna yer verilmemiş. Şimdi bütün bu ilkelerde de aynı şekilde. Bu ilkelere uyulmamış olması, yalnız başına bozma sebebi teşkil etmemelidir. Eğer sonuca etkiliyse bozma sebebi teşkil etmelidir. Eğer bu ilkeyi iyi uygularsak sanıyorum davaların daha kısa sürmesi sağlanabilir.

II. GÜN

BOŞANMA DAVALARINDA GEÇERLİ OLAN YARGILAMA İLKELERİ*

Prof. Dr. İbrahim ERCAN**

A. GENEL OLARAK

Aile devletin ve toplumun temeli olduğu için devlet, ailenin sağlıklı işleyebilmesi için gerekli ekonomik, sosyal ve hukuki önlemleri almak zorundadır. Nitekim Anayasamızın "Ailenin Korunması" kenar başlıklı 41 inci maddesinde, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı ve gereken teşkilatı kuracağı belirtilmektedir.

Ayni şekilde Alman, Avusturya ve İsviçre hukuk sistemlerinde de ailenin toplumun temeli olduğu gerçeği[1] ve bu nedenle, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların diğer hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara göre farklı usul ilkelerine bağlanması gerekliliği kabul edilmiştir. İşte ailenin toplum hayatındaki öneminden dolayı kanun koyucuları aile hukukuna ilişkin uyuşmalıkları diğer hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklardan farklı hükümlere tabi kılmıştır. Bu davalarda, ailenin korunması adına hâkime daha fazla yetki ve yükümlülük yüklendiği görülmektedir. Hâkim bu davalarda diğer hukuk davalarına oranla çok daha aktif olmak durumundadır.

B. HUKUKUKİ DÜZENLEMELER

I. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre hukukunda Federal Medeni Usul Kanunu (Schweizerische Zivilprozessordnung-İsvZPO-) yürürlüğe girmeden önce boşanma davalarına ilişkin usul hükümleri temelde kanton usul kanunlarında düzenlenmekle birlikte, özellikle hakimin rolü konusunda İsviçre Medeni Kanununda (Schweizerisches

---

* Bu çalışma esas itibariyle 17-18 tarihleri arasında Isparta'da düzenlenen on ikinci Medeni Usul ve İcra ve İflâs Hukukçuları toplantısında tebliğ olarak sunulmuş, daha sonra üzerinde çalışılarak Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağan'ında yayınlanmıştır. Buradaki metin ise, Armağan'da yayınlanan metnin belirli ölçüde özeti niteliğindedir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Anayasamızda olduğu gibi, Alman (Art. 6, I GG) ve İsviçre Anayasalarında (Art. 14 BV) da aile anayasal koruma altına alınmıştır.

Zivilgesetzbuch –ZGB-) da çok önemli hükümler öngörülmüştü. Türk Medeni Kanununun 184 üncü maddesine (eski 150 nci madde) mehaz teşkil eden ZGB m. 158'de bu konuda önemli hükümler öngörülmüştü. Daha sonra İsviçre'de 01.01.2000 yılında yürürlüğe giren yeni boşanma hukuku ile[2] bu hükümlerde değişiklikler yapıldı. Böylece boşanma davalarında hakim ve tarafların rollerine ilişkin bu hüküm kısmen değiştirilmek suretiyle ZGB m. 139'a alındı.

Öte yandan 19 Aralık 2008 Tarihli ve 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanununda da kanton usul kanunlarında olduğu gibi aile hukukuna ve bu arada boşanma davalarına ilişkin oldukça ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. Daha önemlisi söz konusu Kanununla İsviçre Medeni Kanununda yar alan boşanma davalarına ilişki usul hükümleri de (135-149 maddeleri) yürürlükten kaldırılmıştır[3]. Esasen boşanma davalarına ilişkin usul hükümlerinin Medeni Kanununda düzenlenmesinin nedeni, İsviçre'nin yönetim yapısından kaynaklanmaktaydı. İsviçre'de usul kanunları kantonal oldukları için, İsviçre Kanun Koyucusu boşanma davalarına ilişkin hükümlerin bütün ülkede mümkün olduğu kadar yeknesak uygulanmasını sağlamak için, bu davalara ilişkin hükümlerini Federal Kanun olan Medeni Kanunda düzenlemişti. Federal Medeni Usul Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu gereklilik ortadan kalktığından, söz konusu hükümler usul kanununda düzenlenmiş ve Medeni Kanundaki hükümler de yürürlükten kaldırılmıştır.

Sonuç olarak İsviçre Kanun Koyucusu aile hukukuna ilişkin davalardaki usul hükümlerini prensip olarak Federal Medeni Usul Kanununda düzenlemeyi tercih etmiştir.

II. ALMAN HUKUKU

Alman hukukunda aile hukukundan doğan davalara ilişkin usul hükümleri Alman Medenî Usul Kanununun (ZPO) altıncı kitabında, aile işlerine ilişkin usul (Verfahren in Familiensachen) başlığı altında düzenlenmişti.

Alman hukukunda aile hukukunda doğan davalar için özel hükümler öngörülmesinin nedenleri olarak, evliliğin korunması, ekonomik yönden zayıf olan eşin korunması ve çocukların korunması olarak gösterilmektedir.

Alman Medeni Usul Kanununun aile hukukuna ilişkin davaları düzenleyen hükümler, çok dağınık olması ve uzmanların bile zor anladığı bir sistem olmasından dolayı eleştiriliyordu. Bu eleştirilen etkisiyle Almanya'da 1 Haziran 2008 tarihli Aile Hukukuna Ait Davalar ile Çekişmesiz Yargıya İlişkin

[2] Bu konuda Bkz., **Meier, I./Schneller, M.,** Scheidungsverfahren nach revidiertem Recht – unter besonderer Berücksichtigung des Zürher Zivilprozessrechts, Zürich 1999; **Spühler, K,** Neues Scheidungsverfahren, Zürich 1999.

[3] Bkz., İsvZPO m. 402 gereğince Kanuna eklenen Ek 1 Nr. 3.

Reform Kanunu ile Aile Hukukuna İlişkin Davalar İle Çekişmesiz Yargıya İlişkin İşler Kanunu (Das **Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit -FamFG-**), kabul edildi ve 1 Eylül 2009 tarihinde yürürlüğe girdi.

Söz konusu Kanun ile birlikte Alman Medeni usul Kanunundaki aile hukukuna ilişkin davalara ilişkin hükümler de yürürlükten kaldırıldı[4]. Böylece aile hukukuna ilişkin bütün hususlar bu özel kanunda düzenlenmiş oldu. Bu kanunda aile hukukundan doğan bütün işler bir arada toplanmıştır.

Bu Kanunun aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar açısından temel amacı, aile hukuku konusunda geçerli olan hüküm dağınıklığını ortadan kaldırıp, aile hukukundan doğan bütün uyuşmazlıkları toplu halde düzenlemek ve çok zor anlaşılan Medeni Usul Kanununu hükümleri yerine uzman olmayanlar tarafından bile rahat anlaşılabilecek bir düzenleme getirmektir[5].

III. AVUSTURYA HUKUKU

Avusturya hukukunda aile hukukuna ilişkin usul hükümleri Evlilik Kanunu (**Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung*im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet.* Vom 6. Juli 1938)** ile Avusturya Medeni Usul Kanununun (AvZPO) 460, 483a maddelerinde düzenlenmiştir. Özellikle AvZPO m. 460'ta boşanma davalarında geçerli olan usul hükümleri konusunda önemli düzenlemeler bulunmaktadır.

IV. TÜRK HUKUKU

Türk hukukunda boşanma davalarına ilişkin usul hükümleri değişik kanunlarda dağınık olarak düzenlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz Anayasanın 41 inci maddesinden başka, 14.01.1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 22.11.2001 tarihli ve 4721 Türk Medeni Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin hükümleri ve son olarak 09.01.2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'u bu kapsamda örnek olarak göstermek mümkündür.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun "Usul Hükümleri" başlığını taşıyan 7 nci maddesinde,

---

[4] Söz konusu hükümler, Aile Hukukuna ve Çekişmesiz Yargı İşlerine İlişkin Reform Kanununun (Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwiligen Gerichtsbarkeit -FGG Reformgesetz- FGG-RG) 29/1 maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[5] Bknz., **Musielak, Hans-Joachim/Borth, Helmut/Grandel, Mahhias**, Familiengerichtliches Verfahren, 1. Und 2. Buch, 4. Neubearbeitete Auflage, München2013, (FamFG Einleitung) Nr. 1 ve Nr. 4; **Ptütting, Hanns/Helms, Tobias (Herausgegeber),** Familiengerichtliches Verfahren, 3. Auflage Köln 2014, Einleitung Nr. 9; **Schulte-Bunert, Kai/Weinreich, Gerd,** Familiengerichtliches Verfahren, Kommentar, Luterhand 2009, Einleitung Nr. 7 vd.

aile mahkemelerinin görevli olduğu dava ve işlerde uygulanan usul kuralları hakkında özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu maddeye göre, "Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanunun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır".

Aile Mahkemelerindeki uyuşmazlıklarda uygulanabilecek olan TMK'daki bazı usul hükümleri ise şunlardır: m. 138, 146, 160, 168, 177, 182, 184, 201, 207, 214, 222, 241, 243, 245, 261, 283 – 291, 294, 297 – 299, 301, 302, 326, 329, 365, 388.

Bu hükümlerden şüphesiz en önemlisi, boşanma davalarında uygulanacak yargılama kurallarını düzenleyen TMK'nın 184. maddesidir. Bu maddeye göre, "Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir:

1. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz.

2. Hâkim, bu olgular hakkında gerek re'sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez.

3. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz.

4. Hâkim kanıtları serbestçe takdir eder[6].

5. Boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.

6. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir".

[6] Bu hükmün dışında HMK m. 198 (HUMK m. 240)'da hâkimin delilleri serbestçe takdir etme yetkisi genel olarak bütün hukuk davaları için öngörülmüştür (Bu konuda bkz. **Yıldırım, M. Kâmil,** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990). Söz konusu maddeye, göre, kanunun tayin ettiği haller dışında hâkim, delilleri serbestçe takdir eder. Gürdoğan (**Gürdoğan**, **Burhan**, Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925-1975, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977**,** s. 205), bu hükümden hareketle, boşanma davaları bu konuda istisna getirmediğinden, HUMK m. 240'ın (HMK m. 198) boşanma davalarında da geçerli olduğunu, dolayısıyla, TMK m. 184/4 (eski 150/4)'ün gereksiz bir hüküm haklı olduğunu belirtmektedir. Aynı düşüncede **Sungurtekin-Özkan, Meral**, Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – I, Eskişehir 2003, s. 82. Ancak, bazı durumlarda hâkimin delilleri serbestçe takdir etme yetkisi sınırlandırılabilir. Gerçekten, TMK m. 165'deki akıl hastalığı sebebiyle boşanma davasında, hâkimin resmi sağlık kurulundan hastalığın geçmesinin mümkün olup olmadığı konusunda resmi sağlık kurulu raporu alması gerekir. Raporda davalı eşin iyileşme ihtimalinin bulunmadığı tespit edilmişse, hâkim, boşanma kararı vermek durumundadır.

TMK m. 160'da evlenmenin butlanı davasındaki yargılama usulü için boşanmaya ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır. Böylece, yukarıda belirtilen TMK m. 184'teki usul ilkeleri, boşanma ve ayrılık davaları dışında evlenmenin butlanına ilişkin davalarda da uygulama alanı bulacaktır.

C. MEDENİ USUL HUKUKUNDA GEÇERLİ OLAN İLKELERİN BOŞANMA DAVALARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. TASARRUF İLKESİ

1. Türk ve İsviçre Hukuku

Yukarıda belirtilen hükümler incelendiğinde Türk ve İsviçre hukuklarında aile hukukundan doğan davaların yargılamada geçerli olan ilkeler açısından diğer hukuk davalarına göre farklılık gösterdiği görülmektedir[7].

Medenî usul hukukunda geçerli olan ilkeler içerisinde en önemli olanlardan birisi hiç kuşkusuz tasarruf ilkesidir. Tasarruf ilkesine göre, dava üzerinde tasarruf etme yetkisi taraflara tanınmıştır. Tarafların bu yetkisi, davayı açıp açmama, açılacak davanın konusunu belirleme, istedikleri zaman açtıkları davayı sona erdirme ve son olarak hükme karşı kanun yollarına başvurma şeklinde kendini göstermektedir[8].

Tasarruf ilkesi HMK m. 24'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Ayrıca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.

İsviçre hukukunda yargılamaya ilişkin temel ilkeler İsvZPO m. 52-58 arasında düzenlenmiştir. İsviçre Federal Medeni Usul Kanununun 58 inci maddesinin birinci fıkrasında tasarruf ilkesi düzenlenirken, ikinci fıkrasında da mahkemenin tarafların talepleriyle bağlı olmadığını düzenleyen kanuni düzenlemeler istisna tutulmuştur.

---

[7] Belirli bir hukuk sisteminde, salt bu ilkelere dayanarak, dava malzemesinin toplanması yetkisinin kime ait olacağı sorununun çözümlenemeyeceği konusunda bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 201.

[8] Bu konuda bkz., **Meriç, Nedim**, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.

Ancak resen harekete geçme ilkesi, sadece ikinci ve üçüncü aşamalar için tasarruf ilkesinin istisnasını oluşturabilmektedir. Birinci aşama yani davanın taraflarca açılması ilkesi açısından bir istisna söz konusu değildir[9].

Tasarruf ilkesi, aile hukukundan doğan davalarda da önemli ölçüde uygulanmaktadır. Gerçekten tasarruf ilkesinin **birinci görünümü** olan kendiliğinden dava açılamayacağı kuralının istisnası yoktur[10]. Başka bir ifade ile dava açıp açmamak, karşılık dava açmak ve uyuşmazlığı bir üst dereceye taşımak, boşanma davalarda da tarafların tasarrufundadır (HMK m. 24/1,2).

Ancak TMK m. 169'a göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır.

Tasarruf ilkesinin ikinci görünümü, dava konusunun belirlenmesinde kendini göstermektedir. Bu konuda da Türk hukukunda prensip olarak tasarruf ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla dava konusunu belirleme tarafların tasarrufundadır[11]. Ancak TMK m. 170/3'e göre hakim, boşanma davası açılmasına rağmen, ortak hayatın yeniden kurulma ihtimali bulunması halinde ayrılığa karar verebilir[12]. Buna karşılık dava yalnız ayrılığa ilişkinse boşanmaya karar veremez.

Buna karşılık mehaz Kanunda 2000 yılında yapılan değişiklikten sonra artık boşanma davasında kendiliğinden ayrılığa karar vermesi mümkün değildir[13].

İsviçre hukukunda boşanma davasının her zaman ayrılık davasına dönüştürebileceği açıkça düzenlenmişti (ZGB 138/2). Buna karşılık Federal Medeni Usul Kanunu m. 293'te ise, boşanma davasının davanın başından

---

9 **Hurni, Christoph in: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg),** Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO, Bern 2012, Art. 58 Nr. 62.

10 Türk Medenî Kanunu, kamu düzenini ilgilendiren bazı durumlarda (m. 89, 138,146, 291, 293, 294, 298) istisnai olarak Cumhuriyet Savcısına dava açma yetkisi vermektedir. Esasen, burada gerçek anlamda bir istisna söz konusu değildir. Çünkü hâkim burada da kendiliğinden değil, savcının talebi üzerine davaya bakmaktadır (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 400; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 352; **Kuru, Usul**, C. II, s. 1918; **Ercan**, s. 34, dn. 138), **Ulukapı** s. 113..

11 Mahkeme iştirak nafakasına resen karar verebilir ise de, talep olduğu takdirde talepten fazlasına karar veremez 2. HD., 30.04.2012, E. 2012/7103, K. 2012/11219;Tedbir nafakası talep eden ve yoksulluk nafakası talep etmeyen eşe lehine resen yoksulluk nafakasına karar verilmesi usule aykırıdır.. 2. HD.. 04.07.2012. *E. 2912/331; K. 2012/18546 NO. 6;*Davacının talebinden daha fazla tedbir ve yoksulluk nafakasına hükmedilemeyeceği konusunda 2. HD., 17.12.2012, E.2012/13272, K. 2012/3050 (Kararlar için bkz. **Ateş, Mustafa**, HMK Yargıtay İlke Kararları, 1. Cilt, Ankara 2014, s. 271 vd.).

12 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 199 – 200; **Ercan**, s. 50–51; Bu konuda başka bir örnek de Kadastro Kanunu m. 28'de düzenlenmiştir (Bkz., **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 200 dn. 2).

13 **Ercan** s. 51. dp. 250.

hüküm hakkındaki müzakere zamanına kadar ayrılık davasına dönüştürülebileceği düzenlenmiştir.

Ayrılık davasının boşanma davasına dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği konusunda ise, ZGB'de açık bir düzenleme bulunmamakta idi. İsviçre hukukunda bu hususun kanton usul kanunlarına bırakıldığı kabul edilmekteydi. Federal Medeni Usul Kanunu bu konuda da açık bir düzenleme öngörmüştür. Gerçekten İsvZPO m. 294/2'de boşanma davaları gibi, ayrılık davalarının da hüküm hakkında müzakere yapılıncaya kadar boşanma davası şeklinde değiştirilebileceği açıkça düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ise, boşanma davasının ayrılık davasına dönüştürülmesi ıslaha bile gerek olmadan kabul edilmektedir[14]. Buna karşılık ayrılık davasının boşanma davasına dönüştürülüp dönüştürülememesi konusu tartışmalıdır. Yılmaz kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ıslaha gerek olmadığını belirtip boşanma davalarını bu kapsamda görmektedir[15] Kanaatimce hakim boşanma yerine ayrılığa kendiliğinden karar verebilirken, ayrılık davasında kendiliğinden boşanma karar veremediği için, ayrılık davasının ıslaha gerek olmadan boşanma davasına dönüştürülmesi mümkün olmalı, buna karşılık ayrılık davasının boşanma davasına dönüştürülmesi ancak genel hükümler (karşı tarafın muvafakati veya ıslah) çerçevesinde mümkün olmalıdır.

Buna karşılık, dava açıldıktan sonra tasarruf ilkesine bazı istisnalar getirilmiştir. TMK m. 184/3'e göre, tarafların boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığı konusundaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz. Bu hükümle bağlantılı olarak, boşanma davasının dayandığı olgular hakkında taraflara yemin de önerilemez. İkrar geçerli olmadığına göre, yeminden kaçınma ikrar sayılacağına göre ikrarın da geçerli olmaması doğaldır.

Ayrıca TMK m. 184/2'ye göre, hakim, boşanma ve ayrılık davasının dayandığı olgular hakkında gerek resen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez. Öncelikle HUMK'un resen teklif olunan yemine ilişkin düzenlemeleri HMK'ya alınmadığı için hükümdeki "…gerek resen.." lafzının bir anlamı kalmamıştır. Diğer taraftan bu düzenlemeyi teyit bağlamında HMK m. 226/1a'ya göre de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda yemin teklif edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle,

[14] Bkz., **Ercan** s. 52 ve orada atıf yapılan yazarlar.

[15] **Yılmaz, Ejder**, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 HMK'na göre değiştirilmiş 3. Bası, Ankara 2011 s. 95.

boşanma davalarında yemin teklif edilmeyeceği hususu gerek öğreti[16] ve gerekse uygulama[17] tarafından kabul edilmektedir.

TMK m. 184/3'e göre ise, tarafların boşanma ve ayrılık davasının dayandığı olgular hakkındaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz[18]. Söz konusu hükme göre, taraflar boşanma sebebi olarak gösterdikleri vakıaları ikrar etmiş olsalar bile hakim bu vakıaların doğruluğunu araştırmak zorundadır[19].

Bu hükümler çerçevesinde tarafların davayı sona erdirme imkanları olan feragat, kabul ve sulhun boşanma davalarında geçerli olup olmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekir.

Davadan feragat, evlilik birliğinin devamını sağladığı için her zaman mümkündür[20].

Buna karşılık kabul ve sulh konusunda sınırlamalar vardır.

Kabul prensip olarak geçerli olmamakla birlikte[21], TMK 166, III son cümlede önemli bir istisna öngörülmüştür. Söz konusu hükümde anlaşmalı boşanma halinde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağına ilişkin hükmün uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir[22]. Ancak, bu durumda dahi hâkimin önemli yetkileri vardır. Gerçekten, hâkimin boşanma kararı verebilmesi için, tarafların gerçek iradelerinden emin olması; bunun için hâkimin tarafları

16 Bkz., **Yılmaz, Ejder**, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989, s. 93.

17 **Yılmaz-Yemin**, s. 93'teki Yargıtay Kararı.

18 Yukarıda da ifade edildiği gibi, İsviçre'de 2000 yılında yapılan değişiklikten sonra söz konusu hüküm ZGB m. 139'a alınmamıştır.

19 "Tarafların boşanma konusundaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz. Tarafların duyuma dayalı beyanları hükme esas alınamaz" 2. HD., 24.02.2004, 1259/2260 (**Gençcan, Ömer.Uğur**., 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Madde 1-184, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 1607). " Boşanma davalarında, tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz. (TMK md. 184/3) Taraflara delilleri sorulup, toplanarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken taraf beyanları ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir" 2. HD., 01.06.2009, 8577-10443 (**Gençcan, Ömer Uğur**, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 1437; Aynı şekilde Yargıtay'a göre, zina sebebiyle açılan bir davada davalının zina yaptığını ikrar etmesi tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Zina fiilinin işlendiğini gösteren delil olması gerekir (2. HD., 10.09.2001, 9914-11437). (**Gençcan**, s. 1447).

20 **Akyol Aslan, Leyla**, Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 294.

21 „Diğer taraftan, terk sebebine dayanan boşanma davasında, davalının "davayı kabul" beyanının sonuca etkili olmadığı (TMK.md.184/1-3) unutulmamalıdır." (HGK 13.02.2008 Tarih, 2008/2-136 Esas, 2008/117 K."); **Ermenek**, **İbrahim**, Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 20.

22 Söz konusu hükmün Anayasa aykırı olmadığına (özelikle ailenin korunmasına ilişkin 41. Maddeye) ilişkin olarak bkz., Anayasa Mahkemesinin 15.05.2008 Tarih, 2005/26 E. 2008/105 K. Sayılı Kararı.

duruşmada dinlemesi gerekir. Ayrıca, hâkimin, tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında anlaşmalarını onaylaması gerekir[23].

Keza TMK m. 166, IV' e göre de, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.

Yargıtay'a göre fiili ayrılık durumunda mahkeme taraflardan kanunun öngördüğü süre içerisinde bir araya gelmedikleri konusunda delil ibraz etmelerini isteyemez; mahkeme bu durumda tarafların ikrarları ile fiili ayrılık süresinin dolduğunu tespit etmekle yetinmesi gerekir[24].

Fiili ayrılık durumunda dahi hakimin en azından TMK m. 166, III çerçevesinde tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığından emin olması gerektiğinin şüphe etmemek gerekir[25].

ZGB m. 111' de anlaşmalı boşanma[26], 115'te de fiili ayrılıktan dolayı[27] boşanma sebepleri öngörüldüğü için yukarıda açıklamalar İsviçre hukuku için de geçerlidir[28].

İsviçre hukukunda ayrıca İsvZPO m. 279/1'de de boşanma davalarında uyuşmazlığın sona erdirilme durumunda sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten boşanma davalarında kabul davaya sonlandırmamaktadır. Sadece boşanma davasının anlaşmalı davaya dönüştürülmesi mümkündür[29]. Aynı şekilde boşanmanın mali sonuçları konusunda anlaşmalar da hakimin denetimine tabidir (Art. 279/1 ZPO).

2. Alman Hukukunda

Tasarruf ilkesinin ilk aşaması için bir sınırlandırma yoktur. Başka bir ifade, aile hukukundan doğan davalarda[30] da davanın davacı tarafından açılması gerekir. Hâkimin kendiliğinden uyuşmazlığı çözmesi mümkün değildir[31].

---

[23] Bu konuda bkz. **Ercan**, s. 56 vd.; **Akıntürk, Turgut.,** Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2004, s. 273-274).

[24] **HGK**., 28.06.2006 T., 2006/2-488, 2006/480 (Corpus).

[25] **Umar, Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 115.

[26] Anlaşmalı boşanma ayrıca İsvZPO m. 285'te de açıkça düzenlendiği için, ZGB Art. 112 yürürlükten kaldırılmıştır.

[27] 2004 yılında yapılan değişiklikle fiili ayrılık süresi 4 yıldan 2 yıla indirilmiştir.

[28] **Ercan** s. 55.

[29] BernerKomm-**Hurni**, Art. 58 Nr. 85.

[30] Alman hukukunda, boşanma davalarında davacı, davalı, dava dilekçesi kavramları yerine, talepte bulunan, karşı taraf ve talep kavramları kullanılmaktadır (§ III ZPO; Yeni (§ 113/5 FamFG) . Bunun daha çok psikolojik nedenlere dayandığı; bununla, tansiyonu daha düşük bir yargılama amaçlandığı

Alman hukukunda da TMK m. 170/3'e benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten hakim, evliliğin devamı konusunda somut belirtiler bulunması halinde, evliliğin devamının sağlanması için kendiliğinden boşanma davasının ertelenmesine karar verebilir (FamFG 136'ya (§ 614 aZPO). Ancak eşlerin bir yıldan daha uzun süre ayrı yaşamaları halinde, hakim eşlerin rızalarının hilafına davanın ertelenmesine karar veremez. Boşanma talebinde bulunan eşin talebi halinde de hakim, davanın ertelenmesine karar vermek zorundadır. Erteleme süresinin, kural bir yıldan daha uzun, üç yıllık fiili ayrılıktan sonra açılan boşanma davalarında ise altı aydan daha uzun olmaması ve sadece bir defa daha tekrarlanması gerekir.

Ayrıca özel istisnalar haricinde[32] Medeni Usul Kanunun (ZPO) asliye mahkemelerine uygulanan yargılama ilkelerine ilişkin hükümleri boşanma davalarında da geçerli olduğundan (§ 113 I cümle 2) mahkeme, tarafların talep etmesi ve barışma ihtimali bulunması gibi önemli sebeplerin bulunması halinde yargılamayı § 521 ZPO çerçevesinde tatil de edebilir[33].

Diğer davalarda geçerli olan dava değiştirmeye ilişkin genel şartlar boşanmada davalarında uygulanmaz (Art. 113 IV Nr. 2 FamFG). Buna göre sözlü yargılamanın bitmesine kadar talepte bulanan veya karşı talepte bulunan taleplerinde belirtikleri sebepleri ve taleplerini genişletebilir ve değiştirebilirler. Keza boşanma talep eden eş evliliğin iptalini isteyebilir veya tersi söz konusu olabilir[34].

FamFG m. 113'te davayı değiştirme şartlarına ilişkin hükümlerin yanında duruşmaya gelmeyen tarafın bağlı olduğu sonuçlara ilişkin hüküm ile sulh, ikrar ve kabule ilişkin hükümlerinin evlilik işlerinde uygulanmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Buna göre, evliliğe ilişkin davalarda kabul ve ikrar hâkimi bağlamaz (§ 113/4,5,6 FamFG). Bunlar, hâkim tarafından delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi çerçevesinde sadece emare olarak değerlendirilir[35]. Buna karşılık feragat,

belirtilmektedir (Bkz. **Bergerfurth, B**., Das Ehescheidungsverfahren und die anderen Eheverfahren, 11. Auflage, Essen 1998**,** Nr. 86; **Giessen**, D., Familienrecht, 2. Auflage, Tübingen 1997, 381; **Ercan**, s. 42; Bu kavramların kullanılmasının eleştirisi için bkz., **Schlosser, P.**, in: Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 622, 21. Auflage, Band 5/2, Tübingen 1993, Nr. 2.

31 **Ercan**, s. 42 vd.

32 ZPO'nun hangi hükümlerinin aile hukukundan doğan davalarda uygulanmayacağı hususu özellikle FamFG'nin § 113 III ve IV üncü fıkralarında tek tek sayılmıştır.

33 Rosenberg/Schwab/Gottwald § 166 Nr.45.

34 Rosenberg/Schwab/Gottwald § 166 Nr.45.

35 **Stein/Jonas/Schlosser**, § 617, Nr. 3; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 164, Nr. 60; **Walter**, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage München 2000, § 617, Nr. 2; **Stickelbrock, B**., Die Kollision von Prozessmaximien im Scheidungsverbundverfahren, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, s.92.

diğer davalarda olduğu gibi boşanma ve evliliğin iptali davalarında da geçerlidir[36]. Sulh anlaşması da, evliliğe ilişkin davalarda davayı doğrudan sonra erdirmez; sadece davanın veya karşılık davanın geri alınması ya da kanun yollarına başvurmaktan feragat olarak sonuç doğurabilir[37].

Alman hukukunda boşanma davası görülmekte iken taraflardan birisi ölürse, § 239 ZPO'da § 246'dan farklı olarak yargılamanın ertelenmesi yoluna gidilmez; aksine dava tarafların herhangi bir talebine bağlı olmadan sonlandırılır (§ 131 FamFG). Mirasçılarla ancak yargılama giderlerinden sorumluluğun tespiti konusunda yargılama yapılabilir[38].

3. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda boşanma davalarında geçerli olan yargılama ilkeleri konusunda anlaşmalı boşanma ile anlaşmalı olmayan boşanma ayrımı yapılmaktadır.

Anlaşmalı boşanma durumunda Evlilik Kanunu m. 55a uygulanır. Anlaşmalı olmayan boşanma davalar için başta Avusturya Medeni Usul Kanunu (AvZPO) m. 460 ve 483a olmak üzere Evlilik Kanunu ile başka kanunlarda düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde, boşanma davalarının genel yargılama ilkelerinden farklı ilkelere bağlanması kabul edilmiştir.

Tasarruf ilkesi aile hukukuna ait bütün davalarda sınırlandırılmıştır.

Feragat, kabul ve sulhun geçersiz olduğu AvZPO m. 460/9'da düzenlenmiştir. Ancak doktrinde bu hükümlerden feragatin m. 395 AvZPO bağlamında geçerli olmadığı, buna karşılık davanın maddi hukuk açısından geçerli bir feragatten dolayı reddedilmeyeceği şeklinde anlaşılmaması gerektiği ifade edilmektedir[39].

Aynı şekilde doktrinde sulhun da geçerli olmayacağı ilkesinin de sınırlı yorumlanması gerektiği, sadece evliliğin devamını tehlikeye düşürecek olan sulh anlaşmalarının geçerli olmayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir[40].

---

[36] **MünchKommFamFG-Fischer** § 113 Nr. 25; **Musielak, Hans-Joachim/Borth, Helmut/Grandel, Mahhias**, Familiengerichtliches Verfahren, 1. Und 2. Buch, 4. Neubearbeitete Auflage, München2013, § 113 Nr. 14; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 164, Nr. 61; **Stein/Jonas/Schlosser** § 617 Nr. 4; **Bergerfurth** Nr. 454; **MünchKommZPO-Walter**, § 617, Nr. 5.

[37] Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 164, Nr. 62; MünchKommFamFG-Fischer § 113 Nr. 27; MünchKommZPO-Walter, § 617, Nr. 9; Bergerfurth Nr. 374; Stein/Jonas/Schlosser § 617 Nr. 6; Stickelbrock, s. 92; Musielak/Borth/Grandel FamFG § 113 Nr. 14.

[38] Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 166, Nr. 2.

[39] **Rechberger, Walter, H./Simotta, Daphne-Ariane**, Grundriss des öterrreichhischen Zivilprozessrechts, Erkentnissverfahren, 8. Auflage, Wien 2010, Nr. 965.

[40] Rechberger/Simotta Nr. 965.

Keza kabulün geçerli olmadığı durumlarda ikrarın da boşanma davalarında geçerli olmadığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[41].

Davayı geri alma da AvZPO m. 483a'da kolaylaştırılmıştır. Buna göre davacı, sözlü yargılamanın bitmesinden sonra da hüküm kesinleşinceye kadar davalının muvafakatiyle davasını geri alabilir[42].

II. TARAFLARCA GETİRİLME İLKESİ

Taraflarca getirilme ilkesinin boşanma davalarında uygulanması konusunda Türk hukukunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ayrıca bu konuda karşılaştırmalı hukuk ile Türk hukuku arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle bu konunun Türk hukuku ile yabancı hukuklarda ayrı ayrı ele alınmasında yarar vardır.

1. Alman Hukuku

Alman hukukunda boşanma davalarındaki dava malzemesinin getirilmesi konusunda sınırlı resen araştırma ilkesi kabul edilmiştir. Nitekim bu konudaki düzenlemeyi içeren FamFG m. 127'nin madde başlığı da "Eingeschraenkte Amtsermittlung"dur. Bu hüküm mülga ZPO m. 616'yı karşılamaktadır.

Bu hükme göre mahkeme karar için gerekli olan vakıaların tespitini resen yapmak zorundadır. Dolayısıyla dava malzemesinin mahkemeye getirilmesi sadece taraflara yüklenmemiştir. Mahkeme evliliğin devamına hizmet edecekse, resen delil toplamak ve tarafları dinledikten sonra taraflarca getirilmeyen vakıaları da dikkate almak zorundadır (evlilik dostu olan vakıalar için). Evlilik düşmanı olan vakıaların dikkate alınabilmesi için boşanma talep edenin bunlara karşı çıkmaması gerekir.

Resen araştırma ilkesinin maddi hukuk meselesi olan ispat yüküne bir etkisi yoktur. Davanın yeteri kadar aydınlanmaması halinde boşanma davalarında da ispat yükünün kime düştüğü konusunda karar verilmesi mümkündür. İspat yükü ile ilgili temel ilkeler burada da geçerlidir[43].

Boşanma davalarında mahkeme, taraflarca ileri sürülmeyen ancak bir şekilde haberdar olduğu vakıaları dikkate alabilecektir. Hakim tarafların getirmedikleri vakıalar hakkında, dinlenen bir şahidin ifadesinden veya resmi kurumları dinlemesinden bilgi sahibi olabilir[44].

---

41 Rechberger/Simotta Nr. 965.
42 **Fasching, Hans, W.,** Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1984, Nr. 2337.
43 **MÜncKomm FamFG** m. 127 Nr. 9.
44 **MÜncKomm FamFG** m. 127 Nr. 12.

Boşanma davalarında resen araştırma ilkesi ile ilgili § 127 FamFG'nin ikinci ve üçüncü fıkralarında sınırlamalar öngörülmüştür.

İkinci fıkrada resen araştırma ilkesinin sınırlandırılması konusunda evlilik dostu ve evlilik düşmanı olan vakıalar konusunda ayrım yapılmaktadır.

Mahkeme evlilik dostu olan vakıaları resen araştırmak zorundadır. Şu halde evlilik dostu olan yani evliliğin devamını sağlayan vakıaların resen araştırılması gerekir. Burada resen araştırma ilkesi sınırlandırılmış değildir. Evliliğin devamını sağlayan vakıalara örnek olarak, tarafların yeniden birlikte olmak beklentisi, ayrılık süresinin geçmemiş olması, eşlerin aynı çatı altında birlikte yaşadıklarını gösteren hususlar, çocukların menfaatleri gösterilebilir. Mahkeme bu vakıaları sınırlama olmadan araştırmak ve resen dikkate almak durumundadır[45].

Buna karşılık evlilik düşmanı olan, yani tarafları boşanmaya götürecek olan vakıaların resen araştırılması için, boşanma talep eden eşin buna karşı çıkmamasına bağlıdır. Buna göre boşanma talep eden eş itiraz etmediği sürece evlilik düşmanı olan vakıalar da resen dikkate alınmalıdır. İtiraz bir usul işlemi olarak kabul edilmektedir. İtiraz açıkça veya kapalı olarak yapılabilir. Mesela boşanma talep eden eşin, evlilik düşmanı olan vakıalarla çatışan vakıalar ileri sürmesi itiraz olarak nitelendirilebilecektir. Bu itiraz hakkı ile boşanma talep eden eşe, boşanma sebebini belirleyebilme imkanı sağlanmaktadır. İtiraz için avukat ile temsil zorunluluğu aranmaz[46].

§ 127 FamFG'nin üçüncü fıkrasındaki sınırlama ise eşlerin mahremiyetlerinin korunması amacına matuftur. Buna göre, BGB m. 1568'te öngörülen hususların mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için, bu hususların boşanmayı istemeyen eş tarafından ileri sürülmüş olması gerekir. BGB m. 1568'e göre eğer boşanma, boşanmayı kabul etmeyen eşi olağanüstü sebeplerden dolayı katlanamayacak duruma sokarsa mahkeme boşanma kararı veremez. İşte bu olağanüstü sebeplerin mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için bunların, buna dayanacak ve boşanmayı istemeyen eş tarafından ileri sürülmesi gerekir. Bu hükümle olağanüstü güç durumda olan eşin bu özel durumunun ancak onun tarafından ileri sürülmesi ilkesi kabul edilmiştir.

Zamanında ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların akıbeti § 115'te düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, kendiliğinden araştırma ilkesinin tam olarak uygulandığı davalarda zamanında ileri sürülmeyen iddia ve savunma imkanlarının zamanından ileri sürülmemesi nedeniyle reddedilmeleri mümkün değildir. Buna karşılık boşanma davalarında sınırlı araştırma ilkesi geçerli

[45] **MÜncKomm FamFG** m. 127 Nr. 17.
[46] **MüncKomm FamFG** m. 127 Nr. 19.

olduğundan, bu davalarda zamanında ileri sürülmeyen iddia ve savunma imkanları hakimin kanaatine göre yargılamayı geciktirecekse ve gecikme ilgili tarafın ağır kusuruna dayanıyorsa mahkeme tarafından reddedilebilir. Aynı hüküm eski § 615 ZPO'da da mevcuttu. Alman hukukunda söz konusu hükmün yorumlanmasında evlilik düşmanı ve dostu olan vakıalar ayırımı yapılmakta, söz konusu sınırlamanın evlilik dostu olan vakıalar için geçerli olmadığı kabul edilmekteydi[47].

2. İsviçre Hukuku

İsvZPO Art. 55'te prensip olarak taraflarca getirilme ilkesi kabul edilirken, ikinci fıkrada Kanunlardaki istisnai durumlarda vakıaların mahkeme tarafından resen tespit edileceği ve hakimin resen delile başvurabileceği ifade edilmiştir.

Bu ilkeler konusunda istisnalar genelde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda görülmektedir. Gerçekten İsvZPO m. 296/1 ve 3'e göre, çocuklar ile ilgili konularda mahkeme vakıaları kendiliğinden araştırmak ve tarafların talepleriyle bağlı olmadan karar vermek durumundadır. Buna göre, babalık davası, velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğa bağlanacak nafaka konusunda sınırlı olmayan resen araştırma ilkesi geçerlidir[48].

Buna karşılık ZGB Art. 139'u esas itibariyle karşılayan hüküm İsvZPO Art. 277'dir. Söz konusu hüküm boşanma davalarında özel düzenleme öngörmüştür. Bu hükme göre mal rejimleri ile iştirak nafakası dışındaki (bu davalarda taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir) hususlarda sınırlı[49] resen

---

47 Bu konuda bkz., **Ercan** s. 67.

48 Bkz. **Frankhauser** s. 756.

49 İsviçre hukukunda resen araştırma ilkesi, sınırlı olmayan ve sınırlı resen araştırma ilkesi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Sınırlı olmayan resen araştırma ilkesinde, hakim tarafların getirmedikleri vakıaları da araştırmak ve dikkate almak zorundadır. Buna karşılık sınırlı resen araştırma ilkesinde mahkeme, soru sorma (ancak burada normal yargılamaya güçlendirilmiş (verstaerke Fragepflicht) ve talepleriyle dava malzemesinin tamamlanması konusunda rol almak zorunda olmakla birlikte, taraflar da mahkeme ile birlikte dava malzemesinin getirilmesi konusunda sorumludurlar. Ayrıca genel yargılamada mahkemenin soru sorması için iddia-savunma ve delillerin tamlığında ciddi şüphe olması gerekirken, burada ise mahkemenin soru sorması için bunun gerçekleşmesi şart değildir.
Kanunda sınırlı olmayan için " zu erforschen" kavramı kullanılırken, sınırlı olanı ise "…das Gericht stellt den Sachverhalt fest" şeklinde formüle etmektedir (**Frankhauser**, s. 757 dp. 19**; Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich 2013**, Art. 55 N. 68 vd.). sınırlı resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkeme, soru sorma ve aydınlatma yükümlülüğünün biraz daha artırmak (ondan biraz daha fazlasını yapmak) zorundadır. Ancak bu farkın uygulama açısından pek önemli olmadığı ifade edilmektedir (**Sutter-Somm** Art. 55 Nr. 71,73).
Bununla birlikte resen araştırma ilkesinin her iki çeşidinde de tarafların iddia, somutlaştırma ve ispat yüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Bu durumda dahi ceza yargılaması gibi bir araştırma söz konusu olmayacaktır.

araştırma ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla boşanma davalarında sınırlı resen araştırma ilkesi geçerlidir[50].

Çocukla ilgili meselelerde ise sınırlı olmayan resen araştırma ilkesi geçerlidir.

Sınırlı resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkeme resen delillere başvurabilir. İsviçre hukukunda bu düşüncenin daha zayıf olan tarafın korunmasının ön planda olduğu sosyal usul hukuku düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir. Keza mahkeme taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları da dikkate alabilir ve yine tarafların ileri sürmedikleri delillere dikkate alabilir[51].

İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı İsvZPO m. 229'da düzenlenmiştir. Buna göre dilekçeler teatisi bitinceye kadar veya son inceleme aşamasına (Instruktionsverhandlung'a Art. 226 vd.) kadar taraflar yeni vakıa ve delilleri her zaman ve başka bir şarta bağlı olmadan getirebilirler. Bundan sonra tarafların yeni vakıa ve delilleri getirmeleri belli sınırlamalara[52] tabidir. Ancak gerek sınırlı gerekse sınırlı olmayan resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bu yasağın uygulanmayacağı kabul edilmektedir[53]. Dolayısıyla boşanma davalarında bu yasak geçerli olmayacaktır.

3. Avusturya Hukuku

Evliliğin butlanı ve iptali davalarında resen araştırma ilkesi tam olarak[54] kabul edilmiştir (m. 460/4 ÖZPO). Buna göre hakim kararı için gerekli olan tüm hususları resen dikkate almak, tarafların karşı çıktıkları deliller de dahil olmak üzere bütün delilleri toplamak durumundadır. Keza teksif ilkesi de bu davalarda geçerli olmayacaktır[55].

Buna karşılık boşanma davalarında genel yargılama ilkesi olan yumuşatılmış resen araştırma ilkesi geçerlidir[56].

Ayrıca Avusturya hukukunda, mümkün olduğu ölçünde evliliğin muhafaza edilmesi ilkesi (der Grundsatz des favor matrimonii) geçerlidir.

---

50 Frankhauser s. 753; BernerKomm-Hurni Art. 55 Nr. 71; BernerKomm-Spycher Art. 277 Nr.27 vd.

51 **BernerKomm-Spycher** Art. 277 Nr. 30.

52 Sonradan yeni vakıaların ileri sürülebilmesi için, ya bunların yasağın başlamasından sonra doğmuş olmaları, ya da yasağın başlamasından önce mevcut olmakla birlikte bunların kabul edilebilir özene rağmen ileri sürülememiş olması gerekir.

53 **Frankhauser** s. 759 dp. 29; **BernerKomm-Spycher** Art. 277 Nr.29.

54 Rechberger/Simotta Nr. 964.

55 Rechberger/Simotta Nr. 965.

56 **Rechberger/Simotta** Nr. 965. Buna karşılık *Fasching* bu davalarda resen araştırma ilkesinin geçerli olmayacağını ifade etmektedir (**Fasching** Nr. 2355).

Son olarak Avusturya hukukunda anlaşmalı boşanma davalarında mevcut eşyaların paylaşılması, velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hususlar nizasız kaza hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir[57]

4. Türk Hukuku

HMK m. 25'e göre taraflarca getirilme ilkesi, kanunda öngörülen istisnalar dışında hakimin iki taftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamamasını ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamamasını ifade eder. Kanunda belirtilen durumlar dışında hakim kendiliğinden delil toplayamaz. Bu ilkenin bir sonucu olarak hakim tarafların ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden araştıramaz. Hâkim, tarafların getirmiş oldukları dava malzemesine göre karar vermek durumundadır[58].

Aile hukukundan doğan davaların hukuk yargılamasındaki diğer davalara olan farkı, dava malzemesinin getirilmesinde kendini daha çok göstermektedir. Gerçekten medenî usul hukukunda kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerli iken, aile hukukundan doğan bazı davalarda daha çok bu ilkenin istisnası (karşıtı) olan kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir[59]. Meselâ babalık davası (TMK m. 284/2) ile nesebin reddi davasında kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Bu davalarda hâkim, tarafların ileri sürdükleri vakıa ve delilerle bağlı olmayıp, kendisi de vakıaları araştırabilir, delilleri inceleyebilir. Bunun dışında, bu davalarda iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı geçerli değildir[60].

Boşanma davalarında ise hangi ilkenin geçerli olduğu konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde genellikle kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalara boşanma davları örnek olarak gösterilmektedir[61].

Buna karşılık doktrinde başka bir görüşe hakimin tarafların talepleri ve ileri sürdükleri delillerle ile bağlı olmaksızın boşanma davasında karar verebileceğinden, bu davalarda sınırlı resen araştırma ilkesinin geçerlidir[62].

Umar, bir Neuchatel Kanton Mahkemesi kararını dayanak göstererek, boşanma isteme hakkını ortadan kaldıran vakıalar bakımından, resen araştırma

---

57 **Kodek, Georg E./Mayr**, **Peter**, G., Zivilprozessrecht, Wien 2011, s. 308.

58 **Kuru, Usul**, C. II, s. 1918; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 363; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 201; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 400; **Üstündağ**, s. 240. Bu ilkenin eleştirisi için bkz., **Umar,** s. 108 vd.

59 Kuru/Arslan/Ylmaz, s. 403; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 208; Üstündağ, s. 250; Bkz., Tanrıver, s. 95.

60 Kuru, Usul, C. II, s. 1924; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 196; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 403.

61 **Karslı,** s. 317; **Kuru-Usul** C. II. s. 1924; **Ulukapı** s. 116; **Yılmaz** s. 94; **Üstündağ**, s. 250; Bkz., **Tanrıver**, s. 95. *Alangoya* ise,E MK 150'deki hükümle hakimin dava malzemesini resen temin edeceği yolunda bir düzenleme bulunmadığını ifade etmektedir (**Alangoya** s. 134).

62 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 367; Sungurtekin-Özkan, s. 82.

ve nazara alma yetkisinin olduğunu, buna karşılık boşanma isteme hakkının var olup olmadığı konusunda mahkemenin pasifliği ilkesinin geçerli olduğunu belirtmektedir[63]. Böylece Umar, boşanma davalarında uygulanacak ilke açısından Alman ve İsviçre hukuklarında geçerli olan evlilik dostu ve düşmanı vakıa ayrımını yapmaktadır.

Karşılaştırma hukukta, hukuk yargılamasında boşanma davaları dışında kalan diğer davalar açısından bile taraflarca getirilme ilkesi tartışılırken[64], Türk hukukunda boşanma davalarını diğer davalardan ayırmadan taraflarca getirilme ilkesini geçerli olduğunu belirtmek uygun değildir. Diğer taraftan boşanma davalarında resen araştırma ilkesinin tam olarak geçerli olacağına ilişkin hukuki dayanakları da ortaya koymak zordur. Yukarıda da ifade edildiği gibi, karşılaştırma hukukta sınırlı araştırma ilkesi kavramına, evlilik dostu ve evlilik düşmanı olan vakıalara göre bir değer atfedilmektedir. Türk hukukunda ise Umar dışında bu şekilde bir ayırımdan söz edilmemektedir.

Türk Medeni Kanununun 184 üncü maddesinde boşanma davalarına ilişkin bazı usul hükümleri öngörülmüştür. Buna göre hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz; hakim bu olgular hakkında taraflara yemin teklif edemez; tarafların bu konudaki ikrarları hakimi bağlamaz. Bu nedenle özellikle boşanma davalarında geçerli olan usul kurallarını ortaya koyarken HMK m. 25'in yanında TMK m. 184'deki hükümlerin de göz önünde bulundurulması gerekir.

Buna göre, öncelikle Türk hukukunda da boşanma davası açan davacının davasının dayanağı olan vakıaları mahkemeye getirmesi gerekir. Mahkemenin kendiliğinden vakıaları araştırması ve dikkate alması mümkün değildir. Ancak mahkeme taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalardan farklı olarak tarafların getirmiş oldukları vakıaları hükmüne esas almak zorunda değildir. Bu olguların mahkeme tarafından hükme esas alınabilmesi için mahkemenin bunların doğruluğuna vicdanen kanaat getirmesi gerekir. İşte mahkeme bu vicdani kanaate ulaşmak için, tarafların getirmiş oldukları vakıalar çerçevesinde resen delil elde edebilmesi gerekir. Örneğin

---

[63] Bu şekilde Umar, Alman ve İsviçre hukuklarında geçerli olan evlilik düşmanı ve dostu vakıa ayırımı yapmaktadır (**Umar** s. 114).

[64] Taraflarca hazırlama ilkesi yerine hakim ve tarafların işbirliğine dayalı işbirliği ilkesi (Kooperatiensmaxime) geçerli olması gerektiği konusunda Wassermann, Der Soziale Zivilprozess, 1978, Hahn, Kooperationsmaxime im Zivilprozess? 1982; **Karslı** s. 322 vd; **Deren-Yıldırım, Nevhis,** Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü için Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s. 817 vd. Diğer taraftan Avusturya hukukunda ise, yumuşatılmış resen araştırma ilkesi geçerli kabul edilmektedir (Bu konuda bkz., **Rechberger/Simotta** Nr. 404 vd.).

dinlediği bir tanık ifadesinde öğrendiği bir hususun doğruluğu konusunda vicdanen kanaat getirmek için, resen delil toplayabilmelidir.

Ayrıca karşılaştırma hukuklarda olduğu gibi Türk hukukunda da hakimin aktifliği ve pasifliğinin dikkate alınacak vakıanın evlilik dostu veya düşmanı vakıa olmasına göre belirlenebileceği kanaatindeyim. Buna göre, tarafların boşanmalarına neden olacak vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanması açısından taraflarca hazırlama ve taleple bağlılık ilkeleri geçerli olacak iken, buna karşılık evliliği ayakta tutacak vakıalar ve deliller açısından hakimin daha aktif olması gerekir. Boşanma davalarında davalının kabulü hakim için kural olarak bağlayıcı değilken, davacının feragatinin sonuç doğurması bu hususu teyit etmektedir.

Hiç şüphesiz her durumda TMK m. 166/3 ve 166/4'teki hükümler de hakim için bağlayıcı olacaktır.

III. TARAFLARIN DURUŞMADA BİZZAT HAZIR BULUNMALARI

1. Türk Hukuku

Mahkemenin boşanmaya karar verebilmesi için, boşanma sebeplerinin varlığı konusunda tam bir kanaate sahip olması gerekir. Hakimin bu kanaate ulaşabilmesi için tarafları bizzat dinlemesi büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle mahkemenin çok önemli bir mazeret olmadığı sürece tarafları bizzat dinlemesi gerekir.

Kaldı ki TMK m. 166/2'ye göre; "Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır." Şu halde anlaşmalı boşanma davalarında hakimin tarafları bizzat dinlemeden boşanma kararı vermemesi gerekir. Bu davalarda istinabeyi kapalı tutmak doğru olmamakla birlikte, hakimin mümkün olduğu kadar istinabeye başvurmaması gerekir. Örneğin taraflar mahkemenin bulunduğu şehirde oturmamakla birlikte, oturdukları yer yakın oturuyorlarsa mahkemenin tarafları bizzat duruşmaya çağırmasında yarar vardır.

2. Alman Hukuku

Boşanma davasının her iki tarafı da duruşmaya gelmezse ZPO 251'ya göre hareket edilmesi gerekir. Boşanma talep eden taraf gelmezse, boşanma talebi geri alınmış olarak kabul edilir[65].

Karşı taraf gelmezse gıyap hükümleri uygulanmayacaktır. Boşanma talep eden eşin talebinin ispatlaması gerekir. Dava konusu olguların tam olarak açığa çıkması için mahkeme tarafları duruşmaya çağırmak ve onları dinlemek zorundadır. Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi yoktur. Ancak buradan mahkemenin karar verebilmesi her halükarda de tarafları dinlemek zorunda olduğu sonucu çıkartılmaması gerekir. Karşı taraftaki eşin dinlenmesi mümkün değilse; mesela yerleşim yeri bilinmediği veya duruşmalara gelmeme konusunda ısrar ettiği için, o zaman mahkeme onun yokluğunda da karar verebilecektir. Ayrıca tarafların istinabe yoluyla da dinlenmesi mümkündür (§ 128, III FamFG). Duruşmaya gelmeyen taraf para cezası ile duruşmaya getirmek için zorlanabilir[66].

3. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda da önemli bir sebep olmadığı sürece, mahkemenin tarafları bizzat dinlemesi gerekir.

IV. ALENİYET İLKESİ

İsviçre hukukunda, İsvZPO Art. 54/4'ta açıkça aile hukukundan doğan davalarda aleniyet ilkesinin geçerli olmayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm, davanın aile hukukundaki davalarda davanın taraflarının yargılamanın aleni yapılmaması konusunda, yargılamanın aleni yapılmasındaki kamu menfaatinden daha önce geldiği varsayımına dayanmaktadır[67].

Alman aile hukukuna ilişkin davalarda yargılama kural olarak aleni değildir. Ancak tarafların talepleri üzerine mahkeme yargılamanın aleni yapılmasına karar verebilir (§ 170 GVG)[68]

Avusturya hukukunda, AvZPO Art. 460/3'te boşanma davalarında duruşmanın aleni olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır.

Türk hukukunda ise boşanma davalarında yargılama kural olarak alenidir[69]. Ancak mahkeme taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli

---

65 Rosenberg/Schwab/Gottwald §166 Nr.46 vd.

66 Rosenber/Schwab/Gottwald § 166 Nr. 59 vd.

67 BernerKomm-Hurni, Art. 54 Nr. 33; **Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich 2013 Art. 54 Nr. 20 vd.**

68 Rosenberg/Schwab/Gottwald § 166 Nr. 35.

yapılmasına karar verebilir. Olması gereken hukuk açısından boşanma davalarının kural olarak gizli yapılması gerektiği kanaatindeyim[70].

V. YARGILAMA GİDERLERİNDEN SORUMLULUK

Mukayeseli hukukta boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda da genel ilkelerden farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Bu konuda farklı düzenlemelerin öngörülmesinin nedeni, boşanma davalarında tarafların davacı veya davalı olmalarının tesadüfü olması gösterilmektedir[71].

İsv.ZPO Art.107 Abs. 1 lit. C'ye boşanma davalarında mahkeme yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda genel ilkelerden saparak, takdir yetkisi çerçevesinde karar verebilir. İsviçre hukukunda bu hükmün yorumlanması konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe bu davalarda öncelikli olarak genel ilke (m. 106) geçerlidir; hakim özel durumlarda takdir yetkisine göre yargılama giderlerine hükmedebilir. Buna karşılık ağırlıklı görüş, mahkemenin ikincil olarak değil, öncelikli olarak takdir yetkisine göre yargılama giderlerine karar vermesi gerektiği yönündedir[72].

Alman hukukunda da FamFG § 150'da boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda genel hükümlerden ayrık düzenlemeler öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre, boşanma davasının kabulü halinde, davanın kimin tarafından açıldığına bakılmaksızın kural olarak tarafların yaptıkları giderler onlar üzerinde bırakılır. Mahkeme boşanma davasının reddine karar verirse veya davacı davasının geri alırsa, o zaman giderler davacıya yükletilir. Anlaşmalı boşanma davalarında da tarafların yaptıkları masraflar üzerlerine bırakılır. Ayrıca söz konusu hükmün dördüncü fıkrasında yukarıda belirtilen şekilde yargılama giderlerine hükmedilmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı durumlarda mahkemeye yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda başka bir şekilde de karar verme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır[73].

Alman ve İsviçre hukuklarının aksine Türk hukukunda boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla davayı kaybedenin yargılama giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin HMK m. 326'daki temel ilke boşanma davaları için de

---

69 Bu konuda bkz., **Konca, Kurt, Nesibe,** Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.

70 **Tanrıver**, s. 95; **Konca, Kurt, Nesibe,** Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009, s. 241.

71 Bu konuda bkz., **Ercan, İbrahim** Einige Überlegungen Hinsichtlich Der Kostenentscheidung im Scheidungsverfahren, SÜHFD., C. 21, S. 1 s. 265 vd.

72 Bkz. **Frankhauser, Roland**, Das Scheidungsverfahren nach neuer ZPO, FAMPRA, 2010, s. 754-755).

73 Ayrıntılı bilgi için bkz**., Ercan-Kosten** s. 271 vd.

uygulama alanı bulmaktadır. Diğer taraftan tarafların davada kısmen haklı çıkması halinde, yargılama giderlerinin haklılık oranında paylaşılmasına ilişkin HMK m. 326/2'deki hükmün de boşanma davalarında kısmen haklı kısmen haksız olunması mümkün olmayacağı gerekçesiyle uygulanmayacağı kabul edilmektedir[74]. Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi Türk hukukunda boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda genel kuraldan farklı bir düzenlemenin öngörülmesinin uygun olacağı; söz konusu düzenlemeye kadar, HMK m. 326/2'ye dayanarak anlaşmalı boşanma davalarında yargılama giderlerinin tarafların üzerinde bırakabileceği kanaatindeyim[75].

D. SONUÇ

Almanya'da aile ve boşanma davalarına ilişkin usul hükümleri başlangıçta Medeni Usul Kanununda (ZPO) düzenlenmişken, daha sonra bu konuya ilişkin özel bir kanuna (FamFG) alınmıştır. İsviçre hukukunda bu hükümler Federal Medeni Usul Kanununda (İsvZPO) düzenlenmiştir. Avusturya hukukunda ise, bu hükümler ağırlıklı olarak Avusturya Medeni Usul Kanununda (AvZPO) düzenlenmekle birlikte bu konuda Aile Kanununda da (EG) önemli hükümler öngörülmüştür.

Türk hukukundaki düzenleme mukayeseli hukukta örnekleri verilen hiçbir sisteme uymamaktadır. Medeni Kanunumuzda İsviçre Federal Medeni Kanunun ilk halinde bulunan hükümler aynen muhafaza edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlanırken aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin İsviçre Federal Medeni Usul Kanununda olduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenleme fırsatı maalesef değerlendiril(e)memiştir.

Olması gereken hukuk açısından Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da aile hukukundan doğan davalara ilişkin yargılama usulünün toplu olarak özel bir kanunda düzenlenmesinin daha uygun olacağı; bu bağlamda boşanma davalarında en azından evlilik dostu olan vakıalar açısından resen araştırma ilkesi geçerli olmalı, yargılama gizli yapılmalı ve yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda da özel hükümler sevkedilmelidir[76].

---

74 HGK 1.4.1972, in: İKİD 1972/141, 1460; 2. HD 29.4.1971, in: RKD 1971/8, 326; **Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, Cilt V, s. 5334.

75 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Ercan**-Kosten s. 277.

76 Bkz. Ayrıca, **Ercan**, s. 29; **Berkin, N. M.,** Bericht zu den Erlaeterungen über den Ehescheidungsprozess im türkischen Zivil- und Zivilprezessrecht, in: Analas de La Faculte de Droit D'Istanbul, İstanbul 1978, s. 139 vd.; **Tanrıver** s. 95.

HAKİMİN VASIFLARI

Prof. Dr. Recep AKCAN*

I. GİRİŞ

Hakimlik mesleği, dünya çapında ayrı bir değere haizdir. Belki ilerde, kainat düzeyinde bir etkinliği olacaktır. Bu ve diğer sebeplerle, bir insan olarak "iyi bir hukukçu" veya "iyi bir hakim"[1] nasıl olmalıdır? Sorusunun ilmi bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu yapılarken, ön yargılardan arınma ve tarafsız bir gözlemci olarak cevaplar aramak ve çözümler üretmek en doğrusu olacaktır.

Hakim, sadece hukuk hakimlerini değil; özel ve genel mahkemelerdeki, idari, askeri, ceza mahkemeleri gibi tüm yargı çeşitlerindeki, ilk derece ve yüksek mahkemelerdeki hakimleri içermektedir. Tüm yargı çeşitlerinde fiili ve idari olarak görev yapan tüm hakimler, incelemenin muhtevasına dahildir.

Ülkemizde sayısı yüzbinler ve dünyada milyonlar üzerinde olan hukukçularda; özellikle hakimlerde olması gereken vasıfları[2], yabancı hukuk; milletlerarası metinler; Hukukumuz; kutsal kitaplar; hakim, avukat, savcı gibi hukukçuların ve diğer insanların görüşleri ışığında tespit etmek gerekir[3].

Bu incelemedeki amaç, ideal bir hakimin vasıflarını mevcut bilgiler çerçevesinde ortaya koymaktır.

1.KUTSAL KİTAPLAR

Kutsal kitapları[4], Kur-an'ı Kerim, İncil, Tevrat gibi Allah tarafından gönderildiğine inanılan yazılı eserler olarak anlamak mümkündür. Bu kutsal

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 İdeal bir hukukçu, ideal bir hakim.

2 Nitelikleri, özellikleri, hususiyetleri, evsafı.

3 Bu tespitlere, **Akcan** R., Hakimin Vasıfları, Ankara 2014 tarihli eserin yanında; diğer bazı eser ve araştırmalardan da yararlanılarak ulaşılmaya çalışılacaktır.

4 Hukukla ilgili bilgileri; Kur'an, İncil, Tevrat gibi bazı kutsal sayılan ve bugün milyarlarca insanın okuduğu ve kendine örnek aldığı kitaplarda da görmek mümkündür. Bunlardaki hükümlerden hareketle, iyi bir insanla ve özellikle hukukla ilgili ifadeler çerçevesinde; iyi bir hakimin nasıl olması hususuna cevap aramak yanlış olmayacaktır. Hakimin vasıflarının tespiti için, ulaşılabilecek tüm bilgilere başvurmak doğru bir yol gözükmektedir. Bu nedenle, mevcut milli ve milletlerarası hukuki

kitaplar yanında, bu kitaplarla ilgili olarak farklı konularda ve özellikle hukukla ilgili olarak yazılmış eserler de mevcuttur.

İslam Hukukuyla ilgili eserlerde, öneminden ötürü hakimin vasıfları üzerinde ayrıntılı durulduğu görülmektedir. Buna göre: *Hakim: Bilgili, genel kültür sahibi, iyi karakter sahibi, dini ve ahlaki kurallara göre yaşayan*[5]*, doğru, güvenilir, iffetli (namuslu, edepli, haya sahibi), anlayışlı, sağlam iradeli, taraflar arasında eşit davranan, dürüst, ahlaklı, merhametli, akıl sahibi, reşit ve mümeyyiz, vicdan sahibi, olgun, şahsiyet sahibi, adaletli, tecrübe sahibi, göz, dil, kulak gibi duyu organları sağlam ve sağlıklı, hukuk tekniği ve manevi yönleri gelişmiş olmalıdır*[6].

Kuran-ı Kerim'de[7]; insanlarda ve hakimlerde olması gereken iyi vasıflara dair bazı hükümler mevcuttur[8]:

Adalet karşısında[9], müslüman veya müslüman olmayanlar tam bir eşitlik içindedir. Kur'anı-Kerim'de, farklı bir çok yerde adaletin sağlanması

metinlerden ve kutsal kitaplardan yararlanarak hakimin vasıfları belirlenmelidir. Buralardaki bilgiler birbirini tamamlamakta ve bir bütün oluşturmaktadır.

5 Hakimlik görevinin yapacak kimsede, vicdan yanında: 1.İslamın, bu dünyadaki yaşama hususunda koyduğu emir ve yasaklara tamamıyla uymanın. 2.Hukuk mevzuatını öğreten ilimde derin bilgi sahibi olmanın arandığı hakkında bkz. **Paşa** S., İslam Hukuku (1892 tarihli Fransızca aslından Türkçeye çeviren: Baha Arıkan), Ankara 1955 s.220-221.

6 **Atar** F., İslam Adliye Teşkilatı, Ankara 1979 s. 93 vd; Bayındır A., İslam Muhakeme Hukuku, İstanbul 1986 s. 82 vd; **Fendoğlu** H. T., İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda, Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 1996 **s**. 228 vd. Hakimde aranan vasıflar ve diğer hususlarda bkz: İslam Hukukundaki mahkeme teşkilatı, hakimler ve ilgili diğer konular için ayrıca bkz: **Üçok Ç./Mumcu** A., Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1982 s. 75 vd; **Cin H./Akgündüz** A., Türk Hukuk Tarihi, Konya 1989; **Cin H./Akyılmaz** G., Türk Hukuk Tarihi, Konya 2008; **Armağan** S., İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987; **Kaytancı** A., Kur'an'da Hukuki Hükümler, Niğde (tarihsiz); **Keskinoğlu** O., Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku, Ankara 1988.

7 Bkz. Kur'an-ı Kerim ile ilgili sure ve ayetler hakkında: **Elmalılı** H.Y., Bilgisayar Hatlı, Kur'an-ı Kerim ve Yüce Meali, İstanbul 2002.

8 Kur'an-ı Kerim'de vicdan, adalet, ahlak, doğruluk, dürüstlük, nezaket (yumuşaklık, mülayim olma, incelik, saygı, nezih olma), tarafsızlık, bağımsızlık, insan haklarına saygı, bilgi, eşitlik ile ilgili olarak hakim ve insanlara hitap eden hükümler oldukça fazladır. Bu hükümlerin bir kısmı hakimlere, bazıları müslüman olanlara, bazıları ise tüm insanlara yöneliktir. Bir insanda ve bir insan olarak hakim de olması gereken vasıflar yer almaktadır. Hakim de, bir insan olarak bu hükümlere dahil olmaktadır. Hükümlerde, iyi bir insanın ve hakimin vasıfları anlatılmaktadır. Bizzat hakim isminin ve vasıflarının yer aldığı, hükümler çoktur. Maddi ve manevi yönden, iyi bir hakim karakteri çizilerek, hedef verilmektedir. Hükümlerde, iyi bir insanın ve hakimin vasıfları anlatılmaktadır. Maddi ve manevi yönden, iyi bir hakim karakteri çizilerek, hedef verilmektedir. Aksi halin zararları ve bununla ilgili sorumluluklar, mukayeseli olarak, ikna edici bir üslupla belirtilerek; hakimler ve diğer insanlar hep iyi ve güzel davranışlara teşvik edilmekte ve bunların mükafatları da örnekler şeklinde verilmektedir. Belirtilen bu hususlar ve adaletle ilgili ayetlerin bir kısmının Hz. Muhammed'e, bir kısmının müslüman hakimlere ve bazılarının diğer Peygamberlere yönelik olduğu hakkında bkz: **Berki Ş./Hamidi H**., İslam Hususi Hukukunun Ana Prensipleri, Kur'an Hukuk, Ankara 1956 s.6 vd.

9 Kuran-ı Kerim'de adaletin geçtiği yerler oldukça fazladır. Örneğin: Bakara suresi, Sure 2, 143 ve 282. Ayetler; Al-i İmran Suresi, Sure 3, 18, 21, 113. Ayetler; Nisa Suresi, Sure 4, 3 ve 129. Ayetler;

kesin bir şekilde belirtilmiştir. Hakimlere hitap eden birden fazla ayetler vardır. Bu hükümlere göre: Hakim, hakkaniyet dahilinde adaletli olmalıdır. Hakim, hak ve nasfetle hükmetmelidir. Örneğin:

"Allah için gereğini yapan hakimler, adalet timsali şahitler olunuz ve sakın bir topluma olan kininiz sizi adaletsizliğe sürüklemesin. Adil olun, takvaya en yakın olanı odur". "…Eğer karar verirsen, aralarında adaletle karar ver. Çünkü, Allah, adil olanları sever"[10].

"Allah size…insanlar arasında karar verdiğiniz zaman adaletle karar vermenizi emrediyor"[11]. Nisa suresinde fakir, zengin insanlar arasındaki uyuşmazlıklarda, hakimlerin adaletli olmasından bahsedilmektedir[12].

"Hiç bu kişi, adaletle emreden ve doğru yolda giden kimseyle bir olur mu?". "Haberiniz olsun ki Allah, size… adaleti emrediyor"[13]. "İnsanlar arasında hak ile hükmet ve keyfe tabi olma"[14]. "Biz, birimizin diğerinin hakkını ihlal ettiği davacıyız. Şimdi sen, aramızda hak ile hükmet ve aşırı gitme; bizi doğru yolun ortasına çıkar"[15]. "Aralarında hüküm, adil olarak imza edilmiştir; hiç birine haksızlık edilmez"[16].

Maide Suresi, Sure 5, 44, 46-50 ve 95. Ayetler; Yunus Suresi, Sure 10, 4. Ayet; Mümtehine Suresi, Sure 60, 8. Ayet; Talak Suresi, Sure 65, 2. Ayet; Tin Suresi, Sure 95, 8. Ayet.

[10] Maide Suresi, Sure 5, 8 ve 42. Ayetler. "Müşriklere olan kininizin şiddeti, sizi adaletten inhirafe sevketmesin. Dostunuza ve düşmanınıza adalet ediniz. Adalet takvaya en yakındır" (Maide 8: **Berki/Hamidi** s.8-9). "Ey Muhammed, bir meseleden dolayı muhakeme olmak için huzuruna gelirlerse aralarında hükmet. Mahkemelerini rüyet edersen, Allah'ın emrettiği adaletle aralarında hükmet. Allah, adaletle muttasıf olanları sever, korur ve şereflerini yükseltir" (Maide 42). "Filhakika şerefli hakim adalete hükmeden, adaleti hiçbir mülahazaya kurban etmeyen vekar ve istikametle mücehhez olan hakimdir. Hukukta faziletin diğer bir rüknü de ilim, bilgidir. Bilgisiz hakim, hüsnüniyetli olsa dahi adaleti, en kıymetli fazileti cehli ile katleder. Mücerret, dürüst ve vakur olmak adaletle hüküm için kafi değildir. Zira teknik hukuk bilgisinde adalet ve müsavat, halkın anladığı gibi değildir" (**Berki/Hamidi** s.7 dn.4, s.9 dn.7).

[11] Nisa Suresi, Sure 4, 58. Ayet. "İnsanlar arasında hükmettiğiniz zaman insaf ve seviye dahilinde iki tarafın hükmünüzden memnun olacak şekilde adalet ile hükmetmenizi Allah emreder…" (Nisa 58: **Berki/Hamidi** s.8).

[12] "Ey iman edenler! Hak üzere olup, adaleti yerine getirmeye uğraşan hakimler! Zengin olsun, fakir olsun, kendinizin, anne ve babanızın ve en yakınlarınızın aleyhine de olsa Allah için şahitlik yapınız. Çünkü, Allah ikisinden de daha yakındır. Onun için gerçekten dönüp de nefsin arzusuna uymayın. Eğer dilinizi eğip büker veya çekinirseniz, şüphesiz ki Allah bütün yaptıklarınızdan haberdardır" (Nisa Suresi, Sure 4, 135. Ayet). "Ey müminler; adaleti daimi surette, olduğu gibi, hakkıyla icra ediniz. Zengini sevmek veya fakire merhamet etmek gibi şahsi meyil ve maksadlarınızın tesiriyle adaletten sapmayınız…" (Nisa 134-135: **Berki/Hamidi** s.8).

[13] Nahl Suresi, Sure 16, 76 ve 90. Ayetler.

[14] Sad Suresi, Sure 38, 26. Ayet.

[15] Sad Suresi, Sure 38, 22. Ayet.

[16] Yunus Suresi, Sure 10, 54. Ayet. "Biz ise kıyamet günü adaletli teraziler koyarız; hiçbir kimseye zerre kadar zulmedilmez" (Enbiya Suresi, Sure 21, 47. Ayet).

"Söz sahibi olduğunuz zaman, yakınınız da olsa hep adaleti gözetin"[17].

"Eğer müminlerden iki grup çarpışırlarsa hemen aralarını bulun, barıştırın…Eğer dönerlerse, yine adaletle aralarını düzeltin ve hep insaflı olun. Çünkü, Allah adaletli davrananları sever"[18].

"…Ne kötü hüküm veriyorlar"[19]. "Vah sizlere! Nasıl hükmediyorsunuz?"[20].

"De ki: Rabbim, adaleti ve insafı emretti"[21]. "Bunun üzerine vicdanlarına müracaat ettiler ve dediler ki: Doğrusu siz haksızsınız"[22]. "Vicdanları kesin olarak inandığı halde, sırf zulüm ve kibir yüzünden onları inkar ettiler"[23]. "Şunu vicdanınıza hiç sordunuz mu?"[24].

"İnsanlar adaleti yerine getirsinler diye beraberlerinde kitap ve teraziyi indirdik"[25]. "Tartıyı adaletle doğru tutun, tartıyı aksatmayın"[26].

"Hiç bilenlerle bilmeyenler bir olur mu?"[27]. " "İyi inceleyin, iyi dinleyin"[28]. "Ona dair bir bilgileri de yok, sırf zanna uyuyorlar. Halbuki zan, gerçek namına hiçbir şey ifade etmez"[29].

---

17 En'am Suresi, Sure 6, 152. Ayet. "Bir şey hakkında hüküm veya şehadet ettiğiniz vakit tarafeynden biri akrabanız olsa dahi şer'i hükümleri icra ve adaleti iltizam etmek suretiyle adaletle hükmediniz.."(En'am 152: **Berki/Hamidi** s.9).

18 Hucurat Suresi, Sure 49, 9. Ayet. "Aralarını adaletle ıslah ediniz. Her işte adaleti iltizam ediniz. Çünkü Allah adilleri sever. Ebedi hayata götüren iyman esasına müntesip müminler kardeştirler. İhtilafa düşen kardeşlerinizin arasını ıslah ediniz" (Hucurat Suresi, Sure 49, 9-10. Ayetler: **Berki/Hamidi** s.10). "Eğer arayı bulur ve haksızlıktan sakınırsanız, Şüphesiz Allah bağışlayıcıdır, acıyıcıdır" (Nisa Suresi, Sure 4, 129. Ayet).

19 En'am Suresi, Sure 6, 136. Ayet. Bkz. Kasas Suresi, Sure 29, 4. Ayet. "Ne kötü hükmediyorlar" (Casiye Suresi, Sure 45, 21. Ayet).

20 Saffat Suresi, Sure 37, 154. Ayet. Bkz. Kalem Suresi, Sure 68, 36. Ayet.

21 A'raf Suresi, Sure 7, 29. Ayet. "Peygamber, Ey Rabbim, hak ile hükmet ve Rabbimiz, isnatlarınıza karşı yardım isteyip sığınılacak bir Rahman'dır dedi" (Enbiya Suresi, Sure 21, 112. Ayet).

22 Enbiya Suresi, Sure 21, 64. Ayet. Kur'an'ı Kerim'de temiz akıl, vicdan, iyi öz, temiz özellik, kalbin katılaşması gibi konularda onlarca ayet vardır. Örneğin: Temiz akıl ve vicdan sahipleri hakkında: İbrahim Suresi, Sure 14, 52. Ayet. Bkz. Akıllı ve vicdanı temiz olanlar hakkında: Ra'd Suresi, Sure 13, 19. Ayet. B Sad Suresi, Sure 38, 46. Ayet. Bkz. kalpleri katılaşmış kimseler hakkında: Hadid Suresi, Sure 57, 16. Ayet.

23 Neml Suresi, Sure 27, 14. Ayet. "Bak, vicdanlarına karşı nasıl yalan söylediler" (En'am Suresi, Sure 6, 24. Ayet). "Vicdanlarına karşı kendi inkarlarına kendileri şahit oluyorken…" (Tevbe Suresi, Sure 9, 17. Ayet). "Vicdanları da kendilerini sıktı" (Tevbe Suresi, Sure 9, 118. Ayet). "Vicdanı yanında Allah'ı bulur" (Nur Suresi, Sure 24, 39. Ayet). "İnsanların vicdanlarını aydınlatacak basiretler olarak…" (Kasas Suresi, Sure 28, 43. Ayet).

24 Ahkaf Suresi, Sure 46, 10. Ayet.

25 Hadid Suresi (Sure 57), 25. Ayet.

26 Rahman Suresi, Sure 55, 7-8-9. Ayetler.

"Temizlenen de, sırf kendisi için temizlenmiş olur"[30]. "Doğrusu, temizlenen kurtulmuştur"[31]. "Sen güzellikle yüz çevir, yumuşak davran"[32].

"Şüphesiz ki sen, en büyük bir ahlak üzerindesin"[33]. "İyi iş yapan kendi lehine; kötülük yapan da kendi aleyhine yapmış olur"[34]. "İyi işler yapan kimselerle, kötülük yapan bir olmaz: Siz çok az düşünüyorsunuz"[35].

"Gerçekten onlar, iyiliklerde yarışır, ümitle ve korkuyla bize yalvarırlardı. Bize karşı çok saygılı idiler"[36].

"Siz de doğru dürüst çalışın, daha iyi işler yapın"[37]. "Güzel ve doğru söz söyleyin"[38]. "Orada, kendisine itaat edilen, güvenilir biridir"[39].

"Yerli ve yabancı bütün insanlar için eşit olarak yaptığımız Mescid-i Haramdan alıkoyanlar ve onun içinde zulüm ve inkara yeltenen her kim varsa, biz onlara muhakkak elem verici bir azap tattırırız"[40].

Hakimde olması gereken vasıflardan biri de, tarafları önce sulhe (barışa, uzlaşmaya) davet etmektir (HMK m. 137, m.320). Hakimin, hiç ümit olması bile tarafları sulhe teşvik etmesinde bir mahzur yoktur. Tarafları sulh konusunda ikna edici sözler söyleyebilir. Bunlar hakimin reddi sebebi de olmamalıdır. Uygulamada, hakimlerin ret sebebi olabilir düşüncesiyle, sulh konusunda genel olarak hatırlatmada bulunduğu, ciddi ve ikna edici bir davranış

---

27 Zümer Suresi, Sure 39, 9. Ayet. "…Hayır, onların çoğu ilim sahibi değiller" (Neml Suresi, Sure 27, 61. Ayet). "İnsanlardan kimisi de vardır ki, Allah hakkında bilgisizce tartışır durur" (Hacc Suresi, Sure 22, 3. Ayet).

28 Nisa Suresi, Sure 4, 94. Ayet; "Ey iman edenler! Eğer bir fasık size bir haber getirirse, onu iyice araştırın ki, bilmeyerek bir topluluğa sataşırsınız da yaptığınıza pişman olursunuz" (Hucurat Suresi, Sure 49, 6. Ayet).

29 Necm Suresi, Sure 53, 28. Ayet.

30 Fatır Suresi, Sure 35, 18. Ayet. Bkz. Temizlenme hakkında: Abese Suresi, Sure 80, 3 ve 7. Ayetler; Bakara Suresi, Sure 2, 129, 151 ve 232. Ayetler; Al-i İmran Suresi, Sure 3, 77, 164. Ayetler; Nisa Suresi, Sure 4, 49. Ayet; Tevbe Suresi, Sure 9, 103. Ayet; Cuma Suresi, Sure 62, 2. Ayet.

31 Ala Suresi, Sure 87, 14. Ayet.

32 Hicr Suresi, Sure 15, 85. Ayet. Bkz. Ayrıca, rahmet ile yumuşak davranma ve yapılacak işlerde görüş almak hakkında: Al-i İmran Suresi, Sure 3, 159. Ayet.

33 Kalem Suresi, Sure 68, 4. Ayet.

34 Fussilet Suresi, Sure 41, 46. Ayet. Bkz. Ayrıca: Casiye Suresi, Sure 45, 15. Ayet.

35 Mü'min Suresi, Sure 40, 58. Ayet; Neml Suresi, Sure 27, 62. Ayet; En'am Suresi, Sure 6, 50. Ayet; Ra'd Suresi, Sure 13, 16. Ayet. "İyilik de, kötülük de bir olmaz. Kötülüğü, en güzel olan iyilikle defettiğin zaman bakarsın ki, seninle arasında bir düşmanlık bulunan kimse, candan bir dost gibi olmuş" (Fussilet Suresi, Sure 41, 34. Ayet).

36 Enbiya Suresi, Sure 21, 90. Ayet. "Her kim, Allah'ın hürmet edilmesini istediği hususlara saygı gösterirse, bu kendisi için Rabbi indinde mutlaka hayırlı olur" (Hacc Suresi, Sure 22, 30. Ayet).

37 Sebe Suresi, Sure 34, 11. Ayet.

38 Ahzab Suresi, Sure 33, 32. Ayet. "Ey iman edenler! Allah'tan korkun ve doğru söz söyleyin" (Ahzap Suresi, Sure 33, 70. Ayet).

39 Tekvir Suresi, Sure 81, 21. Ayet.

40 Hacc Suresi, Sure 22, 25. Ayet.

içinde olmadıkları gözlemlenmektedir. Bir Hakimin, sulh ile uyuşmazlığı sonlandırmayı taraflara hatırlatması bir çok yönden yararlıdır. Taraflar sulh olursa, taraflar arasındaki kin ve nefret ortadan kalkabilir, aralarında sevgi ve saygı oluşabilir, karar usul ekonomisine, adil yargılanma gibi bazı ilkelere uygun olarak verilmiş olur.

Kur'an- Kerim'de, "sulh daha hayırlıdır" hükmü vardır[41]. Hz. Muhammed bizzat baktığı davalarda, tarafları sulhe teşvik etmiş[42]; "bir haramı helal, bir helali de haram kılan müstesna, sulh Müslümanlar arasında caizdir" demiştir[43].

Hz. Muhammed'in, adaletle ilgili bazı Hadisi Şerifleri vardır. Örneğin: "Bir kavimde haksız ve adaletsiz hüküm arttıkça orada mutlaka kan dökülmesi (anarşi) yaygınlaşır". "Semavat adaletle kaimdir, ayaktadır". "Kim kadılık talep eder ve bunun gerçekleşmesinde şefaatçilere başvurursa (iş) kendisine yıkılır (Allah'ın yardımı olmaz). Kime de o iş zorla verilirse, Allah onu doğruya sevkedecek bir melek gönderir". "Kim Müslümanların kadılık hizmetini talep etse, sonra adaleti zulmüne galebe çalsa cennete gider. Zulmü adaletine galebe çalsa, ateş onundur". "Kadı zulmetmedikçe, Allah Teala Hazretleri onunla birliktedir (yardımcısıdır). Zulme yer verdiği zaman onu terkeder, artık şeytan onunla beraber olur"[44].

Kur'an-ı Kerim'de, diğer dinlere ait adaletle ilgili hükümleri de görmek mümkündür. Örneğin: "Evet, Musa'nın kavminden bir topluluk var ki, hakka çağırırlar ve onunla adaletli davranırlar"[45]. "Yine bizim yarattıklarımızdan öyle bir ümmet var ki, hakka rehberlik ederler ve onunla adaleti icra ederler"[46]. "Her ümmetin bir peygamberi vardır; o peygamberleri geldiği zaman aralarında adaletle hüküm verilir, hiç birine zulmedilmez"[47].

Bu Ayetlerden hareketle, Kur'an-ı Kerim'de: İnsanların hangi dinden, inançtan, düşünceden, etnik kökenden olursa olsun; adalete ve diğer doğru şeylere teşvik edildiğini söylemek mümkündür. Müslüman, Hristiyan, Yahudi bir hakim veya diğer inanç ve düşüncedeki ve farklı ırka, cinsiyete mensup hakimler adaletin ve diğer doğruların yanında olmalıdır.

---

41 Nisa 128.

42 **Canan** İ., Hadis Ansiklopedisi, C. 13, İstanbul (tarihsiz), s. 476.

43 **Zuhayli** V., İslam Fıkhı Ansiklopedisi, C. 8 İstanbul 1994 s. 258-259 ve s. 500 ve C. 6 s. 403-404.

44 **Canan** C. 6, s. 442; C. 13, s.433-434; C. 16, s. 327-328.

45 A'raf Suresi, Sure 7, 159. Ayet. Diğer Peygamberlere de adaletten ayrılmamaları hususunda Kur'anda bazı ayetler vardır: "Ey Davud, Biz, seni yeryüzünde insanların işini tedvire, şahsi meyillerinin tesirine ittiba etmeden İlahi hükümlerle insanlar arasında adaletle hükmetmen için istihlaf ettik.." (Sad 26) (**Berki/Hamidi** s.10).

46 A'raf Suresi, Sure 7, 181. Ayet.

47 Yunus Suresi, Sure 10, 47. Ayet.

Tevrat ve İncilde de, Süleyman Peygamberin adalet anlayışından bahsedilmektedir. Süleyman Peygamber gibi, diğer Peygamberlerin de çok iyi birer hakim olduklarına; Allah'ın, adaletli davranmaları için onları ikaz ettiğine ve eğittiğine inanılır. İncilde de Allah: "Ben hakimlere emretmiştim ki; yabancılara, kardeşlerinize, büyüklere, küçüklere eşit davranınız. Onlar arasında ayırımcılık yapmayınız. Hiç kimseden de korkmayınız" diye nasihat vermektedir[48].

2.KİŞİLERİN GÖRÜŞLERİ

Hakimler tarafından verilen cevaplardan bazılarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

Çağdaşlık; demokratlık; bilgili olmak; insan haklarına saygılı olmak; iyi giyinmek; örnek insan olmak; kültürlü olmak; kitap okumak; halk içinde olmak, halkın dertlerini görmek, halkla birlikte dolmuş gibi toplu ulaşım vasıtalarına binmek ve iş yerine bunlarla gidip gelmek; kin, nefret ve öfkeden uzak olmak, sabırlı olmak; somut olay adaletini gerçekleştirmek; ön yargılardan arınmak, peşin hükümlü olmamak (dünya görüşleri, siyasi, etnik… ve diğer olumsuz şeyleri karara yansıtmamak); kendine özeleştiri getirmek, kendi otokritiğini yapmak; tarafsızlık, bağımsızlık; mesleğin saygınlığını korumak; merhametin ölçüsünü korumak; kanun ve vicdan arasında dengeyi kurmak, kamu vicdanına önem vermek; kanunları, kanun koyucunun iradesi dışında yorumlamamak; kendi vicdanını dinlemek, kendini hesaba çekmek, vicdan sahibi olmak; karşısına gelenleri anne, baba veya kardeşi veya evladı olarak görmek; toplumla iç içe yaşamak, toplumdan soyutlanmamak gibi.

Bir hakimde olması gereken vasıflar nelerdir? Sorusuna, avukatların verdikleri cevapları şu şekilde belirtebiliriz:

Adaletli olmaları; mevzuata uygun davranmaları; tarafsız ve bağımsız olmaları; soyut iddia ve hukuka aykırı delillere itibar etmemeleri; somut ve hukuka uygun delilleri dikkate almaları; adil yargılama, usul ekonomisi gibi usul kural ve ilkelerine uygun hareket etmeleri; gerekçeli karar vermeleri ve gerekçenin somut, ikna edici olması; ön yargılı olmamaları; keyfi karar vermemeleri; insani vasıflarını muhafaza etmeleri; davaları kısa sürede bitirmesi; emeklilik yaklaştığı gerekçesiyle karar vermekten kaçınmamaları; taraflara ve mübaşir gibi mahkeme görevlilerine nezaketli, saygılı olmaları; duruşma salonunda avukatlara, stajyerlere ve diğer kimselere kızmamaları; kızgın, öfkeli, insanları küçümseyen hakim olarak nam salmamaları; hukuki dinlenilme hakkına uymaları; eşit işlem yapmaları; duruşma dışında taraflardan

[48] **Çelik** A., Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Ankara 2007 s. 51-52 dn.244.

biri veya birkaçı ile birlikte olmamaları, telefon ve benzeri iletişim araçları ile irtibat kurmamaları; duruşmalara zamanında gelmeleri; duruşma salonunda mevzuat gereği kalkılması gerekenlerde ayağa kalkılması; karar vermede gecikmemeleri; avukatlara değer vermeleri gibi.

Hukukçu olmayan kişilerin verdikleri cevaplar ise şu şekildedir: Ciddiyet (ciddi olmalı), çocuk sahibi olma, nazik, bilgili, örnek insan, yumuşaklık, kalp kırmayan, adaletli, kibirsiz, rüşvet almayan, bağımsız, tarafsız, vicdan sahibi, zulüm yapmayan gibi.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Farklı bakış açılarına göre cevaplar da değişebilmektir[49].

3.BAZI HUKUKLARDAKİ DURUM

A.OSMANLI HUKUKU VE MECELLE[50]

Osmanlı Hukukunda, hakim mümeyyiz ve reşit olmalıdır. Küçükler, akıl hastaları, görmeyenler, tarafların seslerini işitmeyecek kadar sağır olanlar hakim olamaz. Bu hukukta, bağımsızlık, tarafsızlık, adaletli olma gibi bazı vasıflar aranmış ve bu konuda Mecelle'de bazı hükümlere yer verilmiştir[51].

Mecelle m. 1792 hükmü, hakimin vasıflarını bir maddede ve bazı tek kelimelerle ifade eden ilginç bir düzenlemedir. Bu şekildeki bir hüküm, Hukukumuzdaki yürürlükteki kurallarda ve yabancı hukukta bulunmamaktadır:

---

[49] Bazı edebiyatla ilgili eserlerde, hakim ve hukukla ilgili hususlara yer verildiği görülmektedir. Hz. Mevlana'nın Mesnevi ve diğer eserlerinde hukuk ve hakimin vasıflarına dair satırlarını görmek mümkündür (bkz. **Akcan** R., Mevlana ve Hukuk, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/ 1, Cilt 1, s.323 vd). Bu konuda hakimlerle ilgili şiirler yazılmıştır. Örneğin: Abdurrahim Karakoç'un "Hakim Beğ" şiiri gibi. Bir eserde: "Adalet yalnızca kurumlarla, rasyonel akılla sağlanabilecek soyut bir düşünce modeli değildir. Adalet, bireylerin duyguları ve yaşantılarıyla edindikleri adalet duygusunun devreye girmesiyle sağlanabilecektir. Adalet kişisel bir karekterin işlevidir ve büyük bir kuram olmaktan ziyade, sıradan olana dair, günlük bir histir" denilmektedir (Robert Solomon'un: "Adalet Tutkusu" adlı eseri: Bkz. **Ulutaş A./Atabey Ö.** S., Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Yargı Etiği, Ulusal Düzenlemeler, Uluslararası Düzenleme ve İlkeler, Yargı Kararları, İstanbul 2011 s. 2). Ayrıca bkz: **Karafakih** İ. H., Hukuk Muhakemeleri Esasları, Ankara 1952 s. 27.

[50] Hukukumuzla ilgili olarak, yürürlükteki mevzuat yanında, geçmişte tatbik edilmiş Mecelle gibi bazı hukuk kurallarının da incelenmesinde, geçmişle günümüz ve gelecek arasında doğruların tespiti için yarar görülmüştür.

[51] **Kaşıkçı** O., İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997 s. 296. Mecelle hakkında bkz: **Yılmaz** E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001 s. 565 mecelle kavramı (Yılmaz-Sözlük). Osmanlı Hukuku için bkz: **Akyılmaz** G., Selçuklu Adliye Teşkilatı ve Osmanlı Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkileri (Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995 s. 23 vd.); **Akgündüz** A., Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Diyarbakır 1986; **Özkorkut** N. Ü., Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD) 2003/4 s. 147 vd); **Özkorkut** N.Ü., Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiyesi'nde Yargıya Genel Bir Bakış (AÜHFD 2008/1 s. 225 vd); **Demir** A., Osmanlı Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2009; **Bingöl** İ., Yargımız, Ankara 1994, s. 25 vd.

Madde 1792 hükmü şu şekildedir: "Hakim, hakim, fehim, müstakim ve emin, mekin, metin olmalıdır*".*

Bu kavramlara verilecek anlama göre, hakimin vasıflarının farklı şekilde ifadesi mümkün olabilecektir. Örneğin:

"*Hakîm*" kavramı: "Alim, bilgin, hikmetli, hikmet uzmanı, herkesçe bilinmeyeni bilen, evrenin sırlarını bilen kişi, iş ve emirleri hikmetli ve yanlışsız olan" anlamındadır[52]. Bu kavrama, adil ve akıllı anlamı da verilmektedir[53].

"*Fehîm*" kavramı: "Zeki, anlayışlı[54], akıllı" anlamındadır [55]. Hakim, hukuk kurallarını çok iyi anlamalı, kavramalı ve bilmelidir[56].

"*Müstakîm*" kavramının: "Doğru[57], namuslu, dik, dürüst" anlamları vardır[58].

"*Emîn*" kavramı: "Emniyetli, güvenilir" anlamındadır [59]. Bu kavramın şu anlamları da vardır: "Sağlam, tehlikeden uzak, güvenlik altında, kendisine emanet edilebilen kişi, inanılır"[60].

Mecellede, müstakîm ve emîn kavramlarına birlikte yer verilmiştir. Hakim doğru olmalıdır, hilekar olmamalıdır, namuslu olmalıdır[61]. Bu iki kavram, birbiriyle çok yüksek bir irtibat içinde olmasından dolayı, mevzuatta bir arada yer almışlardır denilebilir. Bu hüküm uyarınca, hakim doğru, güvenilir, dürüst ve namuslu (edepli, haya sahibi) olmalıdır. Bunları hep birlikte farklı manalar ile ifade etmek mümkündür. Örneğin, doğru ve güvenilir veya doğru ve dürüst veya doğru ve namuslu olmalıdır gibi.

---

52 **Yılmaz**-Sözlük s. 334 "hakîm" kavramı.

53 **Akyılmaz** G., Mecelleye Göre Hakimin Vasıfları (Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, 1996/5 s. 21 (Akyılmaz-Mecelle); **Özen** M., Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004 s. 61 dn.140.

54 **Berki** A. H., Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), İstanbul 1982 s. 407; **Yılmaz**-Sözlük s. 283 "fehim" kavramı; **Özen** s. 61 dn.140.

55 **Yılmaz**-Sözlük s. 283 "fehim" kavramı.

56 **Akyılmaz**-Mecelle s. 21.

57 **Özen** s.61 dn. 140; **Berki** s. 407; **Yılmaz-**Sözlük s. 635 "müstakim" kavramı.

58 **Yılmaz**-Sözlük s. 635 "müstakim" kavramı. Müstakim'in, istikameti doğru ve mutedil manasının da olduğu hakkında bkz: **Akyılmaz**-Mecelle s.21.

59 **Berki** s. 407; **Yılmaz**-Sözlük s. 254 "emin" kavramı.

60 **Yılmaz**-Sözlük, s. 254 "emin" kavramı.

61 **Akyılmaz**-Mecelle s. 21. "Namuslu olmayan birinin hakim tayin edilmesi asla caiz değildir. Tayin olmuşsa azli gerekir. Çünkü, böyle bir hakime emniyet olunmaz" şeklindeki görüş için bkz: **Akyılmaz**-Mecelle s. 21. Yine bu görüşe göre: "Gadr (hainlik, merhametsizlik) eden ve hain olan kimseye kadılık (hakimlik) tevciye olunmamalıdır. Emin iken tevciye-i kaza olunsa da sonra gadr-ü hıyanet etse o kadının azli lazım gelir" (**Akyılmaz**-Mecelle s. 21).

"*Mekîn*" kavramını: "Vakarlı, temkinli[62], sakin, nüfuzlu, iktidar sahibi[63], hakimin muhakeme esnasında ciddi, dikkatli olması; kendinin ve mahkemenin şeref ve haysiyetini koruması şeklinde anlayabiliriz.

"*Metin"* kavramı: "Sağlam, dayanıklı" anlamındadır[64].

Mecelledeki bu hükmü, hakimlerin iç dünyasından gelen olumsuz düşüncelerden ve her türlü dış etkiden uzak kalarak sağlam iradeli olması gerekir şeklinde anlayabiliriz. Hakim, olumsuz iç ve dış etkilere kapılmadan; bağımsız, tarafsız, ön yargısız kalarak, mevzuat ve vicdanının ışığında adaletli kararlar vermelidir.

Mecelle m. 1792 dışında, m. 1793-1799, m.1808'de de hakimle ilgili diğer bazı vasıflara vurgu yapıldığını; fakat, asıl vasıfların m. 1792'de yer aldığını söyleyebiliriz.

B.ROMA HUKUKU

Geçmişte tatbik edilmiş ve bugün birçok ülke hukukunu etkilemiş Roma Hukukunu da, hakimin vasıfları yönüyle incelemekte yarar vardır.

Bu hukukta farklı dönemlerde; hakim, imparator, rahip, şövalye, vali veya magistra gibi yetkililerce veya oluşturulan listelerden taraflarca veya yetkili kişilerce seçilmiştir. Buradan hareketle, Roma Hukuku açısından, hakimin seçimi bunlardan hangisi ile olmuşsa, hakimin vasıflarının da o şekilde olacağını söylemek mümkündür. Bu hukukta, hakimde, vicdan sahibi olmak, dürüst olmak, adaletli olmak, rüşvet almamak gibi bazı vasıfların arandığını belirtebiliriz[65].

---

62 **Berki** s. 407; **Yılmaz**-Sözlük s. 570 "mekin" kavramı; **Özen** s.61 dn.140.

63 **Yılmaz**-Sözlük s. 570 "mekin" kavramı. Bu kavrama, ağırbaşlılık, kuvvet ve şerif sahibi olarak da anlamlar verilmektedir (**Akyılmaz**-Mecelle s. 21).

64 **Berki** s. 407. "Metin" kavramı, "metanetli" olarak da ifade edilmektedir (**Özen** s. 61 dn.140). Bu kavram, sert, asık yüzlü olmama anlamına da gelmektedir. Hakim güler yüzlü ve tatlı sözlü olmalıdır (**Akyılmaz**-Mecelle s.21).

65 **Erdoğmuş B./Tahiroğlu** B., Roma Usul Hukuku, İstanbul 1977 s. 8-10, s.19, s.22, s.24, s.31-32, s.35-36. Ayrıca bkz: **Erdoğmuş** B., Roma Hukukunda Hakimin Sorumluluğu (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, 2007, s. 103-109); **Karagöz** H., Roma Hukukunda Adalet ve Hakkaniyetin Anlamı ve Gerçekleşme Biçimi (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1 s.35 vd); **Oğuzoğlu** C., Roma Hukuku, Ankara 1959 s. 327 vd; **Sungurtekin Özkan M./Türkoğlu Özdemir** G., Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılama Esasları, Ankara 2008 s. 23 vd; **Türkoğlu Özdemir** G., Roma Hukukunda Hakimin Sorumluluğu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.14, Sayı 4-Sempozyum Özel Sayısı-, 2008, s. 275-302); **Umur** Z., Roma Hukuku (Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi), İstanbul 1970 s.198, s.203, s.205-208, s.232-233, s.274, s.278, s.281, s.283, s.297-298, s.303, s.306, s.314.

C.ALMAN HUKUKU

Bu hukukta, hakim kavramı, hakimlerin hukuki durumu ve hakimlerle ilgili diğer hususlar ayrıntılı olarak, Alman Hakimler Kanununda düzenlenmiştir. Anayasa m. 97 ve Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu m.25 vd, Mahkemeler Teşkilatı Kanunu m.1 hakimin bağımsızlığını düzenlemiştir. Bu hükümlere göre: Hakim, kanunların uygulanması esnasında, görevini yerine getirirken bağımsızdır. Hakimin bağımsızlığı, hukuk devletinin ilkelerinden biri olarak görülmektedir. Hakim, mesleki görevinin içinde ve dışında ve politik faaliyetlerinde, bağımsızlığını tehlikeye düşürecek davranışlardan uzak kalmalıdır. Bağımsızlıktan, maddi ve şahsi bağımsızlık anlaşılmakta; bunların birbirinden farklılığı vurgulanmaktadır. Maddi bağımsızlık (Anayasa m.97), somut olaydan bağımsız olmadır. Bağımsızlığın gerçekleştirilmesi gerekir. İç bağımsızlık olmalıdır. Dışa karşı objektif olunmalıdır. Adaletin gerçekleştirilmesinde, hukuk devleti ilkelerinin gerçekleştirilmesine çalışılmalıdır. Demokratik hukuk devletinde, hakimin bağımsızlığı önemli bir anlama sahiptir ve düşünce hürriyetinin sınırları ile ilgilidir. Hakim kanunlarla bağlıdır. Kanun, bir hukuk normudur. Bunun içine, yürütmenin koyduğu kurallar, örf ve adet de dahildir[66]. Bu hukukta, hakimlerin vasıflarıyla ilgili olarak, mevzuatta farklı yerlerde düzenlemelerin olduğunu ve ağırlıklı olarak, hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerinde durulduğunu söylemek mümkündür.

Ç.İSVİÇRE HUKUKU

Bu Hukukta, hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin hükümleri görmek mümkündür. İsviçre Anayasası m. 5'de hukuk devleti, m. 7 ve devamında temel haklar düzenlenmiştir. Madde 7 insani değerleri, m. 8 hukuki eşitliği, m. 156 yargılamaları, m.188 mahkemeleri, m. 191 hakimin bağımsızlığına yer vermiştir. Madde 191 hükmüne göre, hakim resmi görevlerinde yargılama faaliyetlerini yerine getirirken, hukuk dışında bağımsızdır. Hakim yalnızca hukukla bağlı olacaktır. İsviçre Usul Kanunu m. 47 ve devamında, hakimin çekinmesine[67] ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Federal Mahkemeler Kanunu m.2 bağımsızlığı düzenlemiştir. Federal mahkeme, hukuki

---

[66] Alman Hakimler Kanunu m. 25 vd, m. 39, m. 45; Alman Usul Kanunu m. 41 ve devamında hakimin tarafsızlığını sağlamak amacıyla hakimin yasaklılığı ve reddi düzenlenmiştir. Alman Hakimler Kanunu m. 9'da hakim olabilmenin şartları belirtilmiştir. Alman hukukundaki hakimin tarafsızlığı, bağımsızlığı, hakim olabilmenin şartları ve hakimlerle ilgili diğer konularda bkz: **Baumbach A./Lauterbach/Albers J./Hartmann** P., Zivilprozessordnung München 1997 s.2279 vd; **Jauernig** O., Zivilprozessrecht München 1993 s.24 vd, s.40 vd; **Zöller R./Geimer R./Hessler H.J./Greger R./Philippi P./Gummer P./ Stöber K./Herget K./Vollkommer** M., Kommentar Zur Zivilprozesssordnung, Köln 2005 s.173 vd, s.2533, s.2536-2537; **Schellhammer** K., Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, Heidelberg 1997 s.298 vd.

[67] İstinkafına, yasaklılığına.

faaliyetlerinde hukuk dışında bağımsızdır. Hakimin verdiği kararlar, kanuni hükümler çerçevesinde geçersiz kılınabilir veya değiştirilebilir. Federal Mahkemeler Kanununda, bağımsızlıkla ilgili düzenleme yanında, m.34 ve devamında hakimin tarafsızlığına ilişkin hükümler vardır[68]. Bu hükümlerden hareketle, İsviçre Hukukunda, bağımsızlık ve tarafsızlık hakimde olması gereken vasıflardır diyebiliriz. Bu hukukta da, Alman Hukukunda olduğu gibi, hakimin vasıflarına yönelik mevzuatta belli bir yerde düzenleme bulunmamaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık üzerinde çok durulmuş ve bunlarla ilgili hükümler, mevzuatta farklı yerlerde belirtilmiştir.

D.AVUSTURYA HUKUKU

Anayasada ve Hakimler ve Savcılar Görev Kanununda, hakimlerle ilgili bazı düzenlemeler mevcuttur. Anayasa m. 87'de hakimin bağımsızlığı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hakim görevi sırasında bağımsızdır.

Hakim ve Savcılar Görev Kanununda, bu meslek sahipleri ile ilgili değişik konular düzenlenmiştir. Bazı konular, hakim veya savcı olarak ayrı başlıklarda ele alınmıştır. Bu kanun m.2, hakimlik mesleğine hazırlık şartlarını; m. 26 hakimliğe atanma şartlarını içermektedir. Bazı maddeler, hakim ve savcılar için ortak düzenlenmiştir. Örneğin, m. 57 hakim ve savcıların genel yükümlülükleri başlığını taşımaktadır. Buna göre, belirtilen meslek sahipleri, Avusturya Cumhuriyetine güveni sağlamalı ve mevzuata uymalıdır. Hakim, görevlerini vicdana uygun, tarafsız, uyumlu ve mümkün olduğu kadar hızlı yerine getirmelidir. Hakim iyi bir bilgi sahibi olmalıdır. Meslek dışında da, davranışlarına dikkat ederek, mesleki durumunun görünümünü ve hukuki faaliyetlerini tehlikeye atmamalıdır. Yine bu kanun m.58 ve devamında, hakim ve savcıların birbirlerini etkilememeleri, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak susma yükümlülüğü gibi hususlar düzenlenmiştir. Hakim, mahkemedeki görevinin yerine getirilmesi sırasında devlet organlarından bağımsızdır. Bu bağımsızlık, ilk derece ve yüksek mahkemelerdeki hukuk ve ceza işlerinde de geçerlidir. Bağımsızlık, hakimlerin hepsi için geçerlidir. Devlet organları içinde hakimin özel bir durumu vardır. Hakimin maddi ve şahsi bağımsızlığı ayırımı

[68] Bkz. Federal Anayasa için: http://www.admin.ch/ch/d/sr/101/a191c.html: E.T.10.01.2013. Federal Mahkemeler Kanunu için bkz: http://www.admin.ch/ch/d/sr/173_110/index.html. Bkz. Ayrıca İsviçre Hukuku için: **Habscheid** W.J., schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1986 s. 34 vd; **Frank** R., Gerichtswesen und Prozessverlauf, z.B im Kanton Zürich, Zürich 1980; **Bächinger** K., die rechtliche stellung des richters im Kanton St. Gallen, Zürich 1976; **Arthur** M-H., der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951; **Vecchıo** G., die Gerechtigkeit, Basel 1950; **Nef** H., Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich 1941; **Egger** A., Über die Rechtsethık des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1950.

yapılmaktadır. Hakim, hukuki güvenliğe ve eşit işleme uygun kararlar vermelidir. İdarenin etkisine kapalıdır. Kanuni hakim güvencesi geçerlidir[69].

Bu hukukta, diğer hukuklara nazaran, hakim ve savcıların vasıflarına ilişkin daha kapsamlı hükümleri görmek mümkündür. Bu hükümler, mevzuatta belli yerde değil; farklı yerlerde tanzim edilmiştir.

E.AZERBAYCAN HUKUKU

Azerbaycan Hukukunda, hakimin vasıflarına ilişkin; anayasa, medeni usul kanunu ve hakimlerin etik davranış kodeksinde, diğer bazı hukuklardan farklı olarak ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur[70]. Azerbaycan Anayasası, hakimin bazı vasıflarına yer vermesi yönüyle, diğer bazı anayasalardan ayrılmaktadır.

Anayasa Madde 125-127'de, yargı hakimiyeti, hakim olabilmenin şartları, adil yargılanma ilkesi ve hakimlerin bağımsızlığı düzenlenmiştir. Madde 127'de, hakimlerin anayasa ve kanunlar dışında bağımsız olduğu; hakimlerin davalara iyi niyetli, adil, tarafların hukuki eşitliğine, vakıalara dayanarak ve kanuna uygun olarak bakacakları; her hangi bir kişi tarafından ve her hangi bir nedenle doğrudan, yahut dolayısıyla mahkeme faaliyetinin sınırlandırılmasının, kanuna ters etki, baskı ve müdahale gösterilmesinin yasak olduğu; adil yargılamanın, vatandaşların kanun ve mahkeme karşısındaki eşitliği doğrultusunda gerçekleştirileceği vurgulanmıştır.

Azerbaycan Medeni Usul Kanunu[71] madde 6-7-8 ve 19'da hakimin bağımsızlığı, tarafsızlığı, eşitlik ilkesine uymasına dair hükümler mevcuttur.

Hakimlerin etik davranış kodeksinde, hakimlerin vasıflarına yönelik ayrıntılı düzenlemeleri görmek mümkündür[72]. 23 maddede, hakimin vasıflarıyla

---

69 **Rechberger W.H./Simotta** D-A., Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1994 s. 17-19. Bu hukukta, Yüksek Mahkemeler Teşkilatı Kanunu (Verfassungsgerichtshofgesetz) da bulunmaktadır (bkz: http://www.jusline.at. E. T.10.01.2013). Avusturya Anayasası için bkz: http://www.jusline.at/87_B-VG.html (E.T. 10.01.2013). Hakim ve Savcılarla ilgili kanun için bkz: http://www.jusline.at/Richter-_und_Staatsanwaltschaftsdienstgesetz_(RStDG)_Langversion.html (E.T.10.01.2013).

70 Hakimin vasıflarını geniş bir hukuki bakış açısıyla görebilmek ve sağlıklı sonuçlara varabilmek amacıyla, kardeş ve bir doğu ülkesi olan Azerbaycan Hukuku da inceleme konusu yapılmıştır. Bu hukukta, hakimlerle ilgili etik kodeksi, hakimin vasıflarına dairdir. Bizim Hukukumuzda, bu şekilde bir ayrı düzenleme yoktur.

71 Azərbaycan Respublikasinin Mülki Prosessual Məcəlləsi (Azerbaycan Medeni Usul Kanunu) için bkz: **http://www.e-qanun.az/print.php?internal=view&target=1&docid=9&doctype=1** (E. T. 10.01.2013).

72 Bu düzenleme, Azerbaycan Cumhuriyeti, Mahkeme hukuk Şurası tarafından 2007 yılındaki bir kararı ile onaylanmıştır (bkz: http://www.etika.az/?page_id=44: E. T.10.01.2013). Azerbaycan Hukukunda, Mahkemeler ve Hakimler Hakkında Kanun (Məhkəmələr və hakimlər haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu) mevcuttur. Madde 99 ve devamı hakimlerin yetkilerine, bağımsızlığına, dokunulmazlığına, hakimlikle bir arada bulunmayan işlere, hakimin siyasetten uzak tutulmasına,

ilgili hususlara yer verilmiştir. Bunlardan bazıları şu şekildedir. Uygun davranış göstermek, bağımsızlık ve tarafsızlığa saygının artmasına destek vermek, adaletli olmak, vicdanlı olmak, eşitlik ilkesine uymak, edepli ve nezaketli olmak, doğruluk, kanunilik, davada öğrenilen sırları yaymamak, devam eden işlerle ilgili şerhler, izahatlar ve kitle iletişim araçları sahipleri veya diğer mahkeme işlerinde somut fikrini bildirmemek, bilgili olmak, mevzuata uygun davranmak, kendisi ve ailesi yararına aykırı hareket etmemek, hediye ve diğer benzeri şeylerden uzak durmak, siyasi partilere girmemek ve siyasi faaliyetlere katılmamak gibi.

F.HUKUKUMUZ

İnceleme konumuzla ilgili olabilecek Anayasa ve diğer kanunlarda bazı hükümler mevcuttur. Bunlar örnek niteliğindedir. Bunları aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür:

Anayasa m. 2 ve 5, insan haklarından, temel hak ve hürriyetlerden, adaletten ve sosyal hukuk devletinden bahsetmektedir. Madde 9, mahkemelerinden bağımsızlığından; m. 10 kanun önünde eşitlikten; m. 12 ve devamı temel hak ve hürriyetlerden; m.17 ve devamı kişinin haklarından; m.36 hak arama hürriyetinden ve adil yargılanma hakkından; m.37 kanuni hakim güvencesinden; m.38 suç ve cezalara ilişkin esaslardan; m.39 ispat hakkından; temel hak ve hürriyetlerin korunmasından; m.90 milletlerarası antlaşmaları uygun bulmadan; m. 138 bağımsızlıktan ve vicdandan; m. 139 hakimlik ve savcılık teminatından; m.140 hakimlik ve savcılık mesleğinden; m.141 duruşmaların aleni olmasından ve kararların gerekçeli olmasından; m.142 mahkemelerin kuruluşundan; m.144 adalet hizmetlerinin denetiminden; m.145 ve devamı yargı türlerindeki yüksek mahkemelerden; m.154/2 ve m.155/3 Yargıtay ve Danıştay'a üye seçilebilme niteliklerinden; m. 159, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağından ve bu ilkelere uygun görev yapması gerektiğinden bahsetmektedir.

HMK m.34 ve CMK m.22 ve devamında, hakimin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümleri görmek mümkündür.

Yargıtay Kanunu m. 1, m.29, m.30, m.33-38, m.45'; Danıştay Kanunu m. 2'den bağımsızlık, ahlaklı ve seciyeli olma gibi bazı vasıflar tespit edilebilir.

Hakim ve Savcılar Kanunu m. 4, m.8, m.12, m.21, m. 32, m.44, m.46, m.48, m. 53, m.62, m. 67'den bağımsızlık, vicdan sahibi olmak, mesleğe

hakimlerin birlik kurmalarına, hakimlerin maddi ve sosyal teminatlarına ve bazı vasıflarına yer vermektedir (bkz: http://www.supremecourt.gov.az/store/qanunlar/Mehkemeler_Qanunu.pdf: E. T.10.01.2013).

yakışan tutum ve davranışlar içinde olmak, bilgili olmak, şerefli olmak, tarafsızlık gibi bazı vasıflara hakimlerin haiz olması gerektiği söylenebilir. Bu kanunda, hakimlerle ilgili bulunması gereken vasıfları belli bir maddede bulmak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 6 ve 9'dan hareketle, hakim doğruluk, dürüstlük, tarafsızlık, hakka saygılı olma, bağımsızlık, vicdan sahibi olma, namuslu ve şerefli olma gibi bazı vasıflarla mücehhez olmalıdır.

Hukukumuzda, hakimin vasıflarına ilişkin hususları, Anayasada ve belli bir kanunda derli toplu olarak bulmak mümkün değildir. Vasıflar, başta Anayasa olmak üzere, farklı kanunların içine serpiştirilmiş vaziyettedir.

G.DİĞER HUKUKLARDA

Amerikan hukukunda: Bağımsızlık ve tarafsızlığa ağırlık verilmektedir[73].

İngiliz Hukukunda: Hakimin, özellikle bağımsızlığına vurgu yapılmaktadır[74]. *Bulgaristan Hukuku* için de aynı şey söz konusudur[75].

İtalyan Hukukunda: Anayasa'da bağımsızlığa dair hükümler vardır. Anayasa m.101 ve devamı yargı ile ilgili kurallardan oluşmaktadır. Bu hukukta, yargı gücü, diğer güçlerden bağımsızdır. Yargı yetkisi millet adına yerine getirilir. Hakimler, yalnızca kanunlara göre karar verirler. Bağımsızlığa sahip hakim, mutlak sorumsuz değildir. Hakimin hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu bulunmaktadır[76].

Macaristan Hukukunda: Hakimler bağımsızdır, ancak kanunlar ile bağlı olup; hiçbir partiye üye olamazlar ve siyasi faaliyette bulunamazlar[77].

Fransa Hukukunda: Hakim tarafından durumun gerektirdiği yükümlülüklerin, şerefin, nezaketin ve liyakatın ihlali, disiplin sorumluluğuna sebep olabilir. Disiplin sorumluluğu ile meslek ahlakı farklı şeylerdir. Rüşvet alma, yolsuzluk gibi ahlaki bozulma, adalet dağıtmadan kaçınma, hakimin cezai sorumluluğuna sebep olabilir[78].

---

73 **Schack** H., Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, München 1988 s. 4-5; **Schurtman W./Walter** O., Der amerikanische Zivilprozess, Frankfurt 1978 s.30 vd.

74 **Bunge** J., Das englische Zivilprozessrecht, Berlin 1974 s.34.

75 Setimes. com (E. T. 10.01.2013).

76 **Özen** s. 124 vd.

77 **Yılmaz** M., Sosyalizm Sonrası Dönemde Macaristan Cumhuriyetinin Siyasal, Anayasal ve İdari Yapısı Üzerine Bir İnceleme (http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/1997-11.pdf: E. T: 17.11.2012).

78 **Özen** s.129-130.

4.MİLLETLERARASI METİNLERDE DURUM

Bu metinler ikiden fazla ülkenin bir araya gelerek oluşturdukları metinlerdir (belgelerdir). Bu metinlerde, hakimlerde olması gereken ilkeler (değerler, prensipler, kurallar) bazen aynı, bazen birbirine yakın veya farklı kavramlarla belirtilmiştir. Milletlerarası metinlerin en önemli bazıları incelenecektir. Bu metinlerin kaynağını teşkil eden metinler dikkate alındığında; bunların temelini onlarca düzenlemenin oluşturduğunu görmek mümkündür. Örneğin: Bangolar Yargı Etiği ilkelerinin hazırlanmasında, bir çok ülkedeki ve milletlerarası belgelerdeki hakimlerin vasıflarına dair hukuki düzenlemelerden, tasarılardan, standartlardan, ilkelerden, rehberlerden, beyanatlardan ve görüşlerden yararlanılmıştır[79].

[79] ***… Yargı mesleğiyle ilgili taslak kodun hazırlanması aşamasında, varolan çeşitli kodlara ve özellikle aşağıda belirtilen milletlerarası belgelere müracaat edilmiştir****: (**a**) Ağustos 1972 tarihinde Amerika Barolar Birliği tarafından kabul edilen Yargı Etiği Kodu. Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgeler (**b**) Avusturya Eyaletleri ve Toprakları Adalet Başkanı tarafından Nisan 1977 tarihinde çıkartılan Yargısal Bağımsızlık Prensipleri Deklarasyonu. (**c**) Mayıs 2000 tarihinde Bangladeş Halk Cumhuriyeti Anayasasının 96 (4) (a) maddesine göre yürütme kuvveti içerisinde kalan Yüksek Yargı Konseyi tarafından düzenlen Bangladeş Yüksek Mahkeme Hâkimlerine Yönelik Davranış Kodu. (**d**) 1998 tarihli, Kanada Hâkimler Konferansı işbirliği ile hazırlanan ve Kanada Yargı Konseyi tarafından onaylanan Hâkimler için Etik Kurallar. (**e**) Haziran 1998 tarihli, Hâkimlerin statüsüne dair Avrupa Konseyi Şartı. (**f**) 1976 tarihli Idaho Yargı Etiği Kodu. (**g**) 1999 tarihli, Hindistan Adalet Başkanları tarafından kabul edilen Yargısal Hayatla İlgili Değerlerin Yeniden İfadesi. (**h**) Yargı Etiği ile İlgili Iowa Kodu. (**i**) Haziran 1999 tarihli, Kenya Yargı Mensuplarına Yönelik Davranış Kodu. (**j**) 1994 tarihli, Malezya Federal Anayasasının 125 (3A) maddesince erklerin kullanılmasında, Yüksek Mahkemelerin Başkanları ve Temyiz Mahkemesi Başkanı, Adalet Başkanının tavsiyesi üzerine Yang di-Pertuan Agong tarafından hazırlanan Malezya Hâkimlerinin Ahlak Kanunu. (**k**) Namibya Hâkimler İçin Davranış Kanunu. (**l**) ABD New York Eyaleti Yargıda Etiği Düzenleyen Kurallar. (**m**) Nijerya Federal Cumhuriyeti Yargı Mensupları Davranış Kodu. (**n**) Pakistan Yüksek Mahkemesi ve Üst Dereceli Mahkeme Hâkimleri tarafından ileri sürülen Davranış Kodu. (**o**) Eylül 1989 tarihli, Filipinler Yargı Etiği Kodu. (**ö**) Filipinler Barolar Birliği tarafından teklif edilen, Manila İlk Derece Hâkimleri tarafından onaylanan, il ve şehir hâkimlerini de kapsayan Yüksek Mahkemenin idari denetiminde hâkimlerin rehberliği ve gözetimiyle kabul edilen Filipinler Yargı Ahlakı Kanunları. (**p**) Yandina Beyanatı: Kasım 2000 tarihli Solomon Adaları Yargı Bağımsızlığı Prensipleri. Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Milletlerarası Belgeler (**r**) Mart 2000 tarihli Adalet Başkanı, Anayasa Mahkemesi Başkanı, Üst Derece Mahkeme ve Temyiz Mahkemesi Başkanları tarafından çıkartılan Güney Afrika Hâkimlerine Yönelik Rehber. (**s**) Hâkimler ve Sulh Hâkimleri Konferansı tarafından kabul edilen 1984 tarihli Tanzanya Yargı Mensupları Davranış Kodu. (**ş**) Teksas Yargı Etiği Kodu. (**t**) Haziran 1989 tarihli, Yüksek ve Üst Derece Mahkemesi hâkimleri tarafından kabul edilen Hâkimler, Sulh Hâkimleri ve Diğer Yargı Mensupları Davranış Kodu. (**u**) ABD Yargı Konferansı Davranış Kodu. (**ü**) 1998 tarihli, Virginia Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilip ilan edilen, Virginia Cumhuriyeti Yargı Etiği Kanunları. (**v**) Ekim 1995 tarihli, ABD Washington Eyaleti Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilen Yargısal Davranış Kodu (**y**) Aralık 1999 tarihli, Zambiya Parlamentosu tarafından kanunlaştırılan Yargısal Davranış Kanunu. (**z**) 1981 tarihinde, Milletlerarası Hukukçular Komisyonu, Bağımsız Hâkimler ve Hukukçular Birliği Merkezi ve Ceza Hukuku Milletlerarası Birliği tarafından toplanan uzmanların oluşturduğu bir komite tarafından hazırlanan, Yargının Bağımsızlığı üzerine taslak prensipler (Siracusa Prensipleri). (**aa**) 1982 tarihinde, Milletlerarası Barolar Birliği tarafından kabul edilen Minimum Bağımsız Yargı Standartları. (**bb**) 1985 tarihli, BM Genel Kurulu tarafından onaylanan, Yargı

Avrupa Konseyi üye devlet bakanlar komitesi, hakimlerin rolü, etkinliği ve bağımsızlığına ilişkin tavsiye kararını: Avrupa Konseyi Statüsünün bazı maddelerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma ilkesine, Birleşmiş Milletler (BM) Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri gibi bazı bölge ve milletlerarası belgelere dayanarak almıştır[80].

Hakimin vasıfları ile ilgili olarak bazı milletlerarası metinleri aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür:

A.BANGOLAR YARGI ETİĞİ İLKELERİ[81]

Bu ilkeler, belli aşamalardan geçerek günümüzdeki son şeklini almıştır. Bu ilkeler, asıl ilkeler ve ona bağlı olan diğer ilkelerden oluşmaktadır[82].

---

*Bağımsızlığına Dair BM Temel Prensipleri. (**cc**) 1989 tarihli, Yargı Bağımsızlığına Dair Çalışmalar Konusunda BM Özel Raportörü L.V.Singhvi tarafından hazırlanan Bağımsız Adalet Üzerine Evrensel Bildiri Tasarısı (Singhvi Deklerasyonu) (**dd**) Ağustos 1997 tarihli, 6. Adalet Başkanları Konferansı tarafından kabul edilen, Lawasia Bölgesi Yargı Bağımsızlığı Prensipleriyle İlgili Beijing Beyanatı (**ee**) 1998 tarihli, Harare Prensiplerinin etkin bir şekilde uygulanmasını temin etmeye yönelik, insan hakları, hukuk devleti ve iyi yönetimin ilerletilmesi açısından, Yasama, Yürütme ve Yargı arasındaki ilişkileri iyi idare etmeye dair Latimer Cumhuriyet Rehberi. Bangolare Taslağı, • Haziran 2002 tarihli Avusturya Adalet Başkanları Konseyi tarafından yayınlanan Yargısal Davranışla İlgili Rehber, • Baltık ülkeleri hâkimlerine yönelik Davranış Kuralları Modeli, • Çin Halk Cumhuriyeti Hâkimlerine Yönelik Yargı Ahlakı Kodu ve • Makedonya Hâkimler Birliği Yargı Ahlakı Kodu gibi…*

80 Bkz. Bu tavsiye kararı hakkında: Editör: **Tiryaki** M., Mahkemelerin Yönetimi ve Adaletin Kalitesi Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, tarihsiz s. 209 vd; **Erdoğan** G., Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2011 s. 216. Bkz. **Schilken** E., (çev. **Deren-Yıldırım** N.), Medeni Yargılamada Hakimin Rolü (Derleyen: **Yıldırım** K., İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011 s. 39-60); **Yücel** M. T., Türkiye'de Yargının Etkinliği, Ankara 2008 s.255 vd.

81 *2003/43 sayı ile BM tarafından kabul edilen bu ilkelerin önsözünde şu hususlara yer verilmiştir*:…Bu prensipler, hâkimlere rehberlik edecek ve yargı etiğini düzenleyecek bir çerçeveyi yargıya temin edecek şekilde öngörülmüştür. Yine bu prensipler, yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve kamuoyunun, yargıya daha iyi destek olmalarına ve onu daha iyi anlamalarına yardımcı olacak şekilde tasarlanmıştır. Bu prensipler, hâkimlerin; yargı mesleği standartlarını takviye etmek üzere oluşturulan ve bizzat kendileri de bağımsız ve tarafsız olan uygun kurumlar karşısında, meslekî davranışlarından dolayı sorumlu olduklarını varsayar ve bu prensipler, hâkimleri bağlayıcı mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmeyi değil, onları tamamlamak niyetiyle öngörülmüştür.

82 Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, Birleşmiş Milletler'in Şubat 2001 tarihinde Hindistan'ın Bangolar şehrinde gerçekleştirilen toplantıda taslak olarak kabul edilmiş, *BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir*. Bu ilkeler belli aşamalardan geçerek bugünkü hale gelmiştir. Birleşmiş Milletler'in 2000 yılı Nisan ayında Viyana'da gerçekleştirilen ilk toplantısından sonra Şubat 2001 tarihinde Hindistan'ın Bangolar şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından taslak olarak kabul edilmiştir. 25-26 2002 Kasım tarihlerinde Lahey Barış Sarayında yapılan Adalet Başkanları Yuvarlak Masa Toplantısında, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından ilk taslak gözden geçirilmiş ve taslak üzerinde anlaşma sağlanmıştır. Avrupa Konseyi'nin Avrupa Hakimleri Danışma Komitesi de bu ilkeleri, 13 Kasım 2000 tarihli oturumunda (ilkeler henüz BM tarafından onaylanmadan) Bakanlar Komitesi'ne bu konuda tavsiye kararı vaz'etmek üzere önermiştir. Bu ilkelerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkına ilişkin kuralları ile paralellik gösterdiği hakkında bkz: **Erdoğan** s.213.

Bu ilkeler şunlardır: *Bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat*[83].

Bu ilkelerde, önce ilkeden genel olarak ne anlaşılması gerektiği ve hukuktaki faydaları ve hakime düşen ödev ve diğer bazı hususlar belirtilmektedir. Örneğin, *bağımsızlık*taki ilke şu şekildedir: "İlke: Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin ön şartı ve âdil yargılanmanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhâfaza etmelidir".

Genel ilkeden sonra maddeler halinde, bağımsızlığın nasıl olması hususu farklı veçheleriyle uygulama başlığı ile maddeler halinde belirtilmektedir. Örneğin: "Hâkim, doğrudan ya da dolayısıyla her hangi bir sebeple ya da her hangi bir yerden gelen müdâhale, tehdit, baskı, teşvik ve tüm hâricî etkilerden uzak, hâkimin olayları değerlendirmesi temelinde, vicdânî hukuk anlayışı ile uyum içerisinde bağımsız olarak yargısal işlevini yerine getirmelidir".

Bu ilkelere ve uygulamalara göre hakimin bağımsız olması için: Toplum ve davanın taraflarından bağımsız olmalıdır. Yasama, yürütme organlarının etkisinden fiilen ve görünüm olarak; tek başına karar vermesi gereken hallerde diğer hakimlerden bağımsız olmalıdır. Hakim, yargının kurum ve fiili bağımsızlığını devam ettirmesi ve bunu artırması için, yargı görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili koruma tedbirleri almalı ve artırmalıdır. Hakim, yargıya olan toplum güvenini çoğaltmak gayesiyle, yargı ahlakı ile ilgili yüksek davranışlar ortaya koymalı ve artırmalıdır.

Bağımsızlıkla ilgili olarak, maddeler halinde ilke ve uygulamadan ne anlaşılması gerektiği hususlarının benzeri; tarafsızlık, doğruluk ve tutarlık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat vasıfları için de söz konusudur.

B.HÂKİMLERİN ROLÜ, ETKİNLİĞİ VE BAĞIMSIZLIĞI KONUSUNDA AVRUPA KONSEYİ ÜYE DEVLET BAKANLAR KOMİTESİ TAVSİYE KARARI

Bu tavsiye kararı; anayasa hukuku, ceza hukuku, özel hukuk, ticaret ve idare hukuku dahil yargı görevini yerine getiren tüm kişilere uygulanabilir niteliktedir. Bu tavsiye kararındaki ilkeler; hâkimlik kariyeri ve hâkimlerin

[83] Metnin ifadesi, aksine izin vermedikçe ya da gerektirmedikçe, ilkelerin anlatımında kullanılan kelimelerin anlamları şu şekildedir: "Mahkeme personeli"; katipler de dahil hâkimin personelini içerir. "Hâkim"; yargı yetkisini yerine getiren atanmış kişi anlamına gelir. "Hâkimin ailesi"; hâkimin eşini, oğlunu, kızını, damadını, gelinini ve evinde yaşamak kaydıyla çalıştırdığı kimseyi, yakın akrabalarını veya kendisine eşlik eden diğer kişileri kapsar. "Hâkimin eşi"; hâkimin aynı evde yaşayan eşini veya hangi cinsten olursa olsun hâkimle yakın bağ içinde olan diğer herhangi bir şahsı kapsar.

maaşları gibi sadece meslekten hâkimlere uygulanacağı yazılış şeklinden açıkça anlaşılan hallerin dışında, yargısal fonksiyon icra eden diğer kişilerle, meslekten olmayan hâkimlere de uygulanır.

Bu tavsiye kararında yer alan ilkeler şu şekildedir: Hâkimlerin bağımsızlığı genel ilkeleri; hakimlerin otoritesi, uygun çalışma şartları, birlikler adli sorumluluklar, görevlerin yerine getirilmesi ve disiplin cezasını gerektiren suçlar.

Bu genel ilkelerin muhtevasında, hakimin bağımsızlık ve tarafsızlık gibi bazı vasıflarını maddi ve manevi olarak koruyabilmesi için yapılması gereken hususlar maddeler halinde belirtilmiştir. Vasıflara aykırılık halinde, hakimin davadan geri alınması; hakime mahkemede başka bir adli görev verilmesi; geçici bir süre için ücret indirimi gibi ekonomik cezalar uygulanması; görevden uzaklaştırma gibi disiplin cezalarının verilmesi tavsiye edilmektedir.

C.BİRLEŞMİŞ MİLLETLER YARGI BAĞIMSIZLIĞININ TEMEL İLKELERİ[84]

Bu temel ilkelerde şu başlıkları görmek mümkündür: Yargı bağımsızlığı; hakimlerin ifade ve örgütlenme yükümlülüğü; hakimlerin nitelikleri, göreve seçilmeleri ve eğitimleri; hizmet şartları ve görev süreleri; mesleki gizlilik ve muafiyet; disiplin, görevden alınma ve göreve son verme. Bu

[84] Bu ilkeler: 1985 yılında Milano'da yapılan BM Yedinci Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Kongresi tarafından kabul edilmiş, 29 Kasım 1985 tarih ve 40/32 numaralı ve 13 Aralık 1985 tarihli ve 40/146 (450/146) numaralı kararlarla BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Yani, Birleşmiş Milletler 7. Suç Sorunları Kongresinin, Milano'da yaptığı toplantıda, "Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri" başlığı altında bir ilkeler dizisi kabul etmiştir. Söz konusu ilkeler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararıyla onaylanmış ve Genel Kurul, üye devletleri milli mevzuatları ve uygulamalarında bu ilkelere uymaya ve Genel Sekreteri 5 yılda bir uygulama sonuçları hakkında rapor vermeye davet etmiştir. *Söz konusu Kongre şu kuralları kabul etmiştir.* Yargı bağımsızlığının temel ilkeleri Birleşmiş Milletler Şartının, adaletin ancak insan hakları ve temel hürriyetlerin ayırım gözetmeden uygulanmasının teşvik edilmesi maksadı ile işbirliği yapılarak muhafaza edilebileceği görüşünü teyit ettiği göz önüne alınarak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, özellikle kanun önünde eşitlik, masumluk karinesi ve kişinin kanunla kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede kamuya açık olarak âdil bir şekilde yargılanma hakkına yer verildiğini tespit ederek, Yargının her ülkede bu ilkelere uygun olarak teşkilâtlanması ve bunların tam olarak gerçekleştirilmesi için bütün çabaların gösterilmesi gerektiğine inanarak, Yargı görevinin ifasını düzenleyen kuralların, hâkimlerin bu ilkelere uygun davranmasını sağlama amacına yönelik olması gerektiğine işaret ederek, Hâkimlerin, vatandaşların hayatı, hürriyeti, hak ve görevleri ve malları hakkında nihaî karar verme görevi ile yükümlü oldukları düşünülerek, Birleşmiş Milletler 6. Suç Sorunları Kongresinin 16 sayılı kararında, Suç Sorunları Komitesini, hâkim ve savcıların bağımsızlığı, seçimi, meslekî eğitimi ve statüleri konusunda rehber kurallar hazırlamaya davet ettiğini not ederek, İlk önce hâkimlerin yargı sistemindeki rolleri, seçimleri ve eğitimi konularına önem verilmesi gerektiğini düşünerek, üye devletlere yardımcı olmak amacıyla bazı temel ilkeleri kabul etmiştir. Bu ilkeler, özellikle profesyonel hâkimler düşünülerek hazırlanmıştır. Ancak elverdikleri ölçüde meslekten olmayan hâkimler hakkında da uygulanabilir; ayrıca bu belge hakkında bkz: **Özen** s. 43 vd; **Erdoğan** s.217 vd.

temel ilkelerle ilgili hususlar, 20 madde olarak somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bunlardan 7 maddesi, hakimin bağımsızlığına dairdir. Burada, bağımsızlığın nasıl sağlanabileceğine yönelik hükümler vardır. Hakimlerin, hukuk eğitimi almış, dürüst, ehliyetli kişiler arasından seçilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu metinlerin tamamından hakimde olması gereken vasıfları, bağımsızlık, dürüstlük, ehliyet, yeterlik, tecrübeli olmak, itibarlı olmak, tarafsızlık, nezaketli olmak şeklinde belirtmek mümkündür.

Ç.SAVCILAR İÇİN ETİK VE DAVRANIŞ BİÇİMLERİNE İLİŞKİN AVRUPA ESASLARI "BUDAPEŞTE İLKELERİ"

Bu ilkeler[85], savcılar yönünden ahlaki ve davranış şekillerine dair Avrupa esaslarını ihtiva etmektedir. Bu ilkelerin hazırlanmasında, birçok tavsiye kararı, ilkeler ve kurallar etkili olmuştur[86].

Bu ilkelerin Temel Görevler kısmındaki (bölümündeki) giriş ve ilkeler şu şekildedir:

Giriş kısmında, savcıların ceza, idari ve özel hukuk konularında, adaletin tesisinde önemli bir görev üstlendikleri belirtilmiştir. Giriş kısmı, 7 maddeden oluşmaktadır. Bu maddelerde, bir hukuk ihlalinin, cezai müeyyidesini gerektirdiği yerde; birey haklarının ve ceza adaleti sisteminin gerekli etkisini dikkate alarak, toplum adına ve kamu yararına hukukun uygulanmasını sağlayan kamu yetkilileri olduğu; savcıların adalet sistemindeki görevleri; kabul edilen ilkelerin iç hukukta bağlayıcı değil, bir rehber olarak düşünülmesi gerektiği; tüm savcıların için beklenen bir davranış şekli ve uygulama standardı olduğu gibi bazı hususlar vurgulanmıştır.

Temel görevler kısmında, savcıların her zaman ve her durumda; ilgili milli ve milletlerarası hukuka uygun olarak görevlerini icra etmeleri; görevlerini adil, tarafsız, tutarlı ve süratli şekilde yerine getirmeleri; insan şerefi ve insan haklarına saygı duymaları, bu değerleri koruyup desteklemeleri gibi hususlara yer verilmiştir.

---

[85] Kısaca, Budapeşte İlkeleri, Savcılar İçin Avrupa Esasları, Savcılar Etik İlkeleri de denilebilir. Bu ilkeler: Macaristan Savcılığı İşbirliği ile Avrupa Konseyi Tarafından Düzenlenen 29-30 Mayıs 2005 tarihlerinde Budapeşte şehrinde Avrupa Savcıları Konferansı 6.Oturumundan sonra; 31 Mayıs 2005'de kabul edilmiştir. Bkz: Konferans Web Sayfası için: http://www.coe.int/prosecutors. İlkelerin Türkçe metni için ayrıca bkz.: http://www.abgm. adalet.gov.tr.

[86] Bu ilkeler, özellikle: İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması İçin Avrupa Sözleşmesi'nden, Ceza Adaleti Sisteminde Savcıların Rolüne İlişkin Rec (2000) 19 nolu Tavsiyeden, Kamu Görevlilerinin Davranış Tarzlarına İlişkin Rec (2000) 10 nolu tavsiyeden, Suçun Önlenmesine ve Suçlulara Yönelik Muamelelerle İlgili İlkelerin, Savcıların Görevlerine Uyarlanmasına İlişkin 8. Birleşmiş Milletler Kongresinde kabul edilen ilkelerden, Milletlerarası kuruluşların özel ve kamu kuruluşlarına tavsiye ettiği veya uyarladığı ilgili diğer etik ve meslekî kurallardan, esinlenilerek hazırlanmıştır.

İlkelerin temel görevler, genel olarak mesleki hareket tarzları, ceza yargılaması çerçevesinde mesleki davranış ve özel davranış kısmından savcılarda olması gereken vasıfları şu şekilde belirtmek mümkündür: Milli ve milletlerarası mevzuata uygun davranmak[87], adaletli olmak[88], tarafsızlık[89], tutarlı olmak[90], kamu yararını gözetmek, toplum ve kişi menfaatleri arasında denge kurmak, itibar ve şereflerini muhafaza etmek, profesyonel davranışlar içinde olmak, dürüst ve özenli olmak, bağımsızlık[91], cesur olmak, iltimas ve önyargıdan uzak durmak, mesleki gizliliği korumak, saygılı ve nezaketli olmak, yardımsever olmak, insan haklarına saygılı olmak gibi. Bu vasıflar örnek niteliğindedir. Savcılarla ilgili bu ilkelerden, başka vasıflara da ulaşmak mümkündür.

D.MİLLETLERARASI DİĞER METİNLER ve GENEL DEĞERLENDİRME

Yukarıda belirtilen metinler yanında, konuyla irtibatlı olabilecek, başka milletlerarası metinler de mevcuttur. Örneğin:

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 10.maddesine göre: Sanık, tam bir eşitlikle bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, adil ve aleni olarak yargılanmalıdır[92].

Kişisel (Medeni) ve Siyasal Haklar Milletlerarası Sözleşmesinin 14. maddesin de, her kişinin iddiasını bağımsız, tarafsız ve kanunla kurulmuş bir yargı önünde dinletmek hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sözleşme m.14 hükmü uyarınca: Herkes mahkeme ve yargı önünde eşittir. Herkes, kanunla kurulmuş, yetkili, bağımsız, tarafsız bir mahkemece adil ve aleni olarak yargılanmalıdır. Sözleşmenin 9.maddesi uyarınca, makul sürede yargılanmadan,

---

87 Mevzuat konusunda bilgili olmak denilebilir. Savcılar, hukukî ve sosyal gelişmeler hakkında, eğitim ve bilgi düzeylerini daima muhafaza etmelidir.

88 Savcılar, tüm kişilerin adalet önünde eşitlik hakkına saygı duyarlar, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer düşünceler, cinsiyet tercihleri, milli veya sosyal köken, milli azınlık, mülkiyet, doğum, sağlık, özürlülük veya herhangi bir diğer statü ile irtibat temelinde her hangi bir kişiye karşı ayrımcılıktan sakınmalıdır. Adil yargılama ve diğer ilkelere uygun hareket etmelidir. Masumiyet karinesi ilkesine saygı duymalıdır. Silahların eşitliği ilkesine riayet etmelidir. Objektif olmalıdır. Adaletin yararına davranmalıdır. Hukuka aykırı delillerden yararlanmamalıdır.

89 Savcılar, şahsi veya belli bir kesimin menfaatlerinin, kamu ve medya baskısının etkisinde kalmamalıdır. Kendilerinin, ailelerinin veya iş ortaklarının şahsi, özel ve mali menfaati ile ilgili olan davalarda görev yapmaktan kaçınmalıdır.

90 Savcılar, uygun diyalog ve ekip çalışmasını sağlayarak, tarafsız ve tutarlı olmaya ve öyle anlaşılmaya gayret göstermeleri gerekir.

91 Bağımsızlık, hukuk kuralları çerçevesinde bir bağımsızlıktır.

92 **Özden Y. G./Serim** H. B., İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları, Ankara 1997 s.3; **Özen** s.42-43. Bu bildirge 10 Aralık 1948'de BM Genel Kurulunca kabul ve ilan edilmiş, Türkiye Bildirgeyi 6.4.1949'da onaylamıştır (RG. 27.5.1949, no.7217) (**Özden/Serim** s.1).

kişi hürriyeti ve güvenliğinden, keyfi olarak tutulamama ve tutuklanamamadan söz etmektedir[93].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'da ise, adil yargılanma hakkına dair hükümler bulunmaktadır[94]. Bu sözleşmede, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkına yer verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 10 gereği, kişiler adil yargılanma hakkına sahiptir[95].

Milletlerarası metin örnekleri çoğaltmak mümkündür. Onlarca metin sayılabilir. İncelemenin muhtevasını genişletmemek düşüncesiyle, bu metinlerin tamamına yer verilmemiştir. Bu metinlerin tamamının incelenmesiyle hakimlerle ilgili başka vasıflara ulaşılabileceği ve vasıfların sınırlandırılmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Evrensel Hakimler Şartı, Hakimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı bu konuda sayılabilecek belli başlı belgelerdir[96].

Aşağıdaki genel değerlendirmeler, milletlerarası metinlere dairdir. Ülke hukukları, ilgili başlıklarda tahlil edilmiştir.

Milletlerarası metinlerin hazırlanmasında, konuyla ilgili ülke hukukları ve milletlerarası düzenlemeler örnek alınmıştır. Dünyada bir çok ülkede, hakimin vasıflarının ne olması gerektiği hususunda fikri olarak çok müzakereler yapılmış, çözümler üretilmeye çalışılmıştır.

Bangolar Yargı Etiği ilkelerinin tespitinde, Anglo-Sakson hukuku hakimleri ile Kara Avrupası hukuku hakimleri arasında temel ilkelere dair kayda değer bir uyum oluştuğu söylenebilir. *Bu ilkeler hazırlanırken; hangi ilkenin öncelikli olması gerektiği*, hakimlikle bağdaşması mümkün olmayan mesleklerin listesinin hazırlanmasının uygunluğu gibi bazı konular ilmi olarak tartışılmıştır[97].

---

93 **Özden/Serim** s. 12-15; **Özen** s.43. BM Genel Kurulunca 16 Aralık 1966'da kabul edilip, 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir (**Özden/Serim** s.9).

94 Sözleşme, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953 gününde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi, 10.3.1954 günü, 6366 sayılı Kanunla (RG. 19.3.1954-8662), 18 Mayıs 1954 gününden geçerli olmak üzere onaylamıştır (**Özden/Serim** s.129).

95 **Pekcanıtez** H., Medeni Yargıda Adil Yargılama (İzmir Barosu Dergisi 1997/2 s.35-55, s. 35-36).

96 Bkz. Milletlerarası metinler için örneğin: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme m. 5/a'da: Mahkemeler ve tüm öteki adalet dağıtan organlar önünde eşit muamele görme hakkı düzenlenmiştir. Bkz. Bu konudaki milletlerarası ve Avrupa belgeleri ve Anayasa Mahkemesi kararları hakkında: **Özden/Serim** s. 27 vd.

97 *Belgenin düzeni ve ilkelerin sıralanışı bakımından birtakım anlaşmazlıklar da cereyan etmiştir*. Örnek olarak görüşmeler esnasında; sırasıyla Bağımsızlık, Tarafsızlık ve Tutarlılık; Dürüstlük ve Eşitlik'ten önce mi, yoksa sonra mı gelmeli hususuna dair tartışmalar olmuştur. Yine bir başka anlaşmazlık noktası olarak; hakimlikle bağdaşmayacak faaliyetlerin listesinin yapılmasının ne kadar yerinde olduğu sorgulanmıştır. Sayılan bu faaliyetlerden bazılarının, milletlerarası standart olarak

Bu ilkelere, Yüksek Mahkemelerin bazı kararlarında yer verilmiştir. Örneğin: Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, Savcılarla ilgili Budapeşte İlkeleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından kabul edilmiş; Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, bir kararında bu ilkelere uyulması gerektiğini: Hakimler ve savcılar kendilerine verilen görev ve tanınan yetkileri, iç hukuk kuralları ile evrensel anlamda kendilerini bağladığında tereddüt bulunmayan Bangolar Yargı Etiği İlkeleri ile Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "Budapeşte İlkeleri" kurallarına tabi olarak yerine getirmelidirler şeklinde belirtmiştir. Kararda, ilkede yer alan hususlara değinilmiş; bunlar, hakimlere yönelik meslek ahlakı standartlarını oluşturmak niyetiyle hazırlanmış ilkeler bütünüdür denilmiştir[98]. Bu metinlere, ilgili kararlarda daha fazla yer verilmesi, evrensel hukuk kuralları yönüyle olumlu olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 24.5.1977 tarih ve 19/82 sayılı kararında: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine ve Avrupa Konseyi İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye yer vermiştir[99].

Budapeşte İlkeleri, HSYK'ca kabul edilen metinlerdir[100]. Bu nedenle, iç hukuk açısından hakimler ve savcılar, Anayasa ve kanunlarla kendisine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya olmayan ancak evrensel anlamda hakim ve savcıları bağlayan ahlak kurallara uygun davranmalıdır. Aksi halde görevi ihmal veya kötüye kullanma suçunu oluşturabilir[101].

Bangolar Yargı Etiği İlkeleri; bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, ehliyet ve liyakat (mesleğe yaraşırlık), eşitlik, doğruluk ve tutarlık olmak üzere 6 ilkeden ve her bir ilke ayrı başlık halinde alt ölçütlerden oluşmaktadır. Bu ilkeler, HSYK tarafından kabul edilmiştir[102].

---

kabul edilebileceğini, fakat örneğin "politik aktivite"de bulunma hususunda ülkeden ülkeye farklılaşmalar olabileceği ifade edilmiştir. Zira bazı Avrupa ülkelerinde de, hakimlerin politik aktivite ile uğraşma serbestisi bulunmaktadır. Bu bilgiler ışığında kimi üyeler bu husus üzerinde bir konsensüs oluşmadığını ileri sürmüşlerdir. Konsensüs oluşması zor olan bir başka nokta ise, hakimlerin toplumsal önemi haiz hususlardaki ifade hürriyetlerinin kapsamı ve nötr olma gerekliliği olup, bunun da ülkelerin birbirinden farklılaşan iç hukukları gereği genel bir ilke oluşturamayacağı hakkındadır. Yine de hemfikir olunan görüş; hakimlerin tarafsız görünümleri açısından tehlike oluşturacak veya bağımsızlıklarını tartışılır kılacak herhangi bir siyasi aktiviteden kaçınmaları yönünde olmuştur (**Özkan** İ. B., Uluslararası Yargı ve Savcı Etiği: http:// www.umut.org.tr/User-Files/File/hukukungencleri2012.tambildiriler/12Ekim-II-1.i.o.pdf. s. 1-14, s.10-11:E. T: 18.11.2012).

98 Bkz. CGK 20.11.2007, 5-83/244 sayılı kararı için: YKD 2008/6 s.1172-1191; **Erdoğan** s. 213-214. Bkz. Ayrıca: **Yılmaz** E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 s. 393-394.

99 Bkz. **Özden/Serim** s. 513; Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi S. 15, s.383, 388-389, RG. 06.09.1977-16049.

100 Budapeşte İlkeleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından 10.10.2006 gün ve 424 sayılı karar ile kabul edilmiştir.

101 **Erdoğan** s. 212-213.

102 Bu ilkeler, HSYK'nin 27.06.2006 tarih ve 353 sayılı kararı ile de kabul edilmiştir (Bkz. **Özgül** M., 6087 sayılı HSYK Kanunu Uyarınca Yeni Denetim Modeli (AD, 2012, 43, s.1-12;

Milletlerarası ilgili metinlerde, hakimin vasıfları bazen aynı konularda, bazen farklıdır. Aynı konuda olanların muhtevası da değişiktir. Bu ilkelerde yer verilen vasıflardan bazıları aşağıdaki şekildedir:

Ahlaklı olmak vasfına vurgu yapılmaktadır. Örneğin: Bangolar Yargı Etiği ve Budapeşte İlkelerinde, ahlak önemlidir[103].

Hakimler gibi; savcıların konumu da, ahlaki açıdan üstünde özel olarak durmayı gerektirir. Adalet Bakanlığı ile olan organik bağı ve yargılamanın bir başka unsuru olarak savcının konumu özelliklidir. Hakim ahlakında olduğu gibi, milletlerarası yapılan çalışmalardan özellikle Budapeşte İlkeleri, savcı ahlakına ilişkin güçlü bir belge ortaya koymaktadır. Bu belge, savcıların görevleri, mesleki ve özel davranışları üzerine kabul edilen ahlaki ilkelere işaret eder.

Bağımsızlık önemlidir. Bangolar Yargı Etiği İlkelerinden ilki, bağımsızlıktır. Budapeşte İlkeleri de bu ilkeyle ilgilidir. Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında da, ilk sırada yer verilen bir ilkedir. B. M. Yargı Bağımsızlığının Temel İlkelerinde de aynı husus geçerlidir.

Yargı bağımsızlığını vurgulamak için Birleşmiş Milletler 1985 yılında "Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri" başlıklı metni kabul etmiş, böylelikle doğrudan yahut dolaylı olarak, hangi kaynaktan ve hangi nedenle gelirse gelsin her türlü uygunsuz etkiden, ikna ve baskıdan uzak karar vermenin önemini işaret etmiştir.

Budapeşte İlkelerine göre savcılar: Görevlerini olayların değerlendirilmesi temelinde ve hukuka uygun ve herhangi uygunsuz etkiden bağımsız olarak icra ederler.

Tarafsızlık konusunda; Bangolar Yargı Etiği ve Budapeşte İlkelerinde hükümler vardır.

Bangolar Yargı etiği ilkeleri tarafsızlık başlığı içinde, hâkimin, yargılama aşamasında delil kâbilinden tartışılan olaylarla ilgili şahsi bir bilgiye sahip olması gerekir denilmektedir. Yine aynı ilke aynı başlık içinde: Hâkimin, davanın delilleri ile ilgili şahsi bilgisi çekilmeye yol açabilir. Davaya bakmaya

htpp://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/43sayi/01-MECIT.pdf: E. T: 17.11.2012 s.1-12 s. 2 dn. 8; **Erdoğan** s. 212).

[103] Bkz.http://www.hsyk.gov.tr/duyurular/2012/eylul/yargi-etigi-sempozyuu.html(E.T:28.09.2012). 15-16 Kasım 2012 tarihlerinde Ankara'da, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ev sahipliğinde ve Avrupa Konseyi işbirliği ile Yargı Etiği Sempozyumu düzenlenmiştir (bkz: http:// www.hsyk.gov.tr/ etkinlikler/yargi-etigi/yargi-etigi-sempozyumu/yargi-etigi- sempozyumu. html : E. T. 13.01.2013).

devam edecek yeni bir mahkemenin kurulamaması halinde veya hiçbir şeyin yapılmamasının; durumun aciliyeti nedeniyle ciddi şekilde adaletsizliğe yol açacağı halde; hâkime, görevden el çektirmek gerekmez.

Bilgili olmak, ehliyet ve liyakat: Bangolar Yargı Etiği İlkeleri ehliyet ve liyakat üst başlığı, hakimin bilgili olması ile ilgilidir. Buna göre: Ehliyet ve liyâkat, hakimlik makamının gerektirdiği performansın ön şartıdır. Yani, ehliyet ve liyakat; görevin uygun şartlarda ve bilgi birikimi çerçevesinde yerine getirilmesidir. Aynı ilkenin ehliyet ve liyakat üst başlığı uyarınca: Hâkim, hakimler için yargının kontrolünde yapılan eğitim ve diğer faaliyetleri takip ederek, yargı görevlerinin düzgün bir şekilde icrası için meslekî bilgisini, becerisini ve bireysel yeteneklerini sürdürmek ve artırmak için gerekli adımları atmalıdır. Yine, hâkim, milletlerarası sözleşmeleri ve insan hakları normlarını oluşturan diğer belgeleri kapsayan milletlerarası hukuk gelişmeleri hakkında kendisini sürekli güncellemelidir. Hakim milletlerarası sözleşmeler ve insan hakları kurallarındaki son güncel bilgilerle donanmalıdır. Bunun için güncel bilgileri takip etmesi gerekir. Hakim, milletlerarası sözleşmeler, insan hakları, adil yargılanma hakkı gibi bir davada öneme sahip konularda en son bilgilerin sahibi olmalıdır.

Ehliyet ve liyakat hakimlik için en önemli şartlardan biridir. Hakim için yargı görevleri, tüm diğer etkinliklerden önce gelmelidir. Hakim dosya inceleme ve karar verme gibi yargıya ait görevler yanında, bu görevleri layıkıyla yerine getirebilmek için mesleki bilgisini, becerisini ve şahsi yeteneklerini artırmak amacıyla gerekli çalışmaları yapmalıdır. Yine hakim kararlarının doğru ve isabetli olabilmesini temin amacıyla milli ve milletlerarası gelişmeleri, mevzuatı ve insan hakları kurallarını yakından takip etmeli ve gelişmelerin gerisinde kalmamalıdır[104].

Budapeşte İlkelerinde, savcıların, hukukî ve sosyal gelişmeler hakkında, eğitim ve bilgi düzeylerini daima muhafaza etmeleri hususu vurgulanmıştır.

Dürüstlük: Bangolar Yargı Etiği ilkelerindeki başlıklarından biri de dürüstlüktür. Buna göre: Hâkim tarafından, hâkimlik mesleğinin icrası sırasında elde edilen gizli bilgiler, hâkimin yargısal göreviyle ilgili olmayan diğer amaçlar için hâkim tarafından da kullanılamaz ve ifşa edilemez.

Dürüstlük, hakimin tüm faaliyetlerinde geçerlidir. Hâkim, mesleğe yakışan görüntüler içerisinde olmalıdır. Bazı şahsi sınırlamalara katlanmalı, bunlara kendi iradesi ile ve hür bir şekilde uymalıdır. Hâkim, özellikle yargı

[104] Bağımsızlık, ehliyet ve liyakat konusunda önemli bir konu da, hakimlerin statüsü ve özlük haklarına ilişkindir (Anayasa m. 140, III).

mesleğinin şerefiyle uyumlu davranışlar sergilemelidir. Hâkim, kendi mahkemesinde hukuk mesleğini icra eden kişilerle olan şahsi ilişkilerinde, tarafsız olmalıdır. Hâkim, ailesiyle ilgili davalara bakmamalıdır. Hâkim, ikâmetgahını, hukuk mesleğini yerine getirenlerden birisi tarafından; müşterilerini veya bu kişinin diğer meslektaşlarını kabul yeri olmasına izin vermemelidir. Hâkim, yargı mesleğinin şerefini, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyarak; diğer vatandaşlar gibi, ifade, inanç ve dernek kurma ve toplanma hürriyetine sahiptir. Hakim, yanlış anlaşılmalardan kurtulmak için kendisi ve ailesi için düzenli olarak mal beyanında bulunmalıdır. Hâkim, meslekî davranışlarında veya vereceği yargı kararlarında, ailesi dahil hiçbir etkinin altında kalmamalıdır. Hâkim, hâkimlik mesleğinin itibarından; başta kendisi, ailesi ve diğer kişiler için her hangi bir özel menfaat sağlamamalıdır. Hakimlik mesleği dolayısıyla elde edilen gizli bilgiler, yargı görevi dışında başkaca amaçlar için söylenemez, yazılamaz.

Söz konusu ilkelerde, dürüstlükle ilgili diğer hususlar şunlardır: Yargı görevlerini tam ve eksiksiz bir şekilde icra etmek kaydıyla, hâkim şu faaliyetlerde bulunabilir: Hukukla veya onunla bağlantılı konularda yazı yazabilir, konferans verebilir, ders verebilir, ilgili resmi bir organ önündeki kamuya açık bir oturuma katılabilir. Resmi bir organın veya başka bir idari komisyonun, komitenin veya danışma kurulunun üyesi olarak, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesine zarar vermeden hizmet verebilir. Bunlar dışında diğer etkinliklere, hakimlik makamının şerefini zedelememesi ve yargı görevlerinin yerine getirilmesine engel olmaması şartıyla katılabilir. Hâkimlik, avukatlık mesleği ile bağdaşmaz. Hâkim, hakimlerle ilgili derneklere katılabilir veya bir dernek kurabilir, menfaatlerini temsil eden diğer teşkilatlara katılabilir. Hâkim ve aile üyeleri; yargı görevleri ile ilgili olarak herhangi bir hediye, kredi, bağış gibi şeyler alamaz. Hâkim, mahkeme personeline veya nüfûzu, idaresi ve yetkisi tahtında kalan diğer kişilere, yargı görevleri ile ilgili olarak herhangi bir hediye, kredi, bağış gibi şeyler kabul etmeleri konusunda, izin veremez. İstisnai olarak, kamu oyunun bilgilendirilmesi ve hukuk çerçevesinde; hâkim, tarafgirlik görüntüsüne yol açmayacak veya yargı görevlerinin icrasında, hâkimi etkilemek amacıyla verildiği izlenimi oluşturmayacak hatıra türünden hediye, ödül veya benzeri şeyi alabilir.

Mesleki gizlilik, meslekte yükselme, özenli olma: BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, mesleki gizlilik ve muafiyet üst başlığı içindeki bir kurala göre: Hakimler, yaptıkları müzakereler ile aleni yargılama dışında görevleri sırasında edindikleri gizli bilgiler konusunda mesleki gizlilik kuralıyla bağlıdırlar ve bu tür konular hakkında tanıklık yapmaya zorlanamazlar. Yine bu ilkelere göre: Meslekte yükselme bulunduğu yerlerde hakimlerin yükselmeleri yeterlilik, dürüstlük ve deneyim gibi objektif nedenlere dayanır.

Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında da, BM Yargı Bağımsızlığının temel ilkelerine benzeyen düzenlemeler vardır. Şöyle ki, hâkimlerin meslekî kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitiminin özellikleri, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır.

Budapeşte İlkelerine göre de: Savcılar, görevleri sırasında elde etmiş olduğu herhangi bir bilgiden, özel amaçları ve diğerlerinin menfaatlerine yardım etmek için yararlanmamalıdır. Savcılar, her zaman dürüstlük ve özenin yüksek standartlarını uygularlar. Savcılar, üçüncü kişilerden, teşvik, herhangi bir hediye, ödül, menfaat kabul etmemeli, dürüstlük, adillik ve tarafsızlığını tehlikeye sokabilecek herhangi bir görevi yürütmemelidirler. Savcılar azami özen içinde olmalıdırlar. Mağdur ve tanıklarla ilgili hususlarda savcı, gerekli özeni göstermeli, ikinci mağduriyetlerin doğmasına engel olmalıdır.

İfade, inanç, dernek kurma hürriyeti: Bangolar Yargı Etiği İlkelerine göre: İfade, inanç ve dernek vb. gibi faaliyetlerde bulunmak hakimler için de serbest olmakla birlikte; bu alanlardaki davranışlar bağımsızlık ve tarafsızlık açısından özenle ifa edilmelidir. Bu İlkeler uyarınca, bir bütün olarak hukukla ilgili herkes, etikle bağlı olmakla birlikte; hakim karar verme görevi nedeniyle daha özenli davranmalıdır.

İnsan haklarına saygılı olmak: Budapeşte İlkelerine göre: Savcılar, insan şerefi ve insan haklarına saygı duyar, bu değerleri korur ve desteklerler. Herhangi bir kişiye karşı, şüpheli veya diğer bir kişinin insan haklarının ağır ihlâlini oluşturan hukuka aykırı usullerle elde edilmiş olduğuna haklı olarak inanılan delillerden yararlanmayı reddederler. Savcılık etiği, insan şerefi ve insan hakları değeri çerçevesinde şekillenir.

Doğruluk ve tutarlık: Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde, doğruluk ve tutarlığa, dürüstlük gibi diğer ilkeler yanında ayrıca yer verilmiştir.

Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde, doğruluk ve tutarlık hususunda şunlara yer verilmiştir:

Doğruluk ve tutarlılık, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esastır. Hakim, doğru ve istikrarlı olarak mesleki faaliyetini her zaman düzgün bir şekilde yerine getirmelidir. İstikrarsız ve doğru olmayan tutum ve davranışlarda bulunmamalı, benzer konulardaki kararları farklı olmamalıdır. Davranış ve kararlarında, doğru bir çizgi ve istikrar içinde hareket etmelidir. Hâkim, meslekî davranışlarında, makul seviyedeki bir kişide her hangi bir yanlış anlaşılmaya neden olmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır.

Hâkimin hal ve davranış biçimi, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ait inancı artırmalıdır. Adalet, gerçek ve görüntü olarak sağlanmalıdır.

Hakim doğru ve tutarlı olmalıdır. Yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilebilmesi için hakimin doğru ve tutarlı bir davranış tarzı içerisinde bulunması gerekmektedir. Hakim, meslek ve özel hayatında, doğruluk ve tutarlık içinde yaşamalı ve çevresinde kendisinin doğruluk ve tutarlığı düşüncesini artıracak bir kanaat uyandırmalıdır. Hakimin doğruluğu konusunda makul düşünen insanların terüddütleri var ise veya hakimin tutarlı olmadığı şeklinde bir kanaat oluşmuş ise, maddi anlamda adalet tecelli etse bile kamu vicdanında adaletin tecelli etmediği düşüncesi yaygınlaşacaktır. Bu sebeple hakim; olaylar karşısında her zaman doğru ve tutarlı bir çizgi izlemeli, mesleki davranışları şekli itibarıyla hiç kimsede sızlanmamaya yol açmamalıdır[105].

Eşitlik, Adalet: Eşitlik, adaletli olmak ile ilgilidir. Bangolar Yargı Etiğinde ayrı bir başlıkta ele alınmıştır. Eşitlik, adaletli olmanın gereğidir. Eşitlik ilkesini ayrı olarak değil; adaletli olmak ile birlikte ele almak gerekir.

II. SONUÇ

Hakimlerimiz, ideal bir insan ve hakim olmak ve mesleği son nefese kadar en iyi şekilde temsil edebilmek için azami gayreti göstermeli ve bu konudaki hedefleri hep yüksek tutmalıdır.

Hakimin vasıfları konusunda Hukukumuzda, yabancı hukukta ve milletlerarası bazı metinlerde hükümler vardır. Bu vasıflar ülke hukuklarında mevzuatta farklı yerlerde düzenlenmiştir. Mecelle, Azerbaycan, Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri, Budapeşte İlkeleri gibi bazı ülke hukukları ve milletlerarası metinlerde hakimin vasıfları ayrıntılı ele alınmıştır.

Bu metinlerde, benzeri veya farklı konuları görmek mümkündür. Vasıfların muhtevaları da farklı olabilmektedir. Milletlerarası metinlerde vasıflar benzer veya farklı yönleriyle üst başlıklar ve buna bağlı başlıklardan oluşmuştur.

Hakimin vasıfları, milletlerarası metinlere veya her ülke hukukuna göre biraz farklılık arzetsede, nihai olarak aynı hususları hedeflediklerini söylemek mümkündür.

Birleşmiş Milletler düzeyinde, yargı bağımsızlığının temel ilkelerinin tespiti, hakimlik mesleğinin önemi ve hakimde bulunması gereken vasıflar açısından olumlu bir gelişmedir.

---

[105] **Okur** İ., Hakim/Savcı Etiği ve Adaletin Kalitesi: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Meslek Etiği Açısından Koymuş Olduğu Kriterler (Editör: Mehmet Tiryaki, Mahkemelerin Yönetimi ve Adaletin Kalitesi Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, tarihsiz, s.35-54, s.42).

Uygulamada, ilk dereceli mahkemelerin ve Yüksek mahkemelerin bazı kararlarında, milletlerarası metinlerden yararlandıkları görülmektedir. Bu, hukuk adına olumlu bir gelişmedir.

Mevzuatımızda, vasıflarla ilgili olarak belli bir yerde düzenleme yapılabilir. Belli bir kanunda, ayrı bir maddede, Mecelle m. 1792 benzeri bir düzenleme yararlı olabilir. Bu; hakimlere, ideal bir insan olma yolunda güzel hedefler verecek ve olumlu neticelere sebep olacaktır. Mevzuatta vasıflara dair bir düzenleme yanında; yargı ahlakı kurulu kurulabilir. Bu kurul vasıtasıyla, ideal hakimlerin sayısı artırılabilir.

Kutsal kitaplar, milletlerarası metinler ve bazı ülke hukukları çerçevesinde bir hakimde olması gereken bazı vasıfları şu şekilde tespit etmek mümkündür: Vicdan sahibi olmak, nezaketli olmak, ahlaklı olmak, bağımsızlık, tarafsızlık, bilgili olmak, dürüst olmak, özenli olmak, insan haklarına saygılı olmak, doğruluk ve tutarlılık, adaletle olmak.

Bu vasıflar, bir hakimde olması gerekenlerin en önemlileridir. Bunları sınırlandırmak ve hepsi bu kadardır demek mümkün değildir. Zamana göre, bu vasıflar farklı kavramlarla ifade edilebilir ve bunlara ilaveler olabilir. Örneğin, hak ve hakikatin tecellisi için cesur olmak, korkusuz olmak, makam, mevki beklentisi olmamak gibi.

Bu vasıflardan vicdanlı olmak, sıralamada ilk önce yer almalıdır. Çünkü, vicdan yalan söylemez, vicdan körelmemiş, azalmamış veya yok olmamışsa, daima doğrunun yanındadır. Vicdan konusunda dörtbinin üzerinde Yargıtay kararı vardır. Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vicdan kavramına yer veren kararları da bulunmaktadır. Kararlarda, vicdandan ne anlaşılması üzerinde çok durulmadığını görülmektedir.

Vasıfların tespitinde, geçmiş ile içinde bulunduğumuz çağ arasında bağ kurmak yararlı olacaktır. Geçmişin doğrularından istifade etmek gerekir. Bu bakış açısı, geleceğe sağlam, sağlıklı ve kalıcı çözümler bırakabilmek için de faydalı gözükmektedir.

Bu tespitlerin; iyi bir hakim olmaya yeterli olup olmayacağı da tartışılabilir. Bir insanda olması gereken iyi vasıfların yazılı metinlerde olması yanında; eğitim yoluyla küçük yaştan başlaması, okullarda, ailede, ilgili diğer kurumlarda bunun devamı ve denetimi gerekir. İyi insan, maddi ve manevi ilimlerle donanmalıdır. Birine öncelik, diğerinin ihmali iyi vasıflara riayette aksaklığa neden olabilir. Kalp, vicdan (ruh) ve aklın ihtiyacı olan ilimler öğretilmelidir. İnsan aklıyla, kalbiyle, vicdanıyla bir bütün oluşturmaktadır. İyi insan, içiyle ve dışıyla birdir. Çelişkileri yoktur, güvenilirdir, kimseyi aldatmaz, dürüsttür, kötülüğe karşı hep iyilikle mukabelede bulunur.

İyi insanların çoğalması, iyi hakimlerin de artması ile doğru orantılı gözükmektedir. Fatih Sultan Mehmet'in, hakim karşısına suçlu olarak gelmesi ve aleyhine çıkan bir karar sebebiyle hakimi tebrik etmesi, adalet ve insanlık için ilginç bir tarihi örnektir. Bu sebeple, geçmişte bu kararı verebilen hakime ve Fatih Sultan Mehmet'e, küçük yaştan itibaren nasıl bir eğitim verildiğinin incelenmesi, iyi vasıflarla donanma adına çağımızdaki biz insanların bazı gerçeklere ulaşmasına sebep olabilir. Fatih Sultan Mehmet, küçüklüğünden itibaren, maddi ve manevi ilimlerin ışığında yetiştirilmiş ve birden fazla yabancı dil bilmektedir. Hukukçuların, maddi ilim olan hukuk bilgileri, hukuk sosyolojisi, adalet psikolojisi gibi ilimlerle birlikte; vicdan sahibi olma, dürüstlük, ahlak, adalet gibi manevi ilimlerde de, eğitim ve öğretime tabi tutulmaları yararlı olacaktır. Eğitim ve öğretim farklı kavramlardır, birlikte olmalıdır.