TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

DOKTORA TEZİ

Şafak GÜLEÇ

ANKARA 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

DOKTORA TEZİ

Şafak GÜLEÇ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ

ANKARA 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Şafak GÜLEÇ

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof.Dr.Ramazan ARSLAN	**.....**
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	**.....**
Prof.Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ	**.....**
Doç.Dr. Emel HANAĞASI	**…….**
Dr.Öğr.Üy.Mustafa GÖKSU	**.....**

Tez Sınavı Tarihi 31.08.2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. 31/08/2020

Şafak GÜLEÇ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER…….……..I

KISALTMALAR…….…….XIII

GİRİŞ

A-KONUNUN ÖNEMİ …….……1

B-KONUNUN İNCELEME PLANI VE SINIRLARI ……..10

BİRİNCİ BÖLÜM

HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ KAVRAMI, NİTELİĞİ VE GELİŞİMİ

§1. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ KAVRAMI VE İŞLEVLERİ

A.Kavram ve Tanım ……..14

I- Terim Sorunu ……..19

II-Koşulları……..21

III-Hukuki Niteliği…….…….23

IV-Amaçları…….24

V-Hâkimin Görev ve Sorumlulukları İçinde Yeri……...30

B.İşlevleri…….34

I-Giriş…….34

II-Açıklama İşlevi…….36

III-Tamamlama İşlevi…….38

IV-Değiştirme İşlevi…….42

§2. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. İsviçre Medeni Yargılama Hukukunda…….45

I- HUMK Mehazı Neuchatel Kantonu'ndaki Düzenleme …….45

II- İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunu'ndaki Düzenleme..……..46

B.Alman Medenî Yargılama Hukukunda……...48

I- Giriş…….48

II-1877 Tarihli Alman Medenî Yargılama Kanunu Dönemi……..48

III-1898 Tarihli Kanun Değişikliği Dönemi…….…….50

IV-1909 Tarihli Kanun Değişikliği Dönemi……..51

V-1924 Tarihli Kanun Değişikliği Dönemi……52

VI-1976 Tarihli Kanun Değişikliği Dönemi……..53

VII-2001 Reformu ve Yürürlükteki Durum……..……54

VIII- Değerlendirme ……..60

C.Anglo Sakson Medenî Yargılama Hukukundaki Gelişimi…….....61

I- Giriş……..61

II- Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda…….61

III- Birleşik Krallık Hukuku (İngiltere) Yönünden…….65

IV –Değerlendirme……..68

Ç. Türk Medenî Yargılama Hukukundaki Gelişimi…….……...68

I-Giriş…… ..68

II-Cumhuriyet Öncesi Osmanlı İmparatorluk Hukuku Dönemi

1.Tanzimat Dönemi Öncesi……69

2.Tanzimat Döneminde……..70

3.Değerlendirme……..75

III- Cumhuriyet Döneminde

1.Giriş……..75

2.HUMK Döneminde…….76

3. Tasarılarda Yer Alışı……..79

a.1948 Tarihli Tasarıda……..79

b.1952 Tarihli Tasarıda……..81

c.1955 Tarihli Tasarıda……...81

ç.1959 Tarihli Tasarıda……...82

d. 1971 Tarihli Tasarıda…….82

e. 1993 Tarihli Tasarıda…….84

4. HMK'da Düzenlenişi…….84

§3. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN ANAYASAL TEMELİ VE İLKENİN ADİL YARGILANMA HAKKI İLE SOSYAL DEVLET İLKESİ KAPSAMINDA DURUMU

A- ANAYASAL TEMELİ ……..…….…..…87

B- ADİL YARGILANMA HAKKI

I.Giriş……..…87

II. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi

1.Bağımsız Mahkemede Davanın Görülmesi

a.Genel Olarak …….93

b.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi……...100

2.Tarafsız Mahkemede Davanın Görülmesi

a.Genel Olarak……..102

b.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi……...107

c. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Yerine Getirilmesinde Tarafsızlık İlkesinin Yansıması Olan Yasaklar

aa. İhsası Rey Yasağı…….114

bb. Hâkimin Taraflara Yol Gösterme ve Öğüt Verme Yasağı……..118

cc. Yasakların İhlali……...123

3. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İle

Hukuki Dinlenilme Hakkı Arasındaki İlişki……..127

4. Usûl Ekonomisi İlkesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İle Arasındaki İlişki……..138

5. Silahların Eşitliği İlkesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İle İlişkisi….143

6. Sürpriz Karar Yasağı ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İlişkisi…….157

a. Kavram ……157

b. Düzenlenişi……..159

c.Uygulanışı…….162

ç.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi…….167

C. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN SOSYAL DEVLET İLKESİ İLE BAĞLANTISI ……..168

§ 4. YARGILAMAYA EGEMEN İLKELERİN VE MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNUN AMACININ HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ İLE İLİŞKİSİ

A-MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNUN AMACI İLE İLİŞKİSİ

I-Medenî Yargılama Hukukunun Amacına Dair Görüşler

1.Genel Olarak…….174

2.Kendiliğinden Hak Almanın Yerine Geçmek Amacı…….176

3.Özel Hukuktan Doğan Hakların Korunması……..179

4. Toplumsal Barışın Korunması…….184

5.Kesin Hükme Ulaşma……185

6.Hakları Korumak, Tespit Etmek ve Gerçekleştirmek……...185

7.Maddi Gerçeğin Bulunması……..188

8. Adaletli Karar Vermek…….192

II. Medenî Yargılama Hukukunun Amaçlarına Dair Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz…….....196

III. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile Medenî Yargılama Hukukunun Amaçlarının İlişkisinin Değerlendirilmesi……..…...199

B- YARGILAMAYA EGEMEN İLKELERLE İLİŞKİSİ

I. Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesi

1. **Genel Olarak……..…...202**
2. **Yasada Düzenlenişi……..204**
3. **Karşılaştırmalı Hukukta Gelişimi……..207**
4. **Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi…….....209**

II. Re'sen Araştırma İlkesi …….....216

III.Tasarruf İlkesi ……221

IV. Taraf Talepleriyle Bağlılık İlkesi ..……...230

V. Doğrudanlık İlkesi……..…….240

VI.Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi (Iura Novit Curia).……..249

VII.Müzakere Ödevi İle İlişkisi……...……255

VIII.Teksif İlkesi İle İlişkisi

1. İddia Ve Savunmayı Değiştirme-Genişletme Yasağı İlişkisi Yönünden……260

2.Deliller Üzerinde Teksif İlkesinin Olup Olmadığı Yönünden

Konunun İncelenmesi……277

§ 5. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN TARAF YÜKÜMLÜLÜKLERİYLE İLİŞKİSİ

A-SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ İLE İLİŞKİSİ

I.Somutlaştırma Yükü Kavramı ….……..……..……..288

II.Görünümleri.…….290

III.Konusu …….292

IV.Dava Temeli ve Vakıa……..297

V. Somutlaştırma Çalışması…….……303

VI.Hâkimin Algısı Sorunu…….318

VII.Sonuç …….326

B-İSPAT YÜKÜ VE HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ….……..327

C.TARAFLARIN DÜRÜST DAVRANMA VE DOĞRUYU SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ

I.Genel Olarak ……..338

II.Dürüstlük Kuralı ve Dürüst Davranma Yükümlülüğü…….....339

III.Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü……344

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN ÇERÇEVESİ VE USÛLİ DÜZENLEMELERLE İLİŞKİSİ

§ 6. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN KAPSAMI

A- DİLEKÇELER AŞAMASINDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

I-Genel Olarak ……349

II-Ön İnceleme Aşamasından Önceki Dilekçeler Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

1.Genel Olarak……..353

2.Dava Dilekçesi Üzerinde……354

a.Unsurları……..354

b.Unsurlarda Eksiklik……...356

3.Belirsiz Alacak Davasında ……367

4. Cevap Dilekçesi Üzerinde…….376

5.Cevaba Cevap ve İkinci Cevap Dilekçelerinde……384

B-ÖN İNCELEME AŞAMASINDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ…….385

C-TAHKİKAT AŞAMASINDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

I.Genel Olarak…….…….387

II.Davaya Son Veren Taraf İşlemleri Üzerinde Hâkimin

Davayı Aydınlatma Ödevi

1. **Sulh Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……390**
2. **Kabul Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……..394**
3. **Feragat Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……...398**

IV. Asli Müdahale Dilekçesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……...402

V. Feri Müdahale Dilekçesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ……...407

VI. Bekletici Sorun- Ön Sorun ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……...410

VII. Delil Türleri Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

1.Genel Olarak……..418

2.Senet ve Belge Delili Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

a.Belge Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……..……..427

b.Delil Başlangıcı ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……431

c.Resmi Senetlerde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……...434

ç.Adi Senetlerde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi…….. 436

d. Sahtelik İddiası ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İlişkisi……...440

e.Güvenli Elektronik İmzalı Belgeler …..……..444

f.Belge Aslının İstenmesinin Gerektiği Durumlarda……..445

g. Belgenin Üçüncü Kişi Elinde Olması Durumunda……447

ğ. Ticari Defterler ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……449

h.Yabancı Dilde Düzenlenmiş Olan Belgelerde Durum…….458

3.Yemin Delili Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi……459

4.Tanık ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ……469

5.Bilirkişi Oy ve Görüşü ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ……485

a.Esasları……485

b.Bilirkişinin Görevleri…….488

c.Bilirkişi Raporunun Yargılamaya Olan Etkisi……489

ç.Görevlendirilmesi……...491

d.Maddi Sorun-Hukuki Sorun Ayrımının Yapılması……497

e.Bilirkişinin Haber Verme Yükümlülüğü ile İlişkisi…….498

f.Bilirkişinin Görev ve Yetkileri ile İlişkisi……..502

g. Bilirkişi Oy ve Görüşünün Unsurları…….504

ğ.Bilirkişi Raporuna İtiraz ve Yeni Delil Sunulması

Kapsamında Değerlendirilmesi……509

h.Bilirkişi Oy ve Görüşüne Karşı Sunulan Dilekçeler……..518

6.Keşif ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi …….....520

7.Uzman Görüşü ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ……533

8.Kanunda Düzenlenmemiş Deliller ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi…..540

VIII.Delilden Vazgeçme ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ……543

Ç.KANUN YOLUNDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

I.Genel Olarak……..545

II.İstinaf Yolunda…….546

III.Temyiz Yolunda……..554

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR,ÖDEVİN ARAÇLARI, ÖDEVİN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

§ 10.HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN SINIRLARI

A-ZAMAN BAKIMINDAN SINIRLARI ……..…556

B-İKİNCİ TANIK LİSTESİ SUNMA YASAĞI VE HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ…….562

§ 11. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN ARAÇLARI

A-GİRİŞ……569

B-SORU SORULMASI ARACI ……570

I.Genel Olarak……..570

II. Sorunun Oluşturulması ve Niteliği…….572

III.Uygulanması…….574

IV. Tanıklara Soru Sorulması…….……577

V.Algılama Soruları ve Hafıza Soruları Ayrımı ve Önemi……..578

VI. Hâkimin Bireysel Bilgisi ve Soru Aracı……582

VII. Yönlendirici Soruların Kullanımı……585

VIII. Yanıltıcı Soruların Kullanımı…….586

IX. Beyanlardaki Farklılık-Çelişki Kavramları Ayrımı……588

C-ARAÇLAR TEMELİNDE İŞLEVSEL OLARAK HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ, ARAÇ OLARAK AÇIKLAMA YAPTIRMAK VE İSTİCVAP

I.Açıklama Yaptırmak…..…….595

II.İsticvap

1.Genel Olarak……...602

2.Amacı……...603

3.Niteliği……..605

4.Uygulanışı……...…….608

5.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi……610

6.İkrar-İsticvap-Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İlişkileri…….613

7.Sonuç……622

Ç-YENİ DELİL SUNULMASINI İSTEME ARACI

I. Genel Değerlendirme…….……623

II. İspat Ölçüsü Ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

1.Genel Olarak……626

2.Tanımlama……...632

3.İspat Dereceleri……633

4. **Vicdani Kanaat Kavramı** ……..**634**

a. **Vicdani Kanaat Teorileri…….636**

aa. Subjektif İspat Ölçüsü Teorisi……636

bb. Objektif İspat Ölçüsü Teorisi……..637

cc.Karma İspat Ölçüsü Teorisi……...638

dd. Vicdani Kanaatin Oluşumunda

Olasılık Kavramı……641

§ 12. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

A-GENEL OLARAK ……...661

B-KANUN YOLLARI……..661

I-İSTİNAF YOLU…….661

II-TEMYİZ YOLU……667

C-ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU……..670

Ç-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE

BİREYSEL BAŞVURU ……...673

C-HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN HÂKİMİN HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUĞU İLE DİSİPLİN HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI

I-HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU…….675

II-HÂKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU…….....680

III-HÂKİMİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU……681

SONUÇ……..687

KAYNAKÇA…….701

ÖZET……..731

SUMMARY……732

KISALTMALAR

ABD : Ankara Barosu Dergisi

AD : Adalet Dergisi

Aufl.: auflage

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ASBÜ: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK : Türk Borçlar Kanunu

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

CPCN: Code de Procédure Civile Neuchâtelois

(Neuchatel Medeni Yargılama Kanunu)

CPR : Civil Procedure Rules

CPO : Civilprozessordnung

D. : Daire

Dn. : Dipnot(u)

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dZPO : Deutsche Zivilprozessordnung (Alman Medeni Yargılama Kanunu)

E. : Esas numarası

EFT : Elektronik Fon Transferi

em : eski metin

FRCP : Federal Rules of Civil Procedure

FRD : Federal Rules Decisions

FRE : Federal Rules of Evidence

FÜHFD : Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İBK : İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı

İİK : İcra ve İflas Kanunu

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar numarası

Karş. : Karşılaştırınız

md. : madde[1]

MBD : Manisa Barosu Dergisi

MİHDER : Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi

No. : Numara

öZPO: österreichhiscen Zivil Prozessordnung

(Avusturya Medeni Yargılama Kanunu)

r. : *rule*

RG : Resmi Gazete

[1] Kanun adı belirtilmeden sadece madde numarası ile belirtilen maddeler kural olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aittir. Ayrık olarak, kanun adı verilmeden anılan madde numaraları ise daha öncesinde anılan kanuna ait maddeyi göstermektedir.

S. : Sayı

s. : Sayfa

schZPO : Schweizerisch Zivilprozessordnung

(İsviçre Federal Medeni Yargılama Yasası)

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TMK : Türk Medenî Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

UNICITRAL : United Nations Commissons on International Trade Law

USC : United States Code

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Y. : Yıl

yuk. : yukarıda

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ZVN : Zivilprozessverfahrensnovelle

GİRİŞ

A-KONUNUN ÖNEMİ

Çalışma konumuz, medenî yargılama hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevidir.

Her kişinin özel hukuk açısından olsun kamu hukuku açısından olsun sahip olduğu haklara dair tüm mevzuatı bilmese bile bir düşüncesi olabilir, bir konuda bireysel deneyimleri, çevresel bilgi akışı, gözlem gibi yollar olsun, ahlak-örf adet kuralları ile yazılı hukuk kaynaklarının örtüştüğü konular olsun kişilere bir norma uyma konusunda öngörü vermektedir. Kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda haklı olup olmadığı noktasında yaşayacağı duraksama, hakkını ihlal edenden hakkını yerine getirmesini isterkenki beklentisi yerine gelmediğinde, bu konuda karşısına ya kendi hakkını kendisinin elde etmesi ya da bu noktada kimin haklı olduğu kimin haksız olduğunun değerlendirilmesi gerekli olacaktır. Kimi zaman bir aile büyüğü, kimi zaman aşiret reisi, bağlı bulunulan boyun başı, dünyanın bir yerinde derebeyi uyuşmazlıkları çözerken, insan topluluklarının genişlemesi ile meydana gelen devlet yapısı içinde hakkı tespit edip yerine getirmekte tüm toplumca meşru görülecek bir güç odağı olarak yargı organları oluşturulmuştur. Yargı organı, bu görevlerini yerine getirirken keyfiyetten uzak, belli bir disiplin ve öngörü verecek bir sistematik yapıda örgütlenmediğinde maddi anlamda hak sahibi olan kişiler, bu güç odağı nazarında verilecek kararın geçerliliğinin toplum içinde kabul edilmesi esas olduğu için, gerçek ile ilgisi olmayan şekillerde olay ve delillerin değerlendirilmesi ile hak kaybına maruz kalabileceklerdir.

Kişiler arası uyuşmazlıkta meydana gelen “olaylardan” doğan maddi haklar olabilir. Bu olayların gerçek olarak kabul edilebilmesi için yapılacak değerlendirmede sadece hâkimin kendi iradesine, kendi öznel bakışına, kendi keyfiyetine konu bırakıldığında kişiler arası tartışmasız, ortak konumu da yitirecek, verilecek kararın toplum nezdinde meşruiyet ve saygınlığı da kalmayacaktır. O durumda, ortaya bir gereksinim doğmuş olduğu görülür ki, bu

da belli kavramların varlığı ile somut olayı örtüştürmek, örtüşme halinde olayın maddi dünyada varlığını kabul etmek gereklidir; bu durumda delil kavramı öne çıkmaktadır, bir olayın varlığının "deliller" ile ispatı gereklidir. Olayın var olduğu, gerçekleştiği, oluştuğu kabul edilecekse, bunun iki dayanağı olacaktır. İkrar ve kabul yolu ile taraflardan edinilecek bilgi ya da tarafların sustuğu maddi dünyanın konuştuğu deliller bu kabulü sağlayabilecektir.

Uyuşmazlığı çözmekle görevli olan yargı organı önüne gelen taraf beyanları ile ya da deliller ile bir bilgi edinilemediğinde, uyuşmazlık ile ilgili olarak hâkimin bir karar vermesi, bir değerlendirmede bulunması, olay-norm örtüşmesi için gerekli analizi yapabilmesi olanaklı olamayacaktır. Davada, belirsiz kalan, çelişkili halde bulunan her bir dava malzemesi "doğruyu" gösteremeyecektir. Hâkim, önce dava malzemesini algılamalı, sonra hukuk bilgisi ile değerlendirmeli ve hakkın doğup doğmadığını tespit edebilmelidir. Algı aşamasında belirsizlikler ve çelişkiler ile karşılaştığında uyuşmazlıkta görev almaktan kaçınmalı mıdır? Uyuşmazlığı çözmeyi başka bir meslektaşına devretmeli midir? Davada lehine hak talep eden bu belirsizliği ya da çelişkiyi yaratmışsa davayı doğrudan reddedecek midir yoksa doğrudan davada dava açanı peşinen haklı görüp kabul kararı mı verecektir? Belirsizlik ve çelişkiler karşısında hâkimin konumu ve yapması gerekenler nedir? Hâkim, sadece kendisine sunulan dava malzemesinden sonuç çıkarmalı, daha ötesine dair soru bile sormadan sadece kararı açıklayan bir konumda mı olmalıdır?

Hâkimin böylesi sorular kaşısında konumu ve ödevlerine dair yapılan, insanlığın zamanla edindiği deneyim ve değerlendirmeler sonucunda, aşağıda tarihsel süreç ile ilgili araştırmalarımızda görüleceği gibi, pasif konumdan aktif bir konuma geçtiği, uyuşmazlığı çözmenin önemi ile medenî yargılama hukukunun amacının neredeyse birleştiği görülmüştür. Hâkimin, uyuşmazlığı algılamaktaki verimini yükseltmek için kendisinin etkinlik gösterirken yasal bir temele, yasakoyucu tarafından üzerine atfedilebilecek taraflılık ya da ihsası rey suçlamalarına karşı dayanak olacak bir ödev ya da görev ya da yetkisine de gereksinim

duyulmuştur. Yasakoyucular da bu gereksinimi üzerine, hâkimi hem etkin kılan hem de etkinlik gösterirken tarafların bu etkinliği olumsuz bir suçlama ile yorumlamasından koruyucu bir görev ile donatmıştır. Hâkimin, davadaki aydınlatma ödevi de inceleneceği üzere, bu şekilde doğmuş ve hukuk dünyasında yerini almıştır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, Türk hukuku içerisinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 31. maddesinde düzenlenmiş olan bir hüküm olmakla birlikte, bu hükmün niteliği gereği uygulamasını ve etkisini çalışmamız süresince inceleyeceğimiz gibi HMK'nın bir çok normunda göstermektedir.

HMK 31. madde hükmü, "*Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir"* sözünü içermektedir. Madde, HMK'nın ikinci bölümünde düzenlenen yargılamaya egemen ilkeler içerisinde düzenlenmiştir.

Hukuk sistemlerinde, nasıl ki Kelsen'in piramidindeki normlar hiyerarşisi ile bir normun, bir üst norma uygunluğu benimsenmiş ise, egemen ilke içeren normatif düzenlemeler de, yasa koyucu tarafından düzenlenen ilkelerin amaçladıkları hukuki ilişkiye uygun olarak kendisini göstermektedir. Anayasalar, bu anlamda, yasaların düzenlenmesinde yasa koyucu iradesi açısından temel yol göstericidir, yasalar da Anayasaya uygun olmak zorundadır. Bir yasa da, kendi içerisinde benzer şekilde ana ilkelerini yani kendi normlarına egemen olan ilkeleri düzenleyebilir. Yasa içerisindeki diğer normatif unsurlar da bu ilkelere göre yorumlanacağını, bu ilkeler dışında bir yaklaşımın yasa koyucu iradesine de uygun olmayacağını ileri sürmek olanaklı olabilir.

Öğretide, HMK 24. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenen HMK'ye egemen ilkeler konusunda, yasa koyucunun, hukuk yargılamasındaki eğilimi, bu eğilime bağlı olarak yaptığı seçimlerin arkasındaki ideolojik tavrın bir yansıması olduğu, liberal bir yaklaşım

istense de, kendiliğinden araştırma ilkesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi gibi ilkeler ile bu yaklaşımın sakıncalarından da uzaklaşılmak istendiği belirtilmiştir[2].

Medenî yargılama hukukunda egemen ilkelerden bazıları, demokratik hukuk devletlerinde bulunması gereken, olmazsa olmaz ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır; bazı ilkeler ise, yasa koyucunun seçimine bağlı olarak şekillenen ilkelerdir. Bir hukuk devletinde, aleni, adil yargılanma hakkına uygun, hukuki dinlenilme hakkını içeren bir sistemden farklı bir yapının düşünülemeyeceği kabul edilmektedir[3].

Türk Hukukunda olduğu gibi, Kıta Avrupası Hukuk sistemine bağlı hukuk düzenlerinde 19 yüzyılın öncesinde egemen ilkelere normları bağlama eğilimi görülmezken, 19.yüzyılın başlarından itibaren norrmları, kendisinden daha üstün ilkelere bağlama eğilimi bu ilkeleri ortaya çıkarmıştır, açıkça pozitif hukuk metinlerinde yer almadan yani bir hukuk normu haline gelmeden, pozitif kurallardan çıkarım yapılarak ulaşılan ilkeler olduğu düşünülmekteydi[4].

Egemen ilkelerin de dayanağı, aynı hiyerarşik normatif yapı içerisinde, doğaldır ki anayasal düzenlemeler ve hukukun genel ilkeleri olacaktır. Hatta, aşağıda medenî yargılama hukukunun amacını incelerken, bu hukukun dayanağı olarak aradığımız temel ilke ve değerler açısından, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlemesini bulan, Anayasamızda da düzenlenen adil yargılanma hakkı ve diğer temel ilke ve değerler yönünden dayanak oluşturan normların varlığından söz etmek olanaklıdır . Bu anlayışla konuya yaklaştığımızda, medenî yargılama mevzuatının tamamı için belki ileri sürülemese de, 6100 sayılı HMK yönünden, yargılamaya egemen ilkelerin yol göstericiliği şemsiyesinden uzaklaşan bir normu içermediğini, tüm HMK hükümlerinin egemen ilkeler ile yorumlanması ve de aslında tüm

[2] Tanrıver, Süha : Medenî Usûl Hukuku, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, C.I, Ankara 2016 s, 350
[3] Erdönmez, Güray/ Pekcanıtez Usûl : Medenî Usûl Hukuku, 15. Basım, İstanbul 2017, C.I, s.781
[4] Alangoya, Yavuz : Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 1

HMK hükümlerinin gene bu egemen ilkelerin gerçekleşmesi için yasa koyucu tarafından tesis edildiğini ileri sürmek bizce tutarlı ve olanaklıdır.

HMK sistemi içinde, yargılamaya egemen ilkelerin dışında kalan, temelini bu ilkelerden almayan bir kurum bulunmamaktadır, yapılacak normatif yorumların da bu ilkelere göre yapılması gerekecektir[5]. Bu ilkeler, tasarruf ilkesi (24.md.), taraflarca getirilme ilkesi (25.md.), taleple bağlılık ilkesi (26.md.), hukuki dinlenilme hakkı (27.md.), aleniyet ilkesi (28.md.), dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü (29.md.), usûl ekonomisi ilkesi (30.md.), hâkimin davayı aydınlatma ödevi (31.md.), yargılamanın sevk ve idaresi (32.md.), hukukun uygulanması (33.md.) ilkeleri olarak yasa koyucu tarafından Türk medenî yargılama hukuku için getirilmiştir. Türk medenî yargılamasının bir anlamda ruhu bu normlar olarak ifade edilebilecektir.

1086 sayılı mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu kapsamında açık bir başlık altında yer verilmeyen yargılamaya egemen ilkelerin, öğretide bir çok yazar tarafından ve uygulayıcılarca özellikle Yargıtay kararlarında HUMK'un genel yorumu ve yasanın kendi dinamiklerinden çıkarılan değerlendirme ile varlığı ileri sürülmekteydi. Bu konuda, mehaz yasalar ve mehaz hukuk, özellikle Alman, Fransız ve İsviçre Medenî Yargılama Hukuku temelinde yapılan araştırmalar ile bu egemen ilkelerin varlığı ileri sürülür ve yasada da buna ulaşılmaya çalışıldığı belirtilirdi. Öğretinin incelemeleri, mehaz yasayı getiren yasakoyucunun ulaşmak istediği amaç üzerinde olduğunda ise, ilgili yabancı hukuka dair öğreti yorumları, özellikle Alman ve İsviçre Federal Mahkeme kararlarından ilkelerin ışığı aranarak yorumda yol gösterici olarak Türk Hukukuna etkisi tartışılırdı. 6100 sayılı yasa, bu çabayı kendi düzenlemesi için kolaylaştırarak, ulaşmak istediği amacı, normların yorumunda ve uygulamada doğabilecek kanun boşluklarında kullanılması için kanun metni içinde

[5] Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 782

yargılamaya egemen olan ilkeleri de düzenlemiştir. HMK Genel Gerekçesinde, yargılamaya egemen ilkelerin neden HUMK'dan farklı olarak açıkça düzenlendiği ise belirtilmemektedir.

Yargılamaya egemen ilkelerden biri olan hâkimin davayı aydınlatma ödevi, 1086 sayılı HUMK yürürlüğü döneminde 75. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiş iken, 6100 sayılı HMK'da 31. maddesinde yasada yerini almıştır. HUMK 75/2-3. fıkraları düzenlemesinde HMK'daki adı olan "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" başlığı ile düzenlenmemişti. HMK'daki madde başlığından önce, öğretide Alangoya, Alman ve İsviçre medenî yargılama hukukundaki adı ile "richterliche aufkläurungpflicht" çevirisi ile Türk hukukuna kavramı kazandırmıştı[6]. Bunun sebebi de, HUMK 75. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının dZPO 139. Maddesine isabet etmesi ve bu maddenin içeriğinde de aydınlatma ve işaret etme ödevinin[7] düzenlenmiş olmasıdır.

Liberal medenî yargılama hukuku anlayışı, hâkimin etkin mi, yoksa sadece bir karar makamı olarak eylemsiz mi kalması gerektiğini tartışma konu etmiş, bu anlayış, Kıta Avrupası Hukukunda görece etkin, Anglo-Sakson Hukukunda ise daha az müdahaleci bir görünümde karşımıza çıkmıştır. Liberal düşüncenin, ekonomik olarak Anglo-Sakson ülkelerinde daha benimsenmiş olması, kanımızca hukuk politikası açısından da Kıta Avrupası ülkelerine göre, taraf iradesi ve etkinliğini, bireysel özgürlükler temelinde öne çıkarmıştır.

Kıta Avrupası Sistemi yargılamasında hâkimin daha etkin bir rolü vardır; davanın yönetimi hâkimin görevidir. Bu, hâkimin davayı aydınlatma ve tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koymalarının gerçekleştirilmesi için yargılamada olanak sağlama görevi bulunmasından kaynaklanır. Delillerin değerlendirilmesi suretiyle maddî gerçeğin ortaya çıkarılması hâkimin ana görevidir. Bu sistemde, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ve kendiliğinden araştırma ilkesi kavramları ortaya çıkmıştır. Somut olayda hangi

[6] Alangoya, Vakıalar/Deliller, s. 135
[7] Richterliche Hinweispflicht

hukuk kuralının uygulanacağını bulmak görevi sadece mahkemeye ait bir görevdir. Mahkeme bu konuda tarafların dilekçelerinde belirttikleri dayanak normlar ile bağlı değildir[8].

Sosyal Devlet düşüncesinin de sosyalist ekonomik anlayışın bir yansıması olarak Kıta Avrupa ülkelerinde daha fazla benimsendiğini düşünüldüğünde, zayıf olan bireyi korumak için yargılama sırasında özellikle avukat yardımından yararlanamamış olan tarafa kendisini ifade edebilme ve delillerini sunmakta doğru delili sunmaya yöneltilme gereksinimi söz konusu olmuştur. Hatta, çalışma konumuz olan hâkimin davayı aydınlatma ödevi yönünden, avukatla temsilin söz konusu olduğu davalarda uygulanıp uygulanmayacağı mehaz hukukta özellikle tartışılmıştır.

Çalışmamız sürecinde inceleneceği gibi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, HMK 31. madde hükümet gerekçesinde, " Maddede, hâkimin maddi anlamda davayı sevk yetkisi düzenlenmektedir. Mukayeseli hukuktaki gelişim sonucu, günümüzde bununla hâkimin taraflara sorular sorma, işaret ve müzakere etme ödevi anlaşılmaktadır. Bununla hâkim, olayın ve hukuki uyuşmazlığın olgusal ve hukuki 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 taleplerini ileri sürmelerini sağlayabilecektir." ifadesi ile yasa koyucu Alman ve İsviçre Hukuku'ndaki gelişmeleri dikkate almış olduğunu belirtmektedir. Bu konu da, çalışmamızda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tarihçesinde incelenecektir. Sosyal bir hukuk anlayışı ile, hâkimi etkinleştiren reformlar ile sadece gözlemde kalan, kendisine sunulan dava malzemesi ile yetinen hâkim profili dünyada terk edilirken, Türk Hukuku da bu değişimden etkilenmiştir. Hatta, hâkime yüklenen bu ödev ile, artık müzakere ve işaret etme ödevini de içerdiği düşünüldüğünde, hâkime çok ince bir çizgide düşünsel dünyası ile davranışlarını, sözlerini kontrol etmekte

[8] Güralp, Ayşe Gülin: Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması, İzmir 2010, s. 8

büyük bir yük de yüklenmiş olmaktadır. Müzakere sürecinde, gene çalışmamızın son bölümünde değineceğimiz hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırlarını iyi gözetmesi gerekecektir. Bu da hâkimin görevini yaparken aslında kamu hizmetini yerine getirmesi sırasında fazladan bir özen göstermesine neden olabilecektir. Bu görevin yerine getirilmesinde insan psikolojisinin yoğun olarak kendisini gösterdiği düşünülebilir. Hâkimin yargılama sırasında her söz ve davranışında, tarafsızlık ve son kararını açıklama yasağı sınırlarına uyması gerektiği de düşünüldüğünde, belirsizlik ve çelişkileri giderirken, taraflarla buna dair konuşmalar yaparken aşağıda da inceleyeceğimiz sınırlara uyarken, bu konudaki etkinliğindeki verimlilik de, hâkimlik mesleğinin bir inceliği ve meslek içinde zamanla gelişen bir yetenek olarak karşımıza çıkabilecektir. Böylece hâkim, sadece sunulan dava malzemelerini değerlendiren bir teknisyenden daha ileride, kişilerin ne demek istediklerini kendisine 31. maddenin verdiği ödevle anlamaya çalışan , bir delilde görünmeyen fakat uyuşmazlık hakkında vereceği karar için ilgili delilin üzerindeki belirsizlik bulutu dağıtıldığında görülebilecek olanı çözmeye çalışan bir hâkim modeli yasakoyucu tarafından istendiği anlaşılmaktadır.

Toplumsal barışın korunmasında, bir uyuşmazlığın çözülmüş olması, hem yargıya, hem de dolayısı ile devlete ve daha ötesinde birlikte yaşama iradesine olan toplumu oluşturan bireylerin bir birlerine olan güvenin artışı ile katkıda bulunmuş olacaktır. Çözülmemiş uyuşmazlık, kişileri kaba kuvvete varan çatışma zeminlerine sürükleyebilecek, bu da yeni uyuşmazlıklar doğuracak ve toplumsal bir huzursuzluk, belki de bir çözülmenin başlangıcı olacaktır. Bu nedenle, kişilerin kendilerini, uyuşmazlık çıkana kadar yer almadıkları yargı organları önünde hukuki olarak doğru ifade edebilmeleri, maddi olarak hak kazandıkları veya karşı taraflarının hak kazanmadıklarını iddia ederken veya ispat etmeye çalışırken önem kazanmaktadır. Kişinin günlük dilde veya sadece mantık kuralları ile bazı çıkarımlar yaparak kendini dava öncesi var olan olaya dair açıklamalarda bulunması, iddialar ileri sürmesi veya

delillerini sunarken ya da delilleri toplanırken kişinin ortaya koymak istediği sonuca gitmekte gerek bürokratik, gerekse teknik engeller ile karşılaşması halinde, hâkimin duruma seyirci kalması, aslında mahkemelerin varlığının değerini insan zihninde sorgulamaya kişiyi itebilecektir.

Hâkimin, uyuşmazlığı ve delilleri doğru algılaması için, yasada kazuistik bir şekilde, Roma Hukuku'ndaki Formulaların düzenlenmesi uygulanması zor ve hatta öngörülmesi zor olasılıklar yığını yaratabilecektir. Somut olayların sayısız çeşidi karşısında da bir çözüm olması beklenmemelidir. Günlük dilin içinden hukuki terminolojiye giden doğru ifadeyi bulmak, bunu algılarken de somut olay gerçeğinden hareket etmek hâkimin ödevidir. Yasa koyucu, burada, kazuistik normlaştırmanın yetersizliği ve gereksizliğini görerek, somut uyuşmazlıkla temas eden ve gene yasa koyucunun da içinde olduğu ulus adına karar verecek olan hâkimi görevlendirmiştir. Somut belirsizlik ve/veya çelişki, adeta kendi gerçeğinde bir mantık geliştirme, sorgulama ve algılama sürecini kendisi doğuracaktır. Yargılamanın sevk ve idaresi hâkimdedir. Doğru sonuca ulaşabilmesi, usûli hatalarla yapmaması için hâkim tarafsızca bu emeği göstermesi beklenen kişi olarak yasada konumunu almıştır.

Hâkimin, davadaki böylesi önemli konumu, belirsizlik ve çelişki karşısında adeta HMK'da bir çok norm ile bağlantı sergiler. Bu nedenle de, çalışma konumuzu incelerken, ilk bölümde, medenî yargılama hukukunun amacı incelenmiştir. medenî yargılama hukukunun amacı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amaçları arasında topluma dönük yüzleri yönünden bir amaç birliği göze çarpmaktadır. İlkenin, yasaya egemen ilkelerden olmak üzere düzenlenmesi de, zaten HMK'nın yorumunda yasakoyucunun amacı ile çelişilmeden uyuşmazlığın ele alınabilmesi için olmalıdır.

Çalışma konumuzun asıl önemi, özellikle uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Hâkime yasada verilen davayı aydınlatma ödevinin uygulamada bir çok uyuşmazlık sonucu açılan davalarda, tarafların getirdikleri dava malzemelerinin hâkim tarafından anlaşılmaması ya da

yanlış anlaşılması, uyuşmazlık hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyecektir. Medenî yargılama hukukunun aşağıda inceleyeceğimiz amaçlarından olan özel hukuktan doğan hakların tespiti ya da tarafların dava malzemelerini açıklama ve ispat hakkını içeren hukuki dinlenilme hakkının korunması, maddi gerçeğin bulunması gibi medenî yargılama hukukunun amaçlarına ulaşmakta hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kanımızca kritik önemi vardır.

Yasakoyucu, HMK genel gerekçesinde, HMK'nın maddi gerçeğe ulaşmayı temel amaçlarından olarak kabul ettiğini belirtmiş olduğu dikkate alındığında hâkimin maddi ve hukuki belirsiz ve çelişkili dava malzemesi karşısında harekete geçmekle ödevlendirilmesi de yasanın amacı ile uyumludur. Bu ödevlendirme, hâkime, 25.madde ile çelişecek bir görev yüklememektedir. Hâkimin aydınlatma ödevi, davada getirilen dava malzemesinden yola çıkılarak mı yapılacağı yoksa kendiliğinden araştırma ilkesinin genel ilke haline mi getirildiği konusu çalışmamızda yanıt aradığımız konular olarak karşımıza çıkmaktadır. Her bir delil türünde ya da tarafların davadaki sözlü ve yazılı beyanlarındaki belirsizlik ve çelişkiler karşısında hâkimin soru sorması, açıklama yaptırması ya da delil sunulmasını istemesi, diğer ilkeler ile çelişmeden bir bütünlük içinde kendisini gösterecek olan usûli araçlardır. Çalışma konumuz bu sınırların uygulamada "her an" aşılması riski karşısında önemini göstermektedir.

B-KONUNUN İNCELEME PLANI VE SINIRLARI

Çalışmamızda, ilk bölümde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amaçları, adil yargılanma hakkı kapsamında durumu, medenî yargılama hukukunun amacı ile ilişkisi, yargılamaya egemen ilkeler ile ilişkisi, taraf yükümlülükleri ile ilişkisi, tarihsel gelişiminin, ilkenin varlık sebebini ve tarihsel süreçte ulusların yasa koyucularının hâkimi daha etkinleştirmekte nasıl bir gelişim gösterdiğini anlayabilmek açısından önemli olduğu düşünülmüş ve incelememizin başlarında tarihsel süreç irdelenmiştir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tarihsel sürecinden sonra ise, hâkimin bu sürecinde aslında hem beklentisi hem getirisi olarak adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olarak bağımsız ve tarafsızlığı incelenmiştir. Özellikle hâkimin davayı aydınlatırken dikkat etmesi gereken sınırları, bağımsızlık ve tarafsızlık kuvvetle çizdiğinden, bu ilkelerin incelenmesinde yarar görülmüştür.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, yargılamaya egemen bir ilke oluşu, normatif bir temelden kaynaklanırken, sistematik konumu da aynı şekilde, yargılamaya egemen diğer ilkeler ile de etkileşiminin olup olmadığı, bu ilkelerin uygulanmasında yararı veya engeli olup olmadığının da incelenmesi yararlı görülmüştür. Ayrıca, çalışma konumuzun HMK'ya egemen olmasının yanı sıra, kendisi de Anayasal bir üst ilke veya norma bağlı olup olmadığı da Anayasal temeli incelenirken değerlendirilmiştir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, her ne kadar hâkime tek taraflı bir ödev yüklediği düşünülse de, davadaki tarafların da yerine getirmesi gereken yükümlülükleri de beraberinde getiren bir ilkedir. Bu durumda, çalışmamızın ilk bölümünde, medenî yargılamada, hâkimin konumunu incelemek, özellikle, tarafların davadaki ödevleri ile, somutlaştırma ödevi ve ispat yükü karşısındaki konumu ve görevlerini incelemenin yararı düşünülmüş ve bu yolda inceleme yapılmıştır. Ayrıca, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, varlığı ile yasakoyucunun ulaşmak istediği amaç da incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamı incelenmiştir. Bu kapsam içerisinde, dilekçeler üzerinde ve tarafların beyanları üzerinde ilkenin uygulanışı, HMK 31. maddesinin delil sunulmasına işaret etmesi nedeniyle de delillerde bir belirsizlik ve çelişki halinde hükmün uygulama alanı araştırılmıştır. Ayrıca, delilden vazgeçme ve yasada düzenlenmemiş deliller ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bağlantısı da incelenmiştir.

Uygulama kapsamının araştırılmasında, özellikle öğretide tartışmalı olan isticvap ile olan bağlantısı da değerlendirilmiştir. Ayrıca, bir başka tartışmalı nokta olarak da, deliller üzerinde teksif ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı ile, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bağlantısı incelenmiştir.

Çalışmamızın gene ikinci bölümünde, davanın tamamının aydınlanmasında önemli görülen bir nokta olarak da, bekletici sorun ve ön sorunun varlığı halinde, yapılacak usûli faaliyetin kökeninde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yer alıp almadığı, aydınlanması istenilen nokta açısından hâkimin harekete geçişinde ilkenin yol gösterici olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamını inceledikten sonra, bu kapsamın sınırları da üçüncü ve son bölümümüzde incelenmiştir. Bu sınırların, çoğu noktada hâkimin reddi sebepleri ile çakıştığı da gözlemlenmiş, hâkimin kararına dair düşüncesini yasal zamanından önce açıklama yasağı yani ihsası rey yasağı ile taraflara yol gösterme, öğüt verme yasaklarının, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulamasında bir sınır olarak görülüp görülmeyeceği tartışılmıştır; buna karşıt konumlanma olarak tarafların bu aydınlatma faaliyetindeki konumlarının sınır aşan bir hale dönmemesi için gerekli olan yargısal davranış da araştırma konumuza alınmıştır. Tarafların açıklama yaparken veya soruları yanıtlarken, bu soru yanıtları ve açıklamaların iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının içerisinde kalıp kalmayacağı da değerlendirilmiştir. Yeni delil sunma istemi yanıtlanırken de, ikinci tanık listesinin verilmesinin olanaklı olup olmadığı da çalışma konumuz içinde incelenmiştir.

Çalışmamızın takip eden kısmında ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevini hangi araçlarla ve hangi işlevsel etki göstererek gerçekleştireceği değerlendirilmiş, öğretide tartışılan değiştirme, tamamlama ve açıklama işlevleri bu başlık altında incelenmiştir. Soru

sorma, açıklama yaptırma ve yeni delil sunulmasının istenmesi de beraberinde değerlendirilen konular olmuştur.

Çalışmamızın son kısmında ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlal edilmesi halinde başvurulacak kanun yolları ile, hâkime yönelik olarak tarafların hakları, hâkimin bu anlamda hukuk, cezai ve disiplin sorumlulukları tartışılmış ve incelenmiştir.

Sonuç kısmında ise, tüm çalışmamız sürecinde incelemelerimizin değerlendirilmesi ile ulaşılan sonuç ve önerilerimiz ile çalışmamız sonlanmış olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ KAVRAMI, NİTELİĞİ VE GELİŞİMİ

§1. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ KAVRAMI

A.Kavram

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tanımlanması için yasal kaynaklara başvurulduğunda, yasakoyucunun bir tanımlama yapmadığını, hâkime verilen görevin koşulları ve araçlarının düzenlendiği anlaşılmaktadır. İsviçre[9] ve Alman[10] medeni usûl kanunlarında da benzer şekilde tanımdan çok işlevin esas alındığı görülmektedir.

HMK kapsamında hâkimin davayı aydınlatma ödevi, kavramsal olarak tanımlanmamıştır, hatta HUMK ve tasarılarda da tanımı yasakoyucu tarafından yapılmadan içeriği düzenlenmiştir. HMK 31. maddenin olsun, mülga mevzuat ve tasarılarda olsun bu durum göze çarpmaktadır.

Taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu davada tarafların getirdiği dava malzemelerinin, iddia ve savunmalarının eksiklikler içermesi, belirsizlikler taşıması durumunda bunların giderilmesi ile yargılamaya bunlar giderildikten sonra hâkimin devam etmesi gereğine işaret eden bir yükümlülük olarak tanımlanmıştır[11].

Öğretide, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin başkaca açık bir tanımı yapılmasa da, yasal düzenlemeden hareket ederek, görülmekte olan bir dava, taraflarca getirilmiş dava malzemesinin belirsizlik ve çelişkiler içermesi durumunda ya da davada yer alan taraflarca getirilmese de maddi ve hukuki tüm konularda, hâkimin kanaat elde edebilmesi için gerekli

[9] Bkz.aşağıda Birinci Bölüm, **§2.** Paragraf A-I-II
[10] Bkz. aşağıda Birinci Bölüm, **§2.** Paragraf B-I-VIII
[11] Meriç, Nedim: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C.II, Özel Sayı 2009,Y.2010, s.378 (Aydınlatma), Koch, Melanie, Di richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, Hamburg 2003, s. 27

açıklık ve anlaşılırlık seviyesine ulaşması için taraflardan dava malzemesi ya da delil getirmeleri, belirsizlik ve çelişkiye dair açıklamaları ve yanıtlaması gereken soruları kullanarak yapması gereken aydınlatma faaliyeti ile ilgili olarak yasa koyucunun hâkime yüklediği görev ve hâkimin davadaki belirsizlik ve çelişkiyi tespit ettiğinde pasif kalmaması, anayasal olarak kendisine verilen karar verme yükümlülüğünün bir yansıması olarak aktif hale gelmesini ifade eden yargılamaya egemen ilke olarak tanımlamak kanımızca olanaklıdır.

Tanımlamamız içinde ve tanımımızın kaynağı olan HMK 31. madde içindeki kavramların da açıklanması yararlı ve gereklidir. Bu anlamda, eksiklik, belirsizlik ve çelişki sözcüklerinin de incelenmesi önemlidir. *Eksiklik,* Türk Dil Kurumu'na göre, bir bölümü olmayan, noksan, natamam olma durumu, fıkdan olarak tanımlanmıştır[12]. *Belirsizlik*, aynı kaynakta[13] belirsiz ifadesi ile, öncelikle, belirli olmayan, belgisiz, gayrimuayyen, niteliği hakkında tam bir bilgi edinilemeyen, müphem olarak tanımlanmış, belirsizlik de müphemiyet, belirsiz olma durumu şeklinde ifadesini bulmuştur. Karşı kavram olarak belirli kavramı ise, "açık ve kesin olarak sınırlanmış ve ya kararlaştırılmış olan, muayyen" olarak tanımlanmıştır. HUMK 75. maddesinde, "müphem" sözcüğü kullanılmıştı. *Çelişki* ise, aynı kaynakta tanımlanırken, çelişme sözcüğü temelinden hareket etmiş[14], bu esasta "çelişme, tenakuz" olarak ifade edilmiştir. Çelişmek de, düşünce ve davranışı birbirini tutmamak, birbirlerine ters düşmek, tutarsız olmak, mütenakız olmak" şeklinde tanımlanmıştır. Gene HUMK md. 75/2'deki mülga ifadede geçen "mütenakız" sözcüğü de HMK 31. maddede çelişki sözcüğüyle Türkçeleşmiştir. Mütenakız sözcüğü de "ikinci sözü, birinci sözüne zıt olan, uymayan, çelişik" olarak tanımlanmıştır[15]. Sözcük anlamları yönünden, dava konusunun belirsizlik ve çelişki içermesi, temelde bir eksiklik sayılması, sözcüğün, "unsur yokluğu, noksanlığı" yönü nedeniyle söz konusu olamayacağı düşüncesindeyiz. Dava konusunun ifade

[12] Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, Ankara 2009, s. 613-614
[13] Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, Ankara 2009, s. 239
[14] Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, Ankara 2009, s. 412
[15] Develioğlu, Ferit: Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara 2012, s. 911

olarak bir belirsizlik ve ya çelişki içermesi halinde , bu tarafın iradesini anlamaya bir engel olacak, bu engel, uyuşmazlık yönünden de bir belirsizlik veya çelişki sayılabilecektir. HMK 119/2. maddesinde, bu yönde bir belirsizlik veya çelişki varsa, bu durum dilekçe içeriğindeki unsurlarda bir yokluk sayılmamalı, eksiklik olduğu kabul edilmelidir. Dava konusu unsurunun yokluğu, "dilekçe" kavramının kurucu olgularından birinin olmayışını ifade ederken, belirsizliği veya çelişkinin uyuşmazlığı anlatmakta hâkimin muhakemesi açısından sakıncayı işaret etmektedir. Dava konusunun yanı sıra, HUMK 179. maddede müddeabih olarak ifade edilen HMK 11. maddesinde (d) bendinde malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değeri olarak düzenlenen unsurun belirsiz veya çelişkili olması halinde ya da tamamen eksik olması halinde bu eksikliğin HMK 31. madde uygulaması ile giderilmesi de böylece olanaklıdır. Yargıtay'ın bir kararında, talep sonucun hüküm kurmaya elverişli olmasını aradığını, dava konusu içinde taleplerin yöneliminin aydınlatılmasının davayı aydınlatmak olacağına işaret etmiştir[16].

Dava malzemesi olarak taraflarca getirilen ve dava sebebi olarak yer alan, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin konusu olan "Vakıa-Olay" kavramının tanımlanmasının gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Bu doğrultuda, vakıa, olup geçen şey, hadise, olay, savaş olarak

[16] Yargıtay 1.Hukuk Dairesi'nin 2013/21987 E. 2014/1114 K. Sayılı 27.1.201 tarihli içtihadında; "Hemen belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesine göre; "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir". Bilindiği üzere, tapu sicilinin tutulması kamu düzenine ilişkin olup, hâkimin doğru sicil oluşturma yükümlülüğü bulunmaktadır.
Öte yandan, mahkemelerce verilen kararların HMK.nin 297/2. maddesinde belirtildiği üzere, her bir istek hakkında taraflara yüklenen borç ve tanınan hakları sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde göstermesi ve infaza imkan sağlayacak içerikte bulunması zorunludur. Somut olayda; mahkemece, tapu kayıtlarının iptaline karar verildiği, tesciline karar verilmediği, davacılara hangi taşımaz için ne kadar miktarda tazminat istedikleri açıklattırılmadığı gibi, 749 ada 3 parsel sayılı taşınmazın mirasbırakan tarafından davalı H.. B..'e, onun tarafından da dava dışı F. A. temlik edildiği, 744 ada 1 ve 18 parsel ile 441 ada 46 parsel sayılı taşınmazların mirasbırakan tarafından davalı M.. B..'e ve onun tarafından da dava dışı üçüncü kişilere temlik edildiği, bu taşınmazlar yönünden hükmedilen tazminatın bütün davalılardan tahsiline karar verildiği anlaşılmaktadır.
Hal böyle olunca, mahkemece, davacılara hangi taşımaz için ne kadar tazminat istediklerinin açıklattırılması, tapu kayıtlarının iptali ile birlikte tescile de karar verilmesi, 749 ada 3 parsel sayılı taşınmaz yönünden hükmolunan tazminattan H.. B..'ün, 744 ada 1 ve 18 parsel ile 441 ada 46 parsel sayılı taşınmazlar yönünden hükmolunan tazminattan M.. B..'ün sorumlu tutulması gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." (www.kazanci.com , erişim tarihi: 1.9.2017)

tanımlanmıştır[17]; bir başka tanımlamada, olgu, olmuş olan şey, olay olarak belirtilmiştir[18]; gene bir tanımlama da, Arapça kökenli olduğu, olgu olarak tanımlandığı, vaka şeklindeki yazılımı için ise olay ve hadise tanımı yapılmış olduğu görülmüştür[19]. Bu tanımlar ışığında, olay kavramını ise, "ortaya çıkan, oluşan durum, ilgi çeken veya çekebilecek nitelikte olan her türlü iş, hadise, vaka" olarak tanımlandığı tespit edilmektedir. Öğretide ise vakıa, geçmişte olan ya da içinde bulunulan, insanın dış dünyasına ya da iç dünyasına dair durum, süreç ya da belli nitelikler olarak tanımlanmıştır[20]. Bir başka yaklaşımla ise, bir hukuk kuralına ait unsur olayları karşılar nitelikte maddi dünyada bir yeri olan veya süregelen durumlar olarak ifade edilmiştir[21]. Gene bir başka değerlendirmede ise, vakıanın belli bir zaman ve yerde, ya da yalnızca belli bir süreçte oluşan olay, nitelik, bağıntı ya da durum olarak ifade edildiğini görmekteyiz[22]. Ayrıca, her vakıa, başka vakıalara kaynaklık edebildiği gibi, bir başka vakıanın sonucu da olabilmektedir[23].

Davanın unsurlarının netleştirilmesi ve eksikliklerinin tamamlanması; amaca uygun dava dilekçesinin verilmesi ve eksiksiz maddi vakıanın beyanının ön adımı olarak görülebilir. Mahkeme bundan başka bir de; maddi olguların taraflarca en azından zımnen beyan edilip-edilmediğini incelemelidir. Böyle bir durum varsa, kendi anlayışına göre doğru olan hukuki bakış açısı konusunda bulanık ve eksikli maddi olgu beyanı konusunda uyarı yapmalıdır. Eğer bir hukuki bakış açısı tarafça gözden kaçırılmış veya önemsiz görülmüşse; mahkemenin, bu bakış açısı ile ilgili ve bu durumdan kaynaklanan maddi olgu beyanının zorunlu tamamlanması ile ilgili olarak uyarıda bulunması gerekir. Delil eksiği olan maddi olgu beyanının netleştirilmesi ve eksiklerinin tamamlanmasından sonra; yetersiz ispat vasıtaları

[17] Devellioğlu,Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 29.baskı, Ankara 2012, s. 1321
[18] Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 914
[19] Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, Ankara 2009, s. 2075
[20] Atalay, Menfii Vakıa, s. 57
[21] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 195; Kummer, Kommentar zum ZGB, Einleitung, Art 8, Bern 1962,no.87
[22] Toraman, Barış: Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde), Ankara 2017, s.144
[23] Toraman, s.148

nitelemeleri ve gerekenden az delil sunumları, delillerin alınmasından sonraki çok önemli maddi olgular ve delil takdiri bağlamında bir tarafın gözden kaçırdığı veya önemsiz gördüğü maddi bakış açıları konularında da uyarılarda bulunması gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hâkim, tarafların sunduğu hukuki sebebe dair değerlendirmesinde ya da maddi vakıa beyanının tamamlanması karşısında kendi değerlendirmesinde uyuşmazlık konusu olayı belirginleştirme hedefinde dikkatli olmalıdır[24].

Vakıa kavramı yerine olay, olgu kavramlarının kullanılıp kullanılmayacağı incelenmiştir. Öğretide vakıa teriminin Almanca karşılığı "tatsache" sözcüğü ile açıklandığı, bu sözcüğün olay anlamına geldiği ifade edilmiştir[25] . Öğretide, Toraman'ın olay yerine vakıa sözcüğünü kullanmasının gerekçelerini belirtirken, vakıanın kimi zaman hastalık, akıl hastalığı örneği vererek, bir durum ya da tehdidin devam etmesi gibi bir süreç veya bir araç çarpışması gibi gerçekleşmiş bir şey olarak karşımıza çıkabildiğini ifade etmiştir. Olay[26] sözcüğünün karşılığı olan, vaka[27] yerine vakıa[28] kavramını kullanmıştır. Temel gerekçe olarak vaka yani olayın "süregelen" olmadığını, olup bitmiş bir şeyin söz konusu edildiğini, ancak dava temeli olan vakıanın süregelen bir durumu uyuşmazlığa konu olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir[29]. Bu yaklaşıma biz de katılıyoruz. Bu durumda, vakıa hem olgu hem olay kavramlarını içermektedir. Bu açıklamalar ışığında vakıayı unsur yönü ile değerlendirdiğimizde *" yer, zaman, kişi, olgu, istem"* unsurlarını[30] içermesi gerektiğini belirtebiliriz.

---

[24] Liu,s.436

[25] Umar/Yılmaz- İspat Yükü, s. 1, dn.1; Toraman, s. 147 vd.

[26] Türk Dil Kurumu sözlüğünde : *"Ortaya çıkan, oluşan durum, ilgi çeken veya çekebilecek nitelikte olan her türlü iş, hadise, vaka"* olarak tanımlanmıştır. (https://sozluk.gov.tr/, erişim tarihi : 1.7.2019)

[27] Türk Dil Kurumu sözlüğünde : *"Olay, hadise"* şeklinde belirtilmiştir (https://sozluk.gov.tr/, erişim tarihi : 1.7.2019)

[28] T.C. Adalet Bakanlığı'nın Hukuk Sözlüğü'nde : *"Olay, gerçek, olgu. Vuku': Düşüş. Başa gelen, çatan büyük iş."* şeklinde tanımlanmıştır.(http://www.sozluk.adalet.gov.tr/vak%C4%B1a, erişim tarihi : 1.7.2019), bir başka tanımda ise, "*vuku bulmuş, olmuş iş, gerçek, rüya, düş, cenk savaş"* olarak belirtilmiştir, Develliоğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklobedik Lugat, Ankara 2012, s.1322

[29] Toraman, s. 147 vd.

[30] "*Zaman, mekân, kişi, oluş şekli"* unsurları olarak da belirtilmiştir, Yardımcı, Taner Emre: Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, Erzurum 2017,s.4; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 665; Tanrıver-Usûl,

Vakıa veya olay olarak, ifade edilen bir olgu, bir davada tarafların bir hak talebinin dayanağını teşkil ederek hâkim önüne geldiğinde, ispat araçları, öğretinin de işaret ettiği gibi[31], olayı, hâkim zihninde canlandırıcı işlev görmektedir. Bu canlanmanın keyfilikten uzak olması sadece zihni bir faaliyet olarak kalmasının önlenmesi, somutlaşması, bu anlamda, davanın tüm tarafları için de, aynı derecede aynı anlamda var sayılması, canlandırmanın ortak bir noktada, ortak bir zemin ve algıda oluşabilmesi kanımızca sadece medenî yargılamanın ispat ilkeleri ve araçları ile mümkün olabilmektedir. Bir vakıanın bir uyuşmazlıkta en az iki tasvircisi vardır. Olayın adeta resminin gerçek görüntüsü ile hâkimin, sanki bir ressamın tuvaline yansıması gibi yansıması gerekir.

I- Terim Sorunu

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, kavram olarak gerek yasalarda gerek yargı kararlarında, gerekse öğretide terimsel olarak kullanımı kavram incelemesi içinde tanımlamanın isabetli yapılabilmesi gereğinden hareketle incelenmesi gereklidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tarihsel gelişiminde de inceleneceği üzere Türk hukukunda HUMK döneminde madde başlığı veya yasa metinlerinde HMK tasarılarına kadar açıkça "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" şeklinde kullanılmamıştır. HMK'da ise açıkça madde başlığı ile "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" olarak 31. maddesinde işaret edilmiştir. Bu yasal terim kullanımı karşısında bizim tez başlığımız da bu esasta kullanılmıştır.

---

s.797, somutlaştırma yükünün bir başka tanımda ise, "iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan maddi vakıaların, ispata elverişli bir biçimde yer, zaman ve kişi unsurlarından yararlanmak suretiyle formüle edilmesini, tanımlanmasını öngören usûli yük" olarak tanımlanmış, bu şekilde üç unsur sayılmıştır, Tanrıver-Usûl, s. 796

[31] Yıldırım, s. 195

Hakimin davayı aydınlatma ödevinin sözcük olarak hakimin kural olarak aktif olacağı izlenimi vermesinden dolayı "belirtme yükümlülüğü" şeklinde kullanılması da önerilmiştir[32]. Öğretide, *açıklatma (aydınlatma) ödevi*[33]*, hâkimin taraflardan izahat isteme imkânı*[34]*, hâkimin soru sorma ödevi*[35]*, hâkimin aydınlatma ödevi*[36]*, hâkimin davayı aydınlatma ödevi*[37]*, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü*[38]*, davayı aydınlatma ödevi*[39]*, aydınlatma görevi*[40] şeklinde Türk hukukunda kullanılmıştır. İsviçre hukukunda ise, schZPO 56. maddesinin başlığı *mahkemenin soru ödevi* şeklindedir ki; İsviçre hukukunda hâkimin delil istemesi ödev ve buna bağlı yetkisi düzenlenmemiştir, Alman hukukunda ise dZPO 139. maddesinde *davanın maddi bakımdan yürütülmesi* başlığı altında düzenlenmiştir. Alman öğretisinde ise *hâkimin davayı maddi bakımdan sevk ödevi*[41]*, hâkimin müzakere etme ödevi*[42]*, hâkimin işaret etme ödevi*[43]*, hâkimin aydınlatma ödevi*[44]*, hâkimin aydınlatma, işaret ve müzakere ödevi*[45]*, hâkimin işaret etme ve soru ödevi*[46]şeklinde terimsel olarak kullanıldığı görülmektedir. Avusturya Hukukunda ise *hakimin davayı sevk ödevi* terimi ile kullanılmaktadır[47].

Türk hukukunda yasa metni içinde işaret etme ve müzakere ödevleri yer almasa da HMK 31. maddenin gerekçesinde yer almaktadır. Ancak hâkimin ödevi olarak aydınlatma

[32] Arslan, Aziz Serkan, Doğrudanlık ilkesi…, s. 161, dn.85
[33] Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2, İstanbul 2001, s. 1920
[34] Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 249
[35] Deren Yıldırım, Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 2003, s. 275
[36] Alangoya, İlkeler, s.135
[37] Karaaslan, s. 5 vd., Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 187 vd.
[38] Meriç, Aydınlatma, s. 377 vd.
[39] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 160 vd.
[40] Umar, Şerh, s. 139
[41] Zöller, Richard, Zivilprozessordung mit Gerichtsverfassunfsgesetz, 26.Aufl., Köln 2006, m. 139, kn.2
[42] Prütting, Hans, Die materielle Prozessleitung, Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70.Geburstag, München 2004, m.139, kn.6
[43] Rensen, Hartmunt, Die richterliche Hinweisplicht, Bielerfeld 2002, s.1 vd, Liu, Ming-Sheng, Die richterliche Hinweispflicht Dogmatik und Rechtskultur, Frankfurt 2009, s. 1 vd.
[44] Spohr,Tilman, die richterliche Aufklärungspflicht (§139 ZPO) im zivilprozess, Diss., Göttingen 1969, s. 1 vd.
[45] Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz /Gottwald, Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aulf., München 2004, s. m.77, kn.16
[46] Becker-Eberhard, Ekkehard, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, Der. M. Kamil Yıldırım, İstanbul 2006, s. 32
[47] Rechberger,Walter H., Kommentar zur ZPO, 3.Bası, Viyana-New York 2006, m.182, kn.1 (nakleden Karaaslan, s. 6)

faaliyeti, HMK 31.maddesinde düzenlenirken açıkça maddede işaret edilmediği gibi, yasakoyucu terimsel olarak 31. maddenin başlığı olarak *hâkimin davayı aydınlatma ödevi* terimini kullanmıştır. Müzakere ve işaret ödevleri, aydınlatma ödevinin ruhundan ayrı değildir. Bu nedenle, biz de çalışma konumuzu sunarken *hâkimin davayı aydınlatma ödevi* terimini, ödevin kaynağı olan yasa ile uyumlu olması nedeniyle tercih ettik ve bu şekilde çalışmamızda kullandık.

II- Koşulları

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin hangi koşullarda gerçekleştirileceği yani, hâkimin etkin (aktif) duruma gelebilmesi için davada hangi durumların ortaya çıkması gerektiği incelenmesi gereklidir.

Koşulların incelenmesinde öncelikle yasa metninden hareket etmek gereklidir. HMK 31. maddesine göre ilk koşulun *"uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durum"* olduğu, bu durumun meydana gelmesi gerektiği belirtilebilir. Bu durumun ne olduğu aslında tüm dava malzemesi ile ilişkilendirilebilecektir. Uyuşmazlığın kapsamı değerlendirildiğinde öncelikle dava sebebinin yani vakıaların, sonra da talep sonucunun ya da savunma sebebi vakıalar ve savunmanın talep sonucunun vakıalar ile bağlantısının kurulmasını sağlayıcı yani hâkim tarafından altlama faaliyeti yapabilmesine yeterli derecede ilişkilendirilmesine yardımcı olacak, akıl yürütme yapabilmesine olanak verecek şekilde belirgin, çelişki içermeyen, anlaşılır durumda bir somutluğu içermesi gerektiği ileri sürülebilecektir.

Davada getirilmiş tüm vakıaların, sunulan tüm delillerin bu yönde belirsizlik ve çelişki içermesi aynı aydınlatma ödevinin ifası için hâkimi harekete geçirmeyecektir. Bu konuda dayanak olarak özellikle 7251 sayılı yasanın 35. maddesi ile değişik HMK 353. maddesi gösterilebilecektir. Maddede, istinaf incelemesinde duruşma yapılmadan karar verilebilecek ilk derece mahkemesi kararlarına dair, "mahkemece uyuşmazlığın çözümünde etkili

olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması" şeklinde (a) bendinin 6 numaralı alt bendi düzenlenmiştir. Bir başka örnek de HMK 241. maddesinde düzenlenen tanıkların bir kısmının dinlenilmesi ile yetinilmesi konusudur. İspat edilmek istenen konunun ispat edildiğine hâkimin kanaat getirmesi yeterli kabul edilmiştir. Burada yasa koyucunun tüm dava malzemesinin üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmasını hâkimden beklemediğini, usul ekonomisi ilkesinin de dikkate alınarak dava aydınlandığı noktada aydınlatma faaliyetine tüm dava malzemesi yönünden devam edilmesinin gerekli görülmediği, yeni delil istenmesinin de yasa koyucu tarafından istenmediği anlaşılmaktadır. Önemli olan dava sebebinin ya da savunma sebebinin belirgin olması, bu sebebin yani vakıanın hak doğurup doğurmadığının anlaşılırlığı halidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi için diğer koşullar, davada hukuki veya maddi bir belirsizlik ve çelişkinin varlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki belirsizlik ve çelişki, hâkimin soyut norm ve somut olay arasında altlama faaliyeti yapabilmesine olanak vermemesi olarak ve de olay-delil bağlantısının kurulmasındaki irtibatsızlık, illiyetsizlik durumu belirsizlik ve çelişkilerin varlığı olarak kabul edilebilecektir, maddi belirsizlik ve çelişki ise somut olaylar ve delillerdeki hukuki olmayan, gerek sözel gerek fiili olarak hâkimin algı ve kanı elde etmeye engel halleri ifade etmektedir.

III- Hukuki Niteliği

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi, bu kavramın tabi olduğu sonuçlar ve amaçlar açısından önemlidir. Özellikle, bir yetki mi yoksa bir görev mi olduğu, yargılamaya egemen ilkeler içinde düzenlenmiş olmasına karşın bu yeri ile özdeş yani egemen ilke niteliğine sahip olup olmadığı kavramın etkisi ve ihlal edildiği durumda kanun yolunda ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasında önem taşımaktadır.

Kanunun ifade ediş biçiminden hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yetki şeklinde kullanılabilecek olduğu HMK 31.maddesinin lafzından düşünülebilecek bir yapıdadır. Madde metni ‘‘isteyebilir’’ ifadesi ile bittiğinden sanki burada hâkimin görevden değil de kendisine tanınmış takdirine bağlı bir yetki olduğu, bu yetkiyi kullanıp kullanmamakta serbest olduğu anlamı çıkabilmektedir. Oysa ki devletin yargı organlarına başvurulması sonucunda tarafların haklarının korunması için verilen güvence, hâkim için de bağlayıcıdır. Bu sebeple hâkimin aydınlatma ödevini yerine getirmesi onun için zorunluluk ve dolayısı ile görev olarak kabul edilmektedir[48]. HMK m.31 düzenlemesinde madde başlığı olarak ‘‘hakimin davayı aydınlatma ödevi’’ ifadesi kullanılmış ve HUMK m. 75 hükmünden farklı olarak ödev olduğu yasa koyucu tarafından madde başlığı ile vurgulanmıştır[49].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin aşağıdaki başlıkta incelenecek amaçları ile birlikte değerlendirildiğinde, hâkimin anayasal ödevi olan önüne gelen uyuşmazlıkta karar vermesine dair görevi ile, uyuşmazlığı doğru ve adil çözüme kavuşturması, etkin hukuki korumayı sağlaması[50] gereğinden hareketle, dava malzemesinde bulunan ve hâkimde kanaat elde etmeye engel olan unsurların davadan arındırılması, dava malzemesine dair kanı uyandırabilecek hale getirilmesi gereği aynı anayasal normların getirdiği bir yükümlülük olarak değerlendirilmelidir. Anayasal kuralların, normlar hiyerarşisnde alttaki normlara doğrudan etki etmesi, mevcut yasal normların anayasal normlara uygunluğu ve anayasal normların ulaşmak istediği amaca hizmet etmesi gereği de hâkimin davayı aydınlatma ödevini HMK 31. madde başlığındaki gibi bir “ödev” olarak nitelendirmeyi gerektirmektedir. Bu

[48] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 188; Meriç, Aydınlatma, s.389; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, Esaslar, s.285; Umar, Şerh, s.144-145; Alangoya, s.139; Tanrıver, Usul, s.357; Bolayır, s.139; Karaaslan, Varol: ‘‘Hakimin Tarafsızlığı İlkesi İle Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki’’ SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C.4, S.2, Y.2014, s.102 (Aydınlatma Ödevi)

[49] Bolayır, s.139-140, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 11.10.2012 tarih ve 9908/21367 sayılı kararında bu görüşü benimsemiştir, “*Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenlemeyle doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar ‘açıklama yaptırabilir’ denilmişse de, bunun hâkimin davayı aydınlatması için bir ‘ödev’ olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia veya savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir”,* nakleden Simil, Aydınlatma, s. 1352

[50] Meriç, Aydınlatma, s. 386

nitelendirme, bu ödeve uyulmamasını, hâkimin takdiri ile sınırlı değerlendirmekten daha ötede, bu görevin yerine getirilmemesinin karara etki eden bir durumu olduğunda kanun yolu gerekçesi olarak değerlendirilmesi gerekmesi gibi bir sonuca bizi götüreceği de kabul edilmektedir[51].

IV- Amaçları

HMK 31. maddesi ile, çalışmamız boyunca incelenen diğer maddelerde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin varmak istediği amaç, davada iki türlü karşımıza çıkabilmektedir. Bunun ötesinde ilkesel olarak ulaşılmak istenen ile ilgili olarak Alman hukukunda egemen görüşe göre, hâkimin davayı aydınlatma ve uyarma ödevi öncelikle; hâkimin uyarısıyla, içerik olarak adil veya maddi olarak doğru karar ve maddi hukukun gerçekleştirilmesi ve yine usûl ekonomisi hedefine ulaşılması olarak belirtilmiştir[52]. Davadan asıl amaçlanan ; mahkemenin, uygun sınırlar içinde maddi bakımdan doğru bir kararla bireyin sübjektif hakkını etkin biçimde korumak zorunda olmasında yatmaktadır. Bundan da anlaşılıyor ki hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amacı, davanın ve medenî yargılama hukukunun amaçları ile örtüşmektedir. Bunun böyle olduğunu hem HMK hem schZPO, hem de dZPO'daki, hâkimin uyarma/aydınlatma ödevlerine dair kuralların varlığı da doğrulamaktadır. Medenî yargılamanın amaçlarından olan sübjektif hakkın korunmasına erişebilmek için; hâkimin aydınlatma görevinin medenî yargılamanın taraflarının sübjektif haklarının korunmasında zorunlu ve kaçınılmaz bir araç olduğu kabul edilmelidir[53]. Hakimin uygun ve emniyetli hükümler vermesi amaçlanmıştır[54].

Sosyal adalet, delillerin görünümlerine göre farklı hareket tarzları gerektirir. Bu durumda eşitlik; sosyal hukuk devletinde; özelliği veya konumuna göre, yeterlilikleri veya

[51] Meriç, Aydınlatma, s. 390
[52] Stein/Jonas/Leipold, §139 Rn. I, Prütting, s.409, Rensen, s. 138
[53] Stürner, s. 633
[54] Bomsdorf, s.49, Alangoya, İlkeler, s.31

yetersizlikleriyle herkese farklı ama bir ve aynı ölçüye uygun olarak ele alan göreceli bir eşitliktir[55]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinden hareketle, biçimsel hukuki eşitlik, her zaman tarafları iddia ve savunma yönünden bir denge içinde tutmayabileceği, ekonomik-sosyal yönden, eğitim yönünden daha zayıf olan taraf ile bu yönlerden güçlü olan tarafları yargılamada bir denge içinde tutulmasının gereğine işaret edilmiştir. Biçimsel olarak eşit haklara sahip olmalarına karşın daha güçlü olanlar daha zayıf olanlardan daha elverişli durumda olacaklardır. Ne var ki biçimsel, mutlak eşitliğin bir sonucu olan bu daha güçlülerin hukuku; sosyal adalet düşüncesinin karşısındadır. Hal böyle olunca; hâkimin davayı aydınlatma ödevi yardımıyla davada fırsatların dengelenmesi için ve somut durumlarda daha zayıf olanın korunması için çaba göstermek mahkemelerin görevidir[56].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ya da Alman hukukunda iç içe düzenlendiği hali ile işaret etme ödevi; Medenî yargılamada tarafların öznel haklarının korunmasının "Magna Charta"[57]sı olarak nitelendirilmiştir, ancak bu görevin amacı sadece, davanın gidişatını belirleme ve müzakere ana ilkesindeki eksikliklerin hâkimin uyarılarıyla giderilebileceğinde yattığından, bu görevin amacı, uyarıların yapılmasıyla birlikte yerine getirilmiş olur. Davanın gidişatını belirleme ve müzakere ödevinin işlevi, uyarının yapılmasından sonra yeniden oluşturulabilir. Taraflar buna uygun olarak, somut vakıaları eksiksiz olarak ortaya koyabilecek veya kendi iradelerini doğru yansıtmaya uygun dilekçeler verebilecek duruma gelirler. Hâkimin aydınlatma ve uyarma görevi, sadece davanın gidişatını belirlemekte ve müzakere ödevinin eksikliklerini gidermekte işlevsel olacaktır ancak tasarruf özgürlüğünün korunması anlamında sübjektif hakkın korunmasını ortadan kaldıramaz veya tarafların iradesinin yerini alamaz. Hâkim; davanın aydınlanmadığını belirtirken davaya kesinlikle yeni olaylar ekleyemez. Müzakere ödevinin yerine hâkimin davayı aydınlatma ödevi de

[55] Wassermann, s. 75
[56] Laumen, s. 128
[57] Baumbach, Adolf/ Lauterbach, Wolfgang/ Albers, Jan/ Hartmann, Peter: Zivilprozessordung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen,66. Aufl, München 2008, §139, Rn.1; Karaaslan, s.1

konulamaz. Ayrıca, teksif ilkesinin sınırlarını aşan ve ispat sonuçlarını kapsayan işbirliği ilkesinin bu noktada kapsam dışı görülmesi gerekir[58]. Bunun ötesinde hâkimin davayı aydınlatma ve uyarma görevi, müzakere ilkesinin sadece bir tamamlayıcısı olarak Alman hukukunda kabul edilmiştir. Bu görevin çerçevesi; en temel sorumluluklarından biri olan dava için malzeme toplama sorumluluğu, tarafın elinden alınacak ve hâkimin tarafsızlığı ihlal edilecek biçimde geniş tutulamaz.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amacı, kapsamı ve içeriği belirlenirken bir yanda davadaki sübjektif hakkın korunması amacının göz önünde tutularak bir tarafın sübjektif hakkının yeterince korunması gerekirken öte yanda davadaki objektif hukukun korunması amacının göz önünde tutularak karşı tarafın çıkarlarının güvence altına alınması gereklidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amacına ulaşabilmesi için hâkim tarafından, dilekçeler aşamasındaki belirsizlikler ve çelişkiler için özellikle tahkikat aşamasına geçmeden, deliller yönünden belirsizlik ve çelişkiler açısından da sözlü yargılama aşamasından önce belirsizlik ve çelişkilere işaret etmesi ve taraflara uyarıda bulunması gereklidir ki, bu erken uyarı sayesinde taraflar beyanlarını daha baştan önemli maddi olgularla ve hukuki sorunlarla sınırlayabilirler ve dava malzemelerini de bu işaret üzere istemlerine uygun şekilde, gerekli olduğu kadar somut olay-soyut norm ilişkisine uygun olacak şekilde sunmaları olanaklı hale gelebilecektir[59].

Devletlerin AİHS kapsamında yargılama hukuku kuralları çerçevesinde, etkin hukuki korumadan yararlanmak isteyenlerin, bu hak arayışındaki en azından yargılamaya dair usûli engelleri en aza indirmekle yükümlü tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu halde, devlet, kişilerin hak arama özgürlüğünden yararlanmalarını sağlayıcı, hatta kolaylaştırıcı olmalıdır ki,

[58] Wassermann, s.107
[59] Liu, s.50

mahkemelere ulaşma hakkına getirilen sınırlamaların orantılı olması gerektiği gibi hakkın özüne de dokunmamalıdır[60].

Medenî yargılama hukukunun amacının adil yargılanma hakkının güvenceye alınması ve etkin hukuki korumanın sağlanması olduğu görüşünde olsak da, maddi gerçeğin araştırılmasının tamamen göz ardı edildiğini de söyleyemeyiz. Maddi gerçeğin araştırılmasının tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkeleri ile sınırlanması, bu yönde taraf iradelerinin bir davanın varlığında önemsenmesinin söz konusu olduğu düşüncesindeyiz. Bu durumda, taraflar arasında maddi gerçekten kaçınma yönünde gizli iradeleri söz konusu değilse delillerin ve taraf beyanlarının tam olarak, dengeli bir şekilde dosyaya sunulmasının sağlanması gereklidir, taraflar arasında öyle bir irade varsa, bu durumda zaten hâkim tarafların doğruyu söyleme ödevi bulunsa bile, tasarruf ilkesi, taleple bağlılık ilkesini ve taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkelerini aşacak durumda bir araştırmada bulunmakla yetkilendirilmemiş ve görevlendirilmemiştir. HMK 29. maddesi ikinci fıkrasında *"Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler."* şeklinde yer alan düzenlemenin hâkime yüklediği özel bir görev bulunmamaktadır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin temel amacı, davada etkin hukuki korunmanın sağlanması ile bağlantılı kabul edilmelidir[61]. Medeni yargılama hukuku öğretisinde, *etkin hukuki koruma ilkesi* benimsenmiştir. Bu kapsamda, medeni yargılama hukuku, sadece kanunda öngörülen şekilde bir yargılama işleyişini esas almamakta ; aynı zamanda temel hak alanlarında , somut olay bakımından temel hak sahibine, kendisine tanınan hakkın

[60] Demircioğlu, 146, Gölcüklü, Feyyaz/ Gözübüyük, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Ankara 1996, s. 252
[61] Meriç, Aydınlatma, s. 386

gerçekleştirilmesini de sağlamaktadır. Etkin hukuki koruma da, ancak yargılama hukuku kuralları ile garanti altına alınabilir[62].

Etkin hukuki koruma ilkesi dava türleri açısından ve özellikle taşınmaz davası açısından bakıldığında, tespit davaları ve inşai davalarda, mahkeme kararı ile hukuki korumaya ulaşılmaktadır. Eda davalarında ise, mahkeme kararı ilk aşamada hukuki koruma sağlarken, ancak hükmün icrası ile etkin hukuki koruma sağlanabilecektir[63]. Hakkın somut olaya uygulanabilmesi ve gerçekleştirilebilmesi gereklidir. Bu da ancak yargılama aracılığı ile söz konusu olabilecektir[64]. Dava sonucunda, hakkı ihlal edilen tarafın mahkemeden istediği hukuki koruma, kararın kesinleşmesi ile kesin hukuki himaye şekline bürünecektir. İlamın icrası ile etkin hukuki korunma sağlanmış olacaktır[65].

Hâkim, davada karar verebilmek için dava malzemesindeki eksiklik, belirsizlik ve çelişki halinde dikkate almadan ön yargı ya da dava malzemesinin yetersizliği gerekçesinden hareket ederek bu dava malzemesini sunan tarafın aleyhine değerlendirme yapmaması, devletin yargı erkinin işlevinin bir gereği olarak hukuki korumayı sağlaması, tarafın sunum şekli ve yetersizliğini tarafın aleyhine değerlendirmeden gerçek irade ve istemlerini, delillerini davaya getirebilmesinin hâkim tarafından kolaylaştırılması ve devletin yargı erki adına bu konuda aydınlatma araçları ile bunu yerine getirmesi etkin bir hukuki koruma sağlayacaktır. Adil yargılanma hakkının sağlanması da zaten etkin bir hukuki korumanın temin edilmesi ile olabilecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir başka amacı da adil yargılanma hakkının sağlanmasıdır. Adil yargılanma hakkı anayasalarda açıkça tanınsın veya tanınmasın, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde de yer alan hukuk devleti kavramı, bu temel hakkın içeriğini

[62] Akkan ,Mine; Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Yıl 2007, C.3, S.6, s. 43
[63] Akkan, s. 44
[64] Akkan ,s. 45
[65] Yılmaz, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara 2001, s.29; Akkan, s.63

dolduran haklar ve ilkeleri hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmeyi zorunlu kılmaktadır. Adil yargılanma hakkının içerdiği pek çok ilke veya hak Anayasamızın çeşitli maddelerinde (örneğin md 36-39, 125, 138 – 142, 145) yer almasına rağmen, 2001 Anayasa değişikliği ile yargılanma hakkını Anayasa'nın bir parçası haline getirmiştir (md 36). Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrası şöyle demektedir: "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan "adil yargılanma hakkı" dayanağı kabul edilen maddedir. Adil yargılanma hakkının somut görünümleri olarak AİHS metninden ve İHAM kararlarından ortaya çıkan alt ilke ve haklar Anayasa'nın 36. maddesinin bir parçasıdır.

Örneğin mahkemeye başvurma hakkı, gerekçeli karar, kendi aleyhine delil sunmama, duruşmada hazır bulunma, masumiyet karinesi, bağımsız ve tarafsız mahkeme gibi aşağıda incelenecek olan hak ve ilkeler 36. maddede yer alan adil yargılanma hakkının somut görünümleridir. Diğer bir deyişle 36. madde zımnen bu alt ilke ve hakları içermektedir. Dava hakkının, mahkemeye başvurma hakkının etkin olarak korunması, aynı zamanda adil yargılanma hakkının korunması amacını yerine getirmektedir. Bizce medeni yargılamanın amacı da aynı şekilde adil yargılanma hakkının sağlanmasıdır. Bunun sağlanmaması medeni yargılamanın varlık sebebini ortadan kaldırabilecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir diğer amacı da, davada gereksiz gider yapılmasının önlenmesi ve makul sürede yargılanmanın sağlanmasını ilkesel olarak düzenleyen usul ekonomisi ilkesini gerçekleştirmek olarak kabul edilmektedir[66]. Dava malzemesinin anlaşılması, uyuşmazlığın anlaşılır hale gelmesini, vakıalardan hak doğurup doğurmadığının tespit edilmesini hızlandıracak, delil toplanmasında ve delillerin uyuşmazlığın aydınlanmasında yeterli olup olmadığını daha az masraf yapılmasını

[66] Meriç, Aydınlatma, s. 389

sağlayacaktır. Usul ekonomisi ilkesi de zaten adil yargılanma hakkının bir unsurudur ve gene hâkimin davayı aydınlatma ödevi, adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine hizmet etmiş olacaktır.

Yukarıda sayılan amaçlara ulaşılabilmesi, hâkimin dava malzemesini gerek dava ve savunma sebebi vakıalar gerekse talep sonuçları, gerekse vakıa-talep sonucu bağlantısını kurmak ve buradan hukuki yorumla hak doğup doğmadığını değerlendirmekle söz konusu olacaktır. Aydınlatma ödevi de davadaki tüm dava malzemesini uyuşmazlığın varlığını hukuken değerlendirebilecek derecede yeterli belirgin ve çelişkilerden arınmış hale getirmeyi amaçlamaktadır.

V- Hakimin Görev ve Sorumlulukları İçinde Yeri

Hâkim kavramı, Türk toplumunda olduğu gibi hukuk devletini benimsemiş tüm toplumlarda özel ve önemli bir konumda yer almıştır. Toplumumuzda, hâkim için atfedilen kutsiyetleri özetlercesine, makam olarak hâkimlik makamı "peygamber postu" olarak görülmüştür. Gerçekten de hâkimin konumu, yargı erkinin toplumdaki yeri ile doğru orantılı olarak yerleşmiştir. Hâkimin şahsından çok, toplumsal açıdan makamı daha önemsenmiş ve devletin kutsal kabul edildiği Türk toplumunda kendisini temsil eden bireyin üzerinde bir makamdan bahsedercesine " mahkeme kadıya mülk değil" sözü benimsenip sözlü kültürde yerini almıştır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevini incelerken bu kapsamda ele alınması gereken önemli noktalardan biri de, hâkimin yargılama sürecindeki görevleridir. Zira hâkimin

görevleri içinde davanın aydınlatılmasının yeri ve bu kapsamda aydınlatma ödevinin niteliği[67] önem kazanmaktadır.

Hâkimin yargılamadaki en temel görevi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na 36/2. maddesine göre yargılamada zorunlu olarak görev yapmasıdır. Bu maddenin hukukumuza yansıması ise hâkimin önüne gelen bir dava ile ilgili olarak dava mahkemenin görev ve yetkisi içinde ise davaya bakmaktan kaçınma yasağına tabi olmasıdır[68]. Bu kapsamda hâkimin çekinme nedenleri dışında yasal engeller dışında bir dava hakkında hüküm kurmaktan kaçınamayacaktır. Anayasa tarafından hâkimlere yüklenen yükümlülük kapsamında yargılama tekeline sahip olarak, görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler, bu esasta öncelikle ileri sürülen sübjektif haklarının muhakemesi ve korunması ana görevleri olarak belirtilmektedir[69].

Yargılamanın yürütülmesine yönelik olarak, mahkemece yani hâkimce yapılacak işlemler ile ilgili olarak yargılamanın maddi ve şekli olarak yürütülmesi ayrımı yapılmıştır.

Bu ayrıma göre, *yargılamanın şekli yürütülmesi*, mahkemenin uyuşmazlığın esasına yönelik olmayan ancak uyuşmazlığın değerlendirilebilmesi için, usûli işlemlerin yapılması olarak tanımlanmıştır[70].

Şekli anlamda yargılamanın yürütülmesi, kaynağını HMK 32/1. maddesinden almakta ve yargılamanın sevk ve idaresine dair her türlü işlemi ve önlemi ifade etmektedir[71].

Hukuk yargılamasının başlaması, tasarruf ilkesi çerçevesinde davacının dava açması ile başlar ve mahkeme tarafından, bu ilke ve de taraflarca dava malzemesinin getirilmesi

[67]Öğretide, yasal ifade olarak ödev sözcüğü yerine görev sözcüğü olmasının daha isabetli olacağı, gerekçe olarak da ödevin bir seferde ifa edilip sona erdiğini, görevin ise sürekliliği olduğu ileri sürülmüştür, Umar-Şerh, 136, Karaaslan, s. 17 dn.42

[68]Sever, Ömer: Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı, İstanbul 2007, s. 134, yazar yargının işlevinin uyuşmazlıkları çözmek olması nedeniyle bu konuda yargı makamına yani hâkime irade serbestisi tanınamayacağını, bu anlamda mecburiyet yüklendiğini ifade etmiştir.

[69]Schilken, Eberhard: Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü, Çev. Nevhis Deren-Yıldırım, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2006, s.38

[70] Schilken, s. 47

[71] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 169; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 124

ilkesi çerçevesinden çıkmadan yürütülür[72]. HMK kapsamında, dava dilekçesini davalıya tebliğ işlemi (HMK 122.m.), duruşma gününün belirlenmesi (HMK 147.m.), ön inceleme aşamasında dilekçelerin değerlendirilerek uyuşmazlık konularının tespiti, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gerekli işlemlerin yapılması (HMK 137.m.), davaların ayrılmasına ve birleştirilmesine karar verilmesi (HMK 166. m.), ayrıca yargılama sırasında ortaya çıkan bir ön sorun (HMK 163.m.) ya da bekletici sorun (HMK 165.m.) halinde bu sorunların yargılamaya etkisinin hâkimce değerlendirilmesi de hâkimin yargılama sırasında tasarruf ilkesinin varlığına rağmen etkinliğini gösteren kurumlardır.

Yargılamanın maddi anlamda yürütümü ise, taraflarca sunulan dava malzemesi çerçevesinde uyuşmazlığın esasına inilerek çözülmesi faaliyeti olarak ifade edilmiştir. Bu yönde olmak üzere de, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ve işaret etme yükümlülüğü yerine getirilerek dava konusunun tam anlamıyla ele alınması sağlanmaktadır. Ayrıca uyuşmazlığın hızlı ve adil çözümü de hâkimin temel görevleri arasında belirtilmiştir[73].

Hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ilkesi yani Iura Novit Curia ilkesi, sunulan olayların ve istem sonucunun haklı olup olmadığını hâkimin kendiliğinden ve tarafların dayanak olarak gösterdiği hukuki sebepten bağımsız olarak incelemesini ve karara varmasını ön görmektedir. Hâkim, bu anlamda bir hukuk uygulayıcısıdır, fakat olayların getirilmesinde ana ilke taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesidir. Hâkimin, tarafların getirdiği hukuki sebebi değerlendirilmesi ya da başka bir hukuki sebebe dayalı olarak karar vermesi görevidir. Bu nedenle, hükme esas oluşturan olayların ileri sürülmesi tarafların sorumluluğu kapsamındadır ve mahkeme taraf beyanlarının yerine kendiliğinden davaya yeni olaylar getiremeyecektir, ancak bunların hukuk bilimi yönünden takdiri hâkimdedir[74].

Türk Hukukunda hâkimin konumu, hâkimin davadaki etkinliği kapsamında değerlendirildiğinde hâkimin aktifliği veya pasif kalarak karar verici konuma sahip olma

[72]Schilken, s. 45; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 79, II 1
[73]Schilken, s. 47
[74]Schilken, s. 50

yönünden ele alınmalıdır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, bu anlamda, nitelik olarak HMK 31. maddesi ve hatta HUMK 75/2. maddeden HMK'ya kadarki tüm yasa tasarıları ve istikrarlı, yerleşik tüm Yargıtay kararlarında da benimsenmesi gözetildiğinde bir ödev olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

Tüm dava malzemesini tarafların getirdiği, hâkimin sadece son kararı veren konumda yer aldığı hâkim modeli, dava malzemesinin getirilmesinde olsun taraflarla dava malzemesini değerlendirmekte olsun etkin hâkim modeli veya dava malzemesinin getirilmesinde ancak yasanın elverdiği durumlarda etkin olan hâkim modeli olmak üzere hâkimin yargılama faaliyetindeki duruşu incelenmelidir. Aşağıda ayrıntısı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi incelenirken görülecektir ki, izleyici konumundan çıkarak, belli koşullar halinde aktif bir hâkim modelinden söz etmek mümkündür.

B. İşlevleri

I- Giriş

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında, bu ödevin tamamlama, açıklama, işaret etme ve değiştirme işlevlerinden söz edilmiştir[75]. Bu esasla, hâkimin davayı aydınlatma ödevi araçlarından olan açıklama yapılmasını isteme işlevi, açıklama ve tamamlama

[75] Meriç, Aydınlatma, s. 404 vd; Alangoya, İlkeler, s. 141 vd., Spohr, Tilman: die richterliche Aufklärungspflicht (§139 ZPO) im zivilprozess, Diss., Göttingen 1969, s.56 vd.; Rensen, s. 134, Stürner,s. 25, Liu, s.244, Alman Hukukunda ZPO 139. Bd.2'ye göre taraflar arasındaki tartışmalı ve tartışmasız olay betimlemeleri sorular ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Fiili durumların ortaya konmasının açıklığa kavuşturulması fiili durum sunumunun eksiklerinin giderilmesi ön aşamasını oluşturur ve fiili durumun ortaya konmasının eksiklerinin giderilmesi, kanıtların açıklığa kavuşturulması ve dönüştürülmesinin ön aşamalarıdır. Mahkeme, açıklığa kavuşturmaya ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü ile dönüştürme veya fiili duruma ilişkin sunumun eksiklerinin giderilmesi ve bunun görüş açısı veya fiili durumun ortaya konmasına ve onun dava konusu ile ilgili olmayan dilekçelerin açıklığa kavuşturulması ve dönüştürülmeleri ne ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü bağlantısına dikkat çekmelidir. Hukuki veya fiili duruma ilişkin görüş açısı aynı zamanda dava temelini çözmekte yararsız dilekçelerinin dönüştürülmesine ve olay betimlemesinin tamamlanmasına yol açıyorsa, mahkeme bu görüş açısına ilişkin bilgilendirmenin yanı sıra önce konu ile ilgili ve ilgisiz dilekçeler konusunda bilgilendirme yaparak bunları dönüştürmeli ondan sonra da olay betimlemelerinde gereken eksiklerinin giderilmesine ilişkin olarak açıklayıcı dilekçe yönünde bilgilendirme yapması gerektiği belirtilmiştir, Liu, s.245

işlevlerinin uygulama alanı olabilecektir. Açıklamayı soru sorarak da davaya katabileceği gibi, geniş bir açıklama istemini yönelterek de katabilecektir. Açıklığa kavuşturma işlevi hâkimlerin bilgilendirme yükümlülüklerinin ön aşaması olarak kabul edilebilir. Mahkemenin taraflarla dilekçelerin, iddiaların ve delil sunumunun ne anlama geldiği konusunda anlaşması, bir açıklamanın farklı şekilde yorumlanabilirliği durumunda mahkemenin yükümlülüklerini usûle uygun şekilde yerine getirmesinin gerekli şartıdır. Önemli fiili durumlar, yetersiz beyanların tamamlanması ve delillerin tanımlanmasına ilişkin dilekçeleri işleme koyma yükümlülüğünü mahkeme ancak, böyle taraf sunumlarının açıklayıcı içeriğini yoruma açık, yanlış anlamalar ve çelişkili yorumlara yer vermeyecek şekilde ele aldığında ,yerine getirmiş olur. Tarafların sunumlarının doğru anlaşılması esas itibariyle taraflarca açıklanmasına gerek duyulmadığı zaman mümkün olacaktır. Mahkeme, bir sunumun açık anlamının ne olduğu hususundan emin olmadığında tarafın bununla ne demek istediği konusunda kesin bilgi edinmek durumundadır. Aksi halde, mahkeme kararına esas olarak adil bir karara yeterli temel oluşturmayan yanlış bir fiili durumdan yararlanma tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Mahkeme, verilen dilekçelerin sadede ilişkin oldukları ve iddiaların eksik ya da tamamlanmaya ihtiyacı oldukları ancak o ana kadar sunulanlarda yanlış anlaşılmalar meydana gelmediği takdirde doğru değerlendirebilir, bu nedenle yoruma kapalı beyanları hâkim açmak için açıklama yaptırmalıdır[76].

Taraf beyanının netleştirilmesi, tamamlanması ve değişiklik yapılması; gözden kaçırılmış veya önemsiz görülmüş hukuki, maddi ve bulanık nitelemeler üzerinde görüş birliğine varmış olmaya dayanır. Bakış açıları üzerindeki görüş birliği; taraf beyanlarının netleştirilmesini, tamamlanmasını ve üzerinde değişiklik yapılmasını mümkün kılar. Mahkeme; hem anlaşma işlevini hem de netleştirme, tamamlama ve değişiklik yapma işlevini aynı zamanda göz önünde bulundurmak zorundadır. Buna ilaveten mahkeme aynı zamanda;

[76] Spohr, s. 57

hukuki, maddi ve belirsiz bakış açısıyla bağlantılı olarak anlaşma işlevinin karşısında tarafların hukuki ve maddi beyanlarının netleştirilmesi işlevinin, tamamlama işlevinin ve üzerinde değişiklik yapma işlevinin etkisini de dikkate almalıdır[77].

Mahkeme bir yandan her bir delil bağlamındaki açıklığa kavuşturma, eksik giderme ve dönüştürme fonksiyonunu dikkate alma ve getirilen delilin rahatlıkla değerlendirilebilirliği yönünde aydınlatma faaliyetinde bulunmalıdır. Diğer yandan , hâkim kanıt dilekçeleri bağlamındaki eksik giderme fonksiyonu çerçevesinde, eksik kanıt sunumu ve kanıt dilekçelerinin gerekli tamamlanmalarına dair bilgilendirme yapmak durumundadır. Tanık deliline dayanılmış ancak ismen ve adres olarak belirtilmemişse hâkim bunun hakkında uyarma yapmalıdır. Burada, delil türü belirli ancak delilin süjesi olan kişi yönünden belirsizlik söz konusudur. İlgili taraf , tanıkların adlarını vermek istemekte , ancak bunu yanlışlıkla ihmal etmiştir[78]. Mahkeme bunun ötesinde , olay ile delil örtüşmesinde bir belirsizlik veya çelişki varsa buna dair konuda ve bir olaya dair delil sunulmamışsa buna dair olmak üzere tarafa uyarıda bulunmalı ve bu duruma dair bilgi verilmesi, açıklama yapılması, delil-olay bağlantısının kurulması için süre vermelidir[79].

II- Açıklama İşlevi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin işlevlerinden biri olan açıklama işlevi ile, öğretide de kabul edildiği[80] gibi, davanın tarafların gerçek iradelerinin ve istemlerinin anlaşılırlığı amaçlanmaktadır. Ayrıca, açıklama işlevi, tamamlama ve değiştirme işlevlerinin de öncüsü kabul edilmektedir[81].

[77] Liu,s. 461
[78] Rensen, s.207
[79] Liu, s. 332
[80] Liu, s. 244 vd; Karslı, s. 310; Spohr, s. 56; Alangoya, İlkeler, s. 141 vd
[81] Karaaslan, s. 19

Açıklamak, Türkçe sözlükte[82], *"bir konuyla ilgili gerekli bilgileri vermek, izah etmek, bir sorunla ilgili aydınlatıcı bilgi vermek, tavzih etmek, bir sözün, bir yazının ne anlatmak istediğini belirtmek, yorumlamak, açıkça söylemek, ifşa etmek, belirtmek, göstermek, açığa vurmak, izhar etmek"* anlamlarını içerdiği belirtilmektedir. Bir davada, HMK 31. madde koşulları bulunduğunda yani bir uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda maddi ve hukuki belirsizlik ve çelişki söz konusu ise, bunun öncelikle kaynağını oluşturan dava malzemesi tespit edildikten sonra, bu dava malzemesinin türüne göre gerekli aydınlatmanın, belirsiz kalan, çelişki yaratan noktalarının belirginleştirilmesi için gerekli bilgi ve yorumu tarafın iradesini doğru yansıtacak şekilde sunmasının hâkim tarafından istenmesi ile bu işlev kendisini gösterecektir.

Hâkim taraflardan açıklama isterken, bu açıklamanın öncelikle getirdikleri dava malzemesi ile ilgili olması gerekecektir; bu açıklama sonucunda, getirilen dava malzemesinden tarafın ne şekilde iradesini ve iradesinin haklılığını ortaya koyduğunu iddia ettiği delilleri belirginleştirilmek istenmektedir[83].

Hâkimin isteyeceği açıklama, dava malzemesi ile ilgili olabileceği gibi, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına aykırı düşmemek koşulu ile, bir diğer bakışla dava malzemesinin ve tarafların istemlerinin çizdiği çerçevenin dışına çıkmadan uyuşmazlığı aydınlatacak gerek hukuki gerekse maddi bilgiler olabilecektir. Talep sonucundaki belirsizlik ve çelişkiler ile ilgili açıklama istenebileceği gibi, dava sebebi olayların davaya getirilişinde dava sebebini anlamaya engel olacak bir üslubun kullanılması soncunda vakıanın tamamen unsurlarını sunacak, unsurlarının detaylarını uyuşmazlığın aydınlatılabilmesine hizmet edecek şekilde belirtmeleri için taraflardan istemde bulunulması da bu kapsamdadır.

[82] Türk Dil Kurumu, https://sozluk.gov.tr/, erişim tarihi : 1.7.2019
[83] Spohr, s. 165, Karaaslan, s. 19

Örneğin, işçilik alacaklarının dava konusu edildiği bir uyuşmazlıkta, taleplerin bir birinden ayrılmadan sadece tek bir rakam olarak sunulması halinde hâkimin davacı taraftan alacak kalemlerini ve miktarlarını açıklamasını istemesi gereklidir. Bu yöndeki yapılacak aydınlatma faaliyeti yani açıklama istenmesi ve devamında davacının alacak kalemlerini ayrı ayrı belirtip açıklaması, her bir alacak için talep ettiği tutarı belirtmesi ile işlev yerine gelmiş olacaktır.

Dava sebebi yönünden, örneğin davacının olayları tarihsel bir sıralama yapmadan olayları adeta bir yığın şeklinde sunması, taleple örtüştürecek şekilde bağlantının kurulmasını sağlamaması durumunda hâkimin olay sıralaması ve istemi birlikte sorması yararlı olacaktır. Örneğin, X markasının tecavüzü ile ilgili olarak bir dava dilekçesinde dayanak olaylar, buna dair deliller ve uğranılan zarar belirtildikten sonra sonuç kısmında markanın tescilinin istenmesi durumunda açık bir belirsizlik yaratılmış olacağından hâkimin bu duruma, HMK 27. maddesinin 31. maddesini destekleyici bir işaret ödevi yüklemesi ile, tarafı 31. maddeye göre dava dilekçesini açıklamak üzere davet etmesi gereklidir. İşaret işlemi, açıklama işlevini desteklemiş olmaktadır. Böylesi bir durumda, tarafın gerçek iradesi, araştırılmış ve aydınlatılmış olacaktır[84].

Deliller yönünden de açıklama işlevi söz konusudur[85], örneğin dava dilekçesinde ya da cevap dilekçesinde getirtilmesi gereken delillere işaret edilmesine karşın getirileceği yer ve hukuki yararın dosyadan anlaşılması olanaklı değil ise, hâkimin taraflardan bu konuda açıklama istemesi gerekecektir.

III-Tamamlama İşlevi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, bazı araçlar ile yerine getirilmektedir. Bu araçlar soru sorma, açıklattırma ve yeni delil sunulmasını isteme şeklinde HMK 31. maddede

[84] Alangoya, İlkeler, s. 144-145
[85] Karaaslan, s. 21

düzenlenmiştir. Bu araçların kullanılması ile ortaya çıkacak tamamlatma işlevi (Vervollständigungsfunktion) ile de somutlaşma bilgi ile gerçeklemiş olacaktır[86].

Hâkim tarafından ön inceleme aşamasında bu araçlar ile hareket etmesi sonrası somutlaştırma yükünü işlevsel olarak tarafın yerine getirmesi ile sağlıklı değerlendirmeye açılan dava malzemesinin değerlendirilmesine geçilebilecektir. Bu sırada da "hangi konularda somutlaştırma yapılması" yani "bilgi verilmesi" istenmişse ona dikkat çekilmesi gereklidir[87].

Tamamlamak, Türkçe sözlükte[88], *"eksiksiz, tamam duruma getirmek, bütünlemek"* anlamlarını içerdiği belirtilmektedir. Yukarıda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kavramsal olarak tanımlanmasında incelediğimiz ve dava sebebi olan bir vakıanın unsurlarının bulunduğu sonucuna varmıştık. Bu vakıa unsurlarının eksikliği durumunda olayın uzay-zaman içindeki yerinin belirlenmesi yani *" yer, zaman, kişi, olgu, istem"* unsurlarının tamamlanması gerekmektedir. Bu unsurların önemi, aynı anda aynı yerde aynı kişinin yer aldığı bir olayın uzay-zaman içinde oluşmasının beklenemeyeceğidir.

Örneğin, aynı anda aynı kişiye birden fazla internet sitesinde aynı kişi tarafından hakaret edilse ve bu nedenle manevi zarar doğsa bile, her bir hakaret her bir internet sitesi ayrı ayrı birer vakıadır. Davacı isterse bir sitedeki hakaretten doğan manevi zararını dava konusu ederken bir diğerini dava konusu etmek istemeyebilir. Hakaretler zinciri bir olgudur ama her bir vakıanın da üzerinde bir olgudur. Olayın olay olarak ele alınabilmesi yani değerlendirilebilmesi için unsurlarının tamamlanması gerekecektir[89]. Aynı olayın birden fazla davada aynı taleple dava konusu edilememesi derdestlik ve kesin hüküm yönünden önem taşımaktadır. Dava şartı olan derdestliğin olmaması hâkimin re'sen gözeteceği bir konudur. Bu durumda hâkimin dava sebebi vakıanın unsurlarını, vakıayı getiren tarafa tamamlatması

[86] Yardımcı, s. 229; Karaaslan, s. 110
[87] Liu, s.300; Karaaslan, s.113
[88] Türk Dil Kurumu, https://sozluk.gov.tr/, erişim tarihi : 1.7.2019
[89] Alangoya, İlkeler, s. 148 vd.

gerekecektir. Tamamlama işlevi ile davanın ana temeli olan dava sebebi olayın unsurlarının tamamlanması davanın aydınlanmasında temel bir görev görmektedir. Unsurları anlaşılmamış bir vakıanın talep konusu hakkı doğurup doğurmadığı ya da iddia edilen hakkın başka bir vakıa nedeniyle doğmama gerekçesi anlaşılamamış olacaktır.

Tamamlama işlevi ile, davanın taraflarınca getirilmiş vakıaların içinde zımnen varlığı kabul edilen vakıalar getirilmiş olacaktır, bu temelde hem iddia veya savunmanın ana sebebi vakıaların unsurları hem de vakıanın daha belirginleşmesi için bağlantılı ve dahil olan vakıalar getirilecektir[90]. Bir diğer yönden, taraflarca vakıa yerine hukuki terimler getirilmiş olabilir[91], örneğin bir boşanma davasında davacı eşi ile anlaşamadığını, aralarında evlilik birliğinin temelinden sarsılması anlamında kullanarak "şiddetli geçimsizlik" olduğunu dile getirmiş ve bu temelde yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. Burada hukuki sebepler belirtilmiş ancak vakıa belirtilmemiştir, evlilik birliğini temelinden sarsan olayların ayrı ayrı ayrıntıları ile sunulmasının hâkim tarafından istenmesi ile tamamlama işlevi yerine gelmiş olacaktır.

Örneğin, kusur sorumluluğu nedeniyle, haksız eylem ile zarar doğması durumunda, borçlar hukuku gereğince sorumluluğun doğduğunun tespiti için kusur, fiil, fail, illiyet bağı, hukuku aykırılık ve zarar unsurlarının bilinmesi ve olması gereklidir. Zararın var olup olmadığı konusunda da, ilgili sorumluluk kaynağına göre, mesela kalıcı sakatlık temelinde ise, sakatlık oranı ve kaynağı, gelir durumu önemli olacaktır. Dava dilekçesinde tüm unsurların belirtilip, zarar bileşenlerinin hiç belirtilmemiş olması durumunda, hâkim tamamlatma işlevini açıklama yaptırarak gerçekleştirmiş olacaktır.

Alman hukukunda, hâkim, ZPO 139/1/2.madde uyarınca bir yandan; net ve tam olmayan ispat vasıtalarının netleştirilmesi bağlamında netleştirme, tamamlama ve değişiklik

[90] Meriç, s. 404, Karaaslan, s. 22
[91] Karaaslan, s. 22

yapma hususlarına dikkat etmek ve ispat vasıtalarının başarılı olarak ileri sürülmesinde etki yapmak zorundadır. Öte yandan ise tamamlattırma işlevi çerçevesinde delil dilekçeleri ilgili olarak eksik delil ikamesi ve delil dilekçelerinin zorunlu tamamlanması konusunda uyarı yapmak zorundadır. Mahkemenin, belirsiz veya yetersiz ispat vasıtaları nitelendirmelerine yönelik uyarı yaparken hemen ispata muhtaç maddi vakıa beyanının netleştirilmesi ve tamamlanması konusunda bir uyarı yapılması zorunluluğuna da dikkat etmek zorunluluğu vardır. Mahkeme getirilen delilleri alırken bu zamana kadar tarafça beyan edilen ve ispata muhtaç olan maddi olguların belirgin veya tam olmadığını fark ederse net ya da eksiksiz maddi vakıa beyanı ile ilgili etkinlik göstermek zorundadır[92].

Alman Medenî Usûl Kanunu'ndaki 2002 reformu ile 139. maddesinin yeni şekliyle, esasında ortaya konulan tamamlama işlevi ile, hâkimin tarafların getirmediği olaylara da işaret edebilmesi, bu işaret edilen vakıaların da davaya getirilerek hüküm kurulmasında yani karar verilmesinde etkin olmasıdır[93]. Türk hukuku yönünden özellikle, getirilmemiş vakıa, yukarıda belirttiğimiz gibi asıl vakıaya bağlı olmalı ve farklı bir vakıa niteliği taşımamalıdır.

Dava malzemeleri içinde getirilmiş olan delillerin davayı aydınlatamadığının anlaşılması ya da belirsizlik ve çelişkiler içermesi nedeniyle sunulan delillerden ayrı delillerin sunulması durumunda dava malzemesinin tamamlanması olgusundan söz edilebilecektir. Davada yeni delil getirilmesinin istenilmesi de tamamlama işlevi içinde görülebileceği gibi işaret etme işlevi olarak da görülebileceği ileri sürülmüştür[94], kanımızca konunun tamamlama işlevi içinde görülmesi daha isabetli olacaktır, zira dava malzemesindeki belirsizlik ve çelişkiler için dava sürecinde hâkim HMK md.27 gereğince açıklama yapmak yani davada gelinen aşamadaki belirsizlik ve çelişkiye açıkça işaret ederek tamamlama-açıklama –

[92] Liu,s. 465-466
[93] Alangoya, Dava Temeli, s. 305, dn. 70
[94] Meriç, s. 406, bkz. tamamlama işlevi içinde konunun değerlendirilmesinde Karaaslan, s. 24

değiştirme işlevlerini yerine getirilmesinde kilit önemde olacaktır. Ancak burada işaret işlevi diğer işlevlerin yerine gelmesinde tamamlayıcı ve özel bir konumu gündeme getirmektedir.

IV- Değiştirme İşlevi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgili olarak öğretide değiştirme[95] bazı yazarlarca da dönüştürme[96] işlevinin varlığından söz edilmektedir. dZPO 139. maddesinden hareketle hâkimin hukuki bilgisi az ya da hukuki bilgiden yoksun olan tarafa gerçek iradelerini yansıtırken yol göstermesi, talep sonucunun vakıa ile uyumunu sağlaması gereğine işaret edildiği ifade edilmektedir[97]. Değiştirme, Türkçe sözlükte[98], *"başka bir biçime sokmak, değişikliğe uğratmak, anlatıma yeni bir içerik vermek, başka bir duruma, başka bir görünüme getirmek"* anlamlarına geldiği belirtilen bir sözcüktür. Burada, yeni bir içerik vermek, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile çelişecektir. Sözcükleri açıklamak ile vakıa unsuru tamamlamak gibi değişiklikler ise açıklama ve tamamlama işlevlerinin varlığını değiştirme işlevinden farksız olarak yorumlamak gibi bir temelsiz yaklaşıma bizi götürebileceğinden bu yöndeki faaliyetler de değiştirme işlevi içinde değerlendirilmemesi gerekecektir. HMK 24. ve 25. maddeleri de bu konuda zaten hâkime izin vermeyecektir.

Alman Hukukundaki dZPO md.139/1-2. maddede düzenlenen hâkimin uyarma görevinin sadece; tarafların mahkeme huzuruna sunduklarının netleştirilmesi, tamamlanması ve gerekli değişikliklerin yapılması için bir tamamlayıcı görev olarak kavranması gerekmekte

[95] Alangoya, İlkeler, s.115 vd, Meriç, Aydınlatma, s. 407
[96] Karaaslan, s. 30, Spohr, s. 84
[97] Spohr, s. 84, Karaaslan, s. 30
[98] Türk Dil Kurumu, https://sozluk.gov.tr/, erişim tarihi : 1.7.2019

olduğu ileri sürülebilirken, "değişiklik yapma işlevi" Türk Hukuku açısından HMK 31. maddede ve diğer yargılama normlarında yer almadığından ileri sürülemeyecektir[99]. Bu bakımdan mahkeme; özellikle tasarruf ilkesi ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin ve yine aynı şekilde tarafsızlık emrinin sınırlarını dikkate almak zorundadır. Hâkimin aydınlatma ödevinin sınırını, tarafların ileri sürdükleri davaya getirdikleri olaylar ve bunların delilleri oluşturmaktadır. Hâkim gerek getirilmiş olaylar çerçevesinde gerekse yeni olayları davaya katarak , taraflardan birine öğüt vermek veya yol göstermek şeklinde aydınlatma ödevini yerine getirmemelidir[100].

Değiştirme işlevinin sınırlarını , tarafların tasarruf iradeleri ve bilgilendirme yükümlülüğünün dava malzemesini açıklığa kavuşturma ve eksiklerini giderme hedefi belirler. dZPO madde 139/1. bendine göre mahkemeye farklı yükümlülükler getirmektedir. Mahkeme, tarafların dava temelini açıklamaya yararlı dilekçeler verme, dava konusu olaya ilişkin yetersiz beyanların eksikliklerini tamamlama ve delilleri tanımlamaları için çaba göstermek durumundadır. Mahkemenin , tüm yeni dilekçeler ve davaya ilişkin talepleri kabul ettirmeye yönelik yeni fiili durumlar hakkında bilgilendirmek yükümlülüğü olmadığı gibi, kanıtlanmaya gereksinimi olan dava konusu olayları kanıtlamayı yarayacak yeni delillere ilişkin bilgilendirme yapma yükümlüğü de yoktur. dZPO 139/1. maddesine göre, bilgilendirme yükümlülüğünün değiştirme işlevi sadece, örneğin, sübjektif olarak dava temeli olayı açıklamaya yararlı olmayan dilekçeler veya tarafların sunumlarında ima yollu da olsa temele sahip bazı olay belirtmelerini kapsamaktadır[101].

[99] Aksi görüşte bkz. Meriç, Aydınlatma, s. 407, yazar gerekçe olarak yasanın bir çok yerinde davanın yürütümü il ilgili hâkime verilen özellikle talep sonucun değiştirilmesine dair ödevlerin değiştirme işlevi ile ilgili bulunduğunu ileri sürmektedir.

[100] Simil-Sınırlar, s. 1369, bkz aynı görüşte Pekcanıtez/ Erdönmez, C.I, s. 823, aksi durum sadece taraflılık meydana getirmeyecek, aynı zamanda teksif ilkesini de ihlal edici olacaktır.

[101] Liu, s. 250

Değiştirme işlevine dair olarak, öğretide böylesi bir işlevle dava temeli olayın ve istem sonucunun değiştirilmesinin Türk Hukuku açısından olanaklı olmadığı belirtilmiştir[102]. Aksi yöndeki görüşlerde ise örnekseme yoluyla dava konusunun devrinde, davacıya seçimlik hakların hatırlatılmasıyla, davada eski dava konusu mu yoksa tazminat olarak davaya devam edilip edilmeyeceğini sorabileceğini, bunun da değiştirme işlevi olduğu ifade edilmiştir[103] ki, bu durumda az örnek de olsa, davadan sonra ortaya çıkan olaylar için bu işlevin kabulünün istisnai ve yasada izin verildiği durumlarla sınırlı olarak olanaklı görülebilmektedir.

Sonuçta, soru sormak aracı ile açıklatma yapılması aracı iç içer geçerek bir çok şekilde davada aydınlatma ödevinin gerçekleştirilmesi olanaklı olarak görülmelidir.

Dava açma nedeni (yaşam koşullarının değişmesine neden olan maddi olay) aynen sürüyorsa, mahkeme kural olarak; amaca uygun dilekçeler konusunda uyarılarda bulunmalıdır. Uyuşmazlık ne kadar karmaşık yapıda ve birden çok hak talebi doğuracak durumda ise, taraf da bu taleplerini iç içe geçecek şekilde kalemlerine ayırmadan sunmuşsa, konunun uzmanı olmayan birinin yani hukukçu olmayan tarafın ifade ettiği dava amacı da o kadar geniş algılanmalıdır. Gerekli hukuki değerlendirmenin zorluk derecesine uygun olarak; dilekçeden, geniş bir istem veya geniş bir taraf isteği sonucu çıkarılmalıdır. Hâkimin, amaca uygun dilekçeler verilmesine destek olma ödevinin belirlenmesinde; uyarı görevinin değiştirme işlevine ve taraf istemine saygı gösterilerek karar vermenin benimsenmesine dikkat edilmelidir[104].

[102] Alangoya, s. İlkeler, s. 155
[103] Meriç, Aydınlatma, s. 407
[104] Liu,s. 462

§ 2. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A- İsviçre Medenî Yargılama Hukukunda

I- HUMK Mehazı Neuchatel Kantonu'nundaki Düzenleme

İsviçre medenî yargılama hukuku, Türk medenî yargılama hukukunun mehazı olmakla, tarihsel gelişim yönünden Türk hukukunu doğrudan ilgilendiren, çalışma konumuz olan hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gelişimi konusunda da incelenmesi gereken önemdedir. Bu nedenle öncelikle, İsviçre medenî yargılama hukukunun neden mehaz olarak kabul edildiği değerlendirilmeli, takibinde de İsviçre medenî yargılama hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin nasıl yer aldığı ve gelişimi belirtildiğinde normun evrimsel olarak Türk hukukuna girişi ve gelişmesi de daha nesnel olarak değerlendirilebilecektir kanısındayız.

Osmanlı İmparatorluk hukuku sonrasında Türk hukukunun uygar, laik ve çağdaş bir yapıya dönüşmesi, din devleti yerine akılcı ve bilime dayalı bir devletin temellerinin atılması sırasında İsviçre'den Borçlar Kanunu ve Medenî Kanun iktibas edilmesinde ve de bu kanunlarla uyumlu olmasının, medenî yargılama normlarının özel hukukun uygulanması ve gerçekleşmesine hizmet ettiği dönemin yasa hazırlayıcıları ve yasakoyucusu tarafından düşünülerek hukuk yargılaması kanunu da İsviçre'den iktibas edilmiştir[105]. Bu iktibas,

[105] Hanağası, Emel : Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi, Ankara 2001, s. 19 (Tarihsel Gelişim)

İsviçre'nin Neuchatel Kantonu'nun medenî yargılama kanunu temel alınarak yapılmıştır. Ancak tam olarak anılan kanton hukukunun değil, özellikle ispat hukuku noktasında Alman ve Fransız medenî yargılama hukukundan da iktibaslar yapılmış, kimi yerlerde Türk hukuku yönünden değişikler yapılarak yasalaştırma gerçekleştirilmiştir[106]. Bu kantonun seçilmesinin nedeni olarak da, iktibas döneminde kantonlar arasında en yeni yargılama yasasının Neuchatel Kantonu'na ait olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir[107].

İsviçre hukuku açısından yapmamız gereken inceleme, öncelikle HUMK döneminde iktibas edilen metnin kaynağı olan Neuchatel Medenî Usûl Kanundaki ilk hali ve sonrasındaki değişiklik, sonrasında ise İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun yürürlüğe girişi ve kanun metnindeki düzenleme üzerinde olması konumuz ile bağlantıyı kurabilmek yönünden yararlı görülmüştür.

1925 yılında yürürlüğe giren ve Türk hukukunun iktibas ettiği Neuchatel Medenî Usûl Kanunu'nda (Code de Procédure Civile Neuchâtelois- CPCN), hâkimin davayı aydınlatma ödevi, 69. maddesinde ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenmişken 1991 tarihli yeni CPCN 57/1. maddesinde vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi içerisinde düzenlenmiştir; bu hüküm de HUMK m. 75 maddesi de aynı şekilde düzenlenmişti ve ikinci ve üçüncü fıkrası da aynı içerikte olmakla tam anlamıyla iktibas edilmişti[108].

1991 tarihli CPCN 57. maddesinde, "*Hâkim, taraflardan biri tarafından ileri sürülmeyen olayları göz önüne alamaz ve bunları hatırlatamaz. Ancak belirsizlik veya çelişkili görülen konu ve istemler ile ilgili taraflardan açıklama isteyebilir.*

[106] Hanağası-Tarihsel Gelişim, s. 14
[107] Hanağası-Tarihsel Gelişim, s. 20, bu konudaki eleştiriler için bkz. Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara 1960, s. 14 vd.
[108] Umar, Bilge: Türk Medenî Yargılama Hukukunun . Ana Kaynağı 1925 Tarihli Neuchâtel Yasası İle Onun Yerini Alan Yasa Arasında Karşılaştırma, YÜHFD, C. IV, S.1, Yıl 2019, s. 16 (Umar-Karşılaştırma)

Hâkim, her iki tarafın iddiaları sınırı içinde kendiliğinden tarafları dinleyebilir ve gerekli delillerin gösterilmesini isteyebilir." şeklinde yer alan düzenleme ile hâkime yetki verecek bir içerikte normun sözü düzenlemesini bulmuştu[109].

II- İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunu'ndaki Düzenleme

İsviçre Konfederasyonu, medenî yargılama hukukunu tek bir federal kanunda birleştirmesinden önce, 26 kantonunda ayrı ayrı medenî yargılama kanunları vardı. Bu uygulama sonucu olarak kanun yoluna gitme koşulları, iş bölümü ve göre ayrımları, bunun yanı sıra da federal ölçüde etkili bazı yargılama kanunları da uygulamada kimi zaman değişkenlik ve hukuki güvenliği olumsuz etkileyen bir durum olduğu belirtilmektedir[110]. Bu nedenlerle İsviçre Konfederasyonu yasakoyucusu, yeni ve federal medenî yargılama kanunu hazırlamış 19.12.2008 tarihinde Parlamento'da kabul edilerek 1.1.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir[111].

İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, hâkimin soru sorma hakkı düzenlenmiştir. Hâkimin bu yetkisi, kanunun sözü olarak yetkiden ziyade ödev olarak kabul edilmiştir. 56. maddede düzenleme yapılmış olup, bu madde de HMK 31. madde gibi yargılama ilkeleri kısmında düzenlemesini bulmuştur. Başlık olarak, mahkemenin soru ödevi[112] ifadesi kullanılmıştır. Bu ödev basitleştirilmiş (*Vereinfachtes Verfahren*[113]) yargılama türü bakımından ise geniş tutulmuştur. Basit yargılama türünü düzenleyen maddeler içinde

---

[109] Karaaslan, Varol : Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2019, s. 12

[110] Güralp, Ayşe Gülin: Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması, İzmir 2010, s. 51

[111] https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html, erişim tarihi 25.7.2019

[112] "*Gerichtliche Fragepflicht"* 56.maddenin özgün hali ise: "*Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung."* https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html, erişim tarihi: 25.7.2019, maddenin çevriminde, "taraflardan birinin iddialarının belirsiz ya da çelişkili ise veya açıkça eksiklik içermekteyse, mahkeme o tarafa uygun sorular yönelterek belirsizliğin giderilmesi ve eksikliğin tamamlanması olanağı verir", şeklinde incelenebilir, ayrıca bkz. Karaaslan, s. 12

[113] Maddenin yer aldığı bölüm başlığı olarak kanunda belirtilmiş özgün ifadedir, https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html, erişim tarihi: 25.7.2019

yer alan 247. maddenin 1. fıkrasının ifadesinden[114] bu usûlde artık hâkimin soru sorma hakkından değil, onun davayı aydınlatma yükümlülüğünden söz edildiği belirtilmektedir[115]. Madde başlığından da, "gerçeğin tesisi" olarak çevirmek kanımızca olanaklıdır.

SchZPO 56. maddesinin incelenmesinde ise, CPCN 57. maddesinden farklı olarak delil gösterilmesinin istenilmesini düzenlemediği görülmektedir. Böylesi bir düzenleme basit yargılama usûlü için yukarıda belirtildiği gibi SchZPO 247/1. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Hukukunda ise, 6100 sayılı HMK düzenlenirken CPCN 57.maddesindeki delil bildirimi olanağına dair kazanım HMK 31. maddesinde korunmuştur, böylece hem yazılı yargılama usûlü hem de basit yargılama usûlünde uygulanabilir bir genel ilke olarak benimsenmiştir; zaten HMK genel gerekçesinde içtihat ve uygulamadaki birikimin göz ardı edilmediği de belirtilmektedir. Türk Hukuku açısından, hem CPCN hem de Sch ZPO yönünden birlikte etkilediği ifade edildiğinde kanımızca yanlış olmayacaktır.

B-Alman Medenî Yargılama Hukukunda

I-Giriş

Türk Hukuku yönünden İsviçre Hukuku yol gösterici olsa da, Alman Hukuku uygulamaları ve öğretisi de yol gösterici olmuştur. Özellikle ispat hukukuna ilişkin bazı hükümlerin Alman hukukundan iktibası, İsviçre öğretisinden çok Alman öğretisinin mevzuatın Kıta Avrupası sisteminde yer almasının da verdiği benzerliği ve yakınlığının da etkileri ile Türk hukuku ve öğretisi üzerinde etkisi bulunduğu belirtilebilecektir. Bu nedenle de incelenmiştir.

---

[114] "*Feststellung des Sachverhaltes*
(1)Das Gericht wirkt durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html, erişim tarihi: 25.7.2019, burada hâkimin uygun sorular sorarak yetersiz istem (ya da vakıa) ve delilleri tamamlamalarını sağlaması gerektiği düzenlenmektedir, ayrıca bkz. Karaaslan, s. 13

[115] Güralp, s.70

İnceleme yapılırken, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin günümüzdeki düzenlenişi olan dZPO 139. maddesinin düzenlenişine kadar, ilkenin ortaya çıkışından geçirdiği hukuki evrim de ayrı başlıklarda saptanmaya çalışılmıştır.

II-1877 Tarihli Alman Medenî Yargılama Kanunu Dönemi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, ilkesel olarak kökenini Alman Hukuku'ndaki gelişmelerde oluşturmuş bir yargılama ilkesidir. Mehaz 1925 tarihli CPCN'den daha önce 30.01.1877 tarihli Alman Medenî Yargılama Kanunu (Civilprozessordnung-CPO) 130[116]. ve 464[117]. Maddesinde düzenlenen şekli ile, avukat aracılığı ile takip edilen davalar ile sulh hukuk mahkemesinde görülen davalar yönünden bir ayrıma gidilerek, avukatla takip edilen davalarda daha dar olarak fakat sulh hukuk mahkemelerinde görülen davalar yönünden dava geniş olarak düzenlenmiştir. CPO md. 130 gereğince, avukatla takip edilen davada mahkeme başkanı, anlaşılır olmayan dilekçelerin anlaşılır hale getirilmesi, hem ileri sürülen olaylarla ilgili yetersiz bilgilerin tamamlanması hem de ispat vasıtalarının doğru ve dürüst olarak

---

[116] *"Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.*
Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.
Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen." Maddenin yer aldığı kısım sözlü yargılama (Mündliche Verhandlung) olarak başlıklandırılmıştı, https://de.wikisource.org/wiki/Civilproze%C3%9Fordnung._Erstes_Buch#%C2%A7._130., erişim tarihi 25.7.2019.
Madde metnini çevirdiğimizde, " (1)mahkeme başkanı *(der Vorsitzende),* soruları ile belirsiz taleplerin açıklanmasını, dermeyan edilen *(ileri sürülen)* olaylar (vakıalar) hakkında eksik bilgilerin tamamlanmasını, delillerin sunulmasını olayların belirlenmesi için gerekli açıklama yapılmasını sağlar. (2) Mahkeme başkanı, resmi makamlar tarafından dikkate alınması gereken konular hakkında işaret etmek (ya da dikkat çekmek) zorundadır (3)Mahkeme başkanı, mahkeme üyelerinden birinin istemi üzerine de soru sorulmasına izin vermelidir" şeklinde karşımıza çıkmaktadır, ayıca bkz. Karaaslan, s. 7

[117] *"Bei der mündlichen Verhandlung hat das Gericht dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen."* Maddenin yer aldığı kısım bölge mahkemelerinde-Türk hukukundaki sulh hukuk mahkemelerine isabet eden (bkz. Güralp, s.9) yargılama (Verfahren von der Amtsgerichten) olarak başlıklandırılmıştı, https://de.wikisource.org/wiki/Civilproze%C3%9Fordnung._Zweites_Buch#%C2%A7._464.,erişim tarihi 25.7.2019
Madde metnini çevirdiğimizde, " Sözlü yargılamada , mahkeme, tarafların önemli *(erheblichen)* tüm olaylar *(Thatsachen)* (ya da vakılar) hakkında tam olarak açıklama yapmaları ve uygun *(sachdienlichen*) istemlerde bulunmaları için çaba gösterir" olarak incelemek olanaklı olurdu, ayrıca bkz. Karaaslan, s. 7

belirtilmesi ve de konunun tespiti için önemli tüm açıklamaların mutlaka yapılması için, sorular sorarak etkili olmak zorundaydı[118]. Norma göre, hâkim, tarafları, dilekçelerini daha iyi düzenlemeleri için destekleme yetkisine sahip değildi; fakat uygun sorularla belirsizlikleri giderme yetkisi ile donatılmıştı[119]. CPO 464.m. göre, tarafların kendilerinin bulunduğu davalarda hâkimin, tarafın bir avukat ile temsil edildiği davalardakinden farklı olarak, tarafların, ileri sürdükleri bütün vakıalarla ilgili olarak kendilerini tam olarak ifade etmelerine ve konuyu ortaya koymaya yarayacak dilekçeler vermelerine yardımcı olması gerekiyordu. Bu normun gerekçesi ise; yeterli hukuk bilgisinden yoksun olan ve avukatla temsil ettiremeyen tarafların kendilerini, uyuşmazlık konusu olay ve bu bağlı doğan veya doğmayan hakka dair ifade etmelerinde yaşadıkları güçlük ve bu güçlüğün yarattığı zayıf konumu gidermek amacı oluşturmaktaydı.

III- 1898 Tarihli Kanun Değişikliği Dönemi

17 Mayıs 1898 tarihli Ek Kanun, her iki düzenlemenin sözlerini değiştirmemiş, yeni paragraflarda CPO md. 130 CPO md. 139 olmuş, CPO md. 464 de CPO md. 502 olmuştur. İlk derece mahkemesi yasasında değişiklikler yapan 1909 tarihli ek kanun ile hâkimler, ilk derece aşamasında taraflarla olayın ve uyuşmazlığın durum ve şartlarını görüşmekle görevlendirilmişlerdir[120].

Hâkimin davayı aydınlatma ve işaret etme ödevinin, yetkiden ödeve dönüşümünde ilk düzenleme olan "hâkim işaret edebilir ya da dikkati çekebilir"in yerine "hâkim işaret etmelidir ya da dikkati çekmelidir" ifadesine dönüşmüştür. 1874 Taslak'ının resmi gerekçesinde belirtilmiştir ki, "Hak ve görev, bağdaşık kavramlardır. Başkan ya da mahkeme

[118] MünchKomm-ZPO/Peters,§139 Rn.1; Stein/Jonas/Leipold,21. Aufl., §139 Rn.2
[119] MünchKomm-ZPO/Peters,§139 Rn.1
[120] Stein/Jonas/Leipold,21. Aufl., §139 Rn.2, bu değişiklik ile müzakere ilkesi de Alman Hukukunda yasada yerini almıştır. Madde çevirisi (ZPO 502.maddesi) "*Sözlü duruşmalarda mahkeme, davanın maddi vakıaları ve uyuşmazlık konularını taraflarla müzakere etmeli ve tarafların dava ile ilgili bütün vakıalar hakkında düşüncelerini tam olarak açıklayabilmesi ve maksada uygun dilekçeler verebilmesi için etkinlik göstermelidir",* ayrıca bkz. Karaaslan, s.8

heyeti, soru sorma hakkının kullanılması için bir neden ortaya çıktığına inandıkları zaman, eğer soruyu sormayacak olurlarsa tarafların bundan şikâyet etmesine yol açacak bir neden olmasa bile, bu soruyu sormakla yükümlüdürler[121]".

CPO Taslak 126. maddesinin formülasyonu ile karşılaştırıldığında CPO md. 130'un hükmü hemen bir "olabilir-düzenlemesi"nden (soru sorma hakkı) bir "gerekir-düzenlemesi"ne dönüşmüştür. Mahkeme eğer CPO md. 130'un sağladığı soruları sormamış ve karar vermiş ise, böyle bir karar öze değin önemli bir usûl hatası olduğunu gösterir. Bu durumdan etkilenen taraf böylece karara karşı kanun yoluna başvurabilir. Alman medenî yargılamasındaki hâkimin soru sorma görevi, son yılların ya da son on yılların bir buluşu değil tam tersine 1877 tarihli CPO 130. maddesinin odağında yer almaktaydı[122].

Hâkim, vakıanın sonuçlanmasına yönelik bir biçimde anlatılması yoluyla haklarını yeterince gerçekleştiremeyen bir tarafı, bu amacını gerçekleştirmesi için uygun biçimde desteklemesi gerektiği belirtilmiştir[123].

CPO 130. Maddesinin, hâkime bir yetki mi yoksa bir görev mi yüklediği konusu, 1898 yılındaki yasa değişiklerinden sonra bile Alman Hukuku'nda tartışmalı olmayı sürdürmüştür[124]. Bu tartışmalar içinde CPO md. 139'un, hâkimin davanın her aşama ve noktasındaki bütün konumu için temel önemde oluğunun işaret edilmesi ve sorular sormak, mahkemenin bir ödevi şeklinde genelde kabul görmekle beraber, aynı zamanda yerine getirilmemesi; davada önemli bir eksikliğin gerekçesi ve aynı zamanda karar için de yasanın ihlaline neden olmuş olarak değerlendirilir ve kanun yolunda bozma gerekçesi olarak kabul edilmiştir[125].

IV- 1909 Tarihli Kanun Değişikliği Dönemi

[121] Coith,O.: Das richterliches Fragerecht, ZZP-27(1900)S.489 ff.,s.491
[122] Stein/Jonas/Leipold,21. Aufl., §139 Rn.2
[123] Stein/Jonas/Leipold,21. Aufl., §139 Rn.2
[124] Peters, Egbert: Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess, Tübingen 1983, s.13
[125] Stein, artikel 130

1909 tarihli Sulh Hukuk Mahkemelerine Dair Ek Kanun'da yapılan değişiklerde, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin işlevselleşmesine yardımcı düzenlemeler söz konusu olmuştur. 1909 Sulh Hukuk Mahkemelerine Dair Ek Kanunu Taslağı; müzakerelerde davanın maddi ve uyuşmazlık ilişkilerini taraflarla değerlendirmeyi mahkemenin özel bir görevi yapmak suretiyle hâkimin aydınlatma görevini eskisine göre daha çok vurgulamaktadır, 1909 Sulh Hukuk Ek Kanunu'nu destekleme ve hâkimin sulh hukuk davalarında, mahkemenin davayı niteleme dahil[126], davanın maddi ve uyuşmazlık ilişkilerini, hukuk bilgisinden yoksun tarafları korumak için, taraflarla birlikte değerlendirmek zorunda olduğunu vurgulama üzerinde yoğunlaşmaktadır. Aydınlatma görevleri açısından sadece taraflarla yürütülen davalarla mutlaka avukatlarla yürütülen davalar arasındaki fark buna bağlı olarak daha da büyütülmüştür ve bu da ZPO md. 139'un daha sonraki yenilenmesi için zemin hazırlamıştır.

CPO md. 502, 1909 Sulh Hukuk Mahkemesi Ek Kanunu ile yenilenirken sulh hâkimi, davanın maddi ve uyuşmazlık ilişkileri konusunda taraflarla tartışmakla görevli hale getirilmiştir. Ancak bu değişiklik öncesinde de Alman sulh hâkimleri tarafından da değişiklikteki gibi uygulanmakta olduğu belirtilmiştir[127].

V-1924 Tarihli Kanun Değişikliği Dönemi

1924 tarihli CPO'da değişiklik yapan yasa ile ilk derece mahkemesi davaları için yasalaşmış olan hâkimin aydınlatma ve uyarma görevini bütün medenî yargıya egemen kılmıştır. Levin hâkimin soru sorma görevinin tek amacının; sadece, maddi vakıaların tespiti için önemli olan bütün açıklamaların yapılması olduğunu ileri sürmüş, yasada mümkün olan en geniş yorumu verilmiş olduğunu, davadaki maddi gerçeğin tespitini engelleyecek her kısıtlamanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür[128]. Böylece, Alman yasakoyucusu, madde düzenlemesini öğretideki bu genel ilkeye çevirme eğilimini de dikkate alarak

[126] Henckel, Wolfram: Prozessrecht und materielles Recht, Gottingen 1970, s.131
[127] Peters, s. 36
[128] Levin, Ludvig: Richterliche Prozessleitung und Sitzungspolizei, Berlin 1913, s.117-118

düzenlediği ZPO md. 139; bu konuda genel ilke düzenlemesi olarak nitelendirilmiş[129] ve ZPO md. 502'nin özel düzenlemesinin yerini almıştır. Hâkimin davayı aydınlatma ve işaret etme görevleri içerik olarak bir netlik kazanmış ve kapsamı genişlemiştir.

Hâkimin, avukatla temsil edilen davalarda da uyuşmazlık konusuna uygun dilekçelerin oluşmasına yardımcı olması ve gerekli olduğu sürece de maddi ve hukuki açıdan konu ve uyuşmazlık üzerine taraflarla görüş alışverişinde bulunması zorunluydu. Hâkimin davayı aydınlatma ve işaret etme görevi (Hinweispflicht) açık bir biçimde uyuşmazlık konusunun hukuki yanını da kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Alman öğretisinde, taraf bir avukatça temsil edilmiyorsa, hâkimin davayı aydınlatma ve işaret etme görevinin oldukça geniş bir alana yayılacağı belirtilmiş, hâkimin uyarma ve işaret etme ödevinin maddi alanda avukatın yapabileceği hataları düzeltmek için düzenlenmiş olmadığı, ayrıca önemli ölçüde, avukatın hukuki sonuçları bileceği ifade edilmiştir[130].

VI-1976 Tarihli Kanun Değişikliği Dönemi

1976 tarihli ZPO'da değişiklik yapan kanun ise, sürpriz kararlarla karşılaşmayı önlemek için; hukuki yaklaşımla ilgili işaret etme görevini, ZPO 278 /3. maddesinin asıl duruşma gününü düzenleyen hükmüne eklemiştir[131]. 1976 yılında yapılan değişiklik ile

---

[129] ZPO 139. maddesi, CPO 502. maddenin yerini alırken " Mahkeme başkanı, tarafların önemli tüm olaylar hakkında açıklama yapmaları, uygun istemler ileri sürmeleri, özellikle ileri sürülen olaylar hakkında eksik bilgilerin tamamlanması ve delillerin bildirilmesi konusunda çaba harcaması gereklidir. Bu amaçla gerektikçe olayı ve uyuşmazlığı maddi ve hukuki yönünden taraflarla müzakere eder ve sorular sorar", bu değişiklikten öncesinde sadece sulh hukuk hâkimlerine yönelik olan bu ödev, tüm hâkimler için geçerli sayılmıştır, Karaaslan, s. 9,

[130] Henckel, Wolfram: Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, s.131-132

[131] Avusturya medenî yargılama hukukunda hâkimin davayı aydınlatma görevleri avukatlı ve avukatsız davalar için farklı farklı değerlendirilmektedir (Bkz. östZPO md. 182, 432, 435).Buna bakarak (Alman) ZPO md. 139'un hareket noktasının ve somut düzenleme içeriğinin Klein'ın sosyal medenî yargılama hukuku düşüncesinden belirgin olarak ayrıldığı saptanabilir. Ancak dZPO md. 139'da 1924 yılında yapılan değişikliğin Klein'ın sosyal medenî yargılama hukuku düşüncesinden etkilendiği veya hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ösZPO md. 182 örneğinden dZPO md. 139'a alındığı iddia edilemez, yasa koyucunun düşüncesine göre, hâkimin davanın erken aşamalarında yerine getireceği işaret etme görevleri; ilk derece mahkemesinde sürpriz kararlardan sakınmaya katkı yapar. Kapsamlı müzakere görevlerinin de aynı şekilde ilk derece mahkemesinde; uyuşmazlığın etkili bir biçimde sona erdirilmesinde ve kalıcı bir hukuk barışının yaratılmasında katkısı olacağı değerlendirilmiş, bundan dolayı da, hâkimin işaret etme görevinin kapsamı genişletilmesi gerekmiştir. Ayrıntılı inceleme için bkz. Liu, Ming Shen, Die ricterliche Hinweispflicht, Peter Lang 2009, s. 21, ancak günümüzde

hâkimin davayı aydınlatma ödevi yeniden düzenlenmese de, bu ödeve yardımcı bir unsur olarak 278. Maddesinin üçüncü fıkrası ile sürpriz karar yasağı Alman mevzuatına katılmıştır. Madde metninde yer alan düzenleme şu şekildeydi : *" Mahkeme kararını, taraflardan birinin gözden kaçırdığı açıkça anlaşılan veya önemsiz saydığı bir konuya dayandıracaksa, o konu yalnızca bir tali isteme ilişkin olmadıkça bu konuda taraflara beyanda bulunma olanağı verilmelidir*[132] *".*

VII- 2001 Reformu ve Yürürlükteki Durum

ZPO'nun değişik yerlerinde bulunan böylesi düzenlemeler 2001 değişiklikleri ile birleştirilmiş bir hükümle yani 139. Maddesi ile bir araya toplanmıştır. 2001 yılındaki değişiklik ile ZPO 139. Maddesi[133] içeriği şu şekilde karşımıza çıkmaktadır:

"Mahkeme, gerektiği durumda, vakıa ve uyuşmazlığı maddi ve hukuki açıdan tarafla müzakere etmeli, onara sorular yöneltmelidir. Mahkeme, tarafların önemli tüm olaylar ile ilgili zamanında ve tam olarak açıklama yapmalarına, özellikle ileri sürülen olayla ile ilgili

---

278. maddenin 3. Fıkrasında sulh düzenlenmiş olup, anılan madde hükmü ile 139. madde birleştirilerek hâkimin davayı aydınlatma ve işaret ödevleri tek maddede toplanmıştır.

[132] Özgün metin : *"(3)Auf einen rechtlichen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat."* https://dejure.org/gesetze/0ZPO010102/278.html, erişim tarihi 25.7.2019, Ayrıca bkz. Karaaslan, s. 9

[133] Maddenin özgün ve yürürlükte durumu şu şekildedir: *"(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. Das Gericht kann durch Maßnahmen der Prozessleitung das Verfahren strukturieren und den Streitstoff abschichten.*
(2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.
(3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.
(4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.
(5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann." https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_Z.html, erişim tarihi : 25.7.2019. Ayrıca bkz. Karaaslan, s. 9

eksik bilgileri tamamlamalarına, delilleri bildirmelerine ve uygun istemlerde bulunmaların için çaba gösterir.

Mahkeme, kararını taraflardan birinin dikkatinden kaçtığı açıkça anlaşılan ya da önemsiz saydığı bir konuya dayandıracaksa, o konu yalnızca tali bir isteme ilişkin olmadığı sürece, bu konuda tarafları bilgilendirmeli ve onlara bu konuda beyanda bulunma olanağı vermelidir. Aynı durum, mahkemece bir konunun taraflardan da farklı değerlendirdiği durumlarda da geçerlidir.

Mahkeme, kendiliğinden dikkate alınacak konulara ilişkin tereddütlü noktalara da dikkat çeker.

Bu maddeye göre yapılacak uyarılar mümkün olan en erken aşamada yapılır ve tutanağa geçirilir. Uyarıların yapıldığı ancak söz konusu tutanak içeriği ile ispatlanabilir. Tutanak içeriklerine karşı sadece sahtecilik iddiasında bulunulabilir.

Mahkemenin yaptığı uyarıdan sonra, taraflardan birinin derhal beyanda bulunma olanağı yoksa, o tarafın istemi üzerine mahkeme ilgili tarafın beyanlarını yazılı olarak bildirebilmesi için bir süre belirler."

1924 tarihli değişiklik yapan kanundan beri mahkeme, davanın maddi ve uyuşmazlık durumunu hukuki açıdan taraflarla birlikte ele almakla yükümlü olmasına rağmen, o zamanlar, aydınlatma görevini, dava konusu somut olay temelinde yerine getirmesi gerekmiştir. Tarafların hukuki beyanlarda bulunmalarına gerekmiyordu ve mahkemenin, tarafları hukuki nitelemeler konusunda işaret etme ve aydınlatma görevi yoktu[134]. Bu görevin yerine getirilmemesi yani hukuki olarak taraflarla müzakere edilmemesi durumunda mahkemenin davayı değişik bir yaklaşımla ele alması nedeniyle taraflar şaşıracaklardır ve mahkemenin bu nitelemeyi eğer taraflarca daha önce bilinmiş olsaydı belki de kazanabilecekleri bir davayı kısmen veya tamamen kaybedebileceklerdir[135]. Mahkeme, dava

[134] Stein/Jonas, artikel 139, II, 1.c.
[135] Rosenberg, Leo: Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse, ZZP 49, 1925,S.38 ff,s. 73-73

konusunda kendi yaptığı hukuki değerlendirmeden farklı gerekçe ile sürpriz karar vermemelidir[136]. Mahkeme yine ZPO 139/2 uyarınca sürpriz kararlardan kaçınmak için taraflarca ima biçiminde de olsa beyan edilen maddi olgular çerçevesinde, atlanmış veya önemsiz görülmüş olan hukuki nitelemelere de dikkati çekmek zorundadır. ZPO 139, tarafların, işaret edilen hukuki nitelemeler bağlamında görüş bildirmeye fırsatları olmasını amaçlamıştır. Yasanın lafzına göre bu hukuki nitelemelerde, mahkemenin, kendi hukuki yaklaşımıyla ilgili bütün gerekçelerini açıklamak zorunda olmasını ve tüm gerekçeleri tartışmaya açması aranmamıştır[137].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, Alman Hukuku'ndaki asıl daha işlevsel hale gelişi ise, 2001 yılındaki ZPO yani Alman Medenî Yargılama Yasası'ndaki reformlar sonucu olmuştur. Reform ile değiştirilen bir hüküm de, ZPO 139. maddesi yani hâkimin işaret etme, uyarma ödevini düzenleyen ve bunu düzenlerken de içeriğinde hâkimin davayı aydınlatma ödevini düzenleyen maddede değişiklik yapılmıştır.

Alman Hukukunda, hâkimin aydınlatma ve işaret etme görevleri hakkında ZPO'nun değişik yerlerinde bulunan düzenlemeler (ZPO eski metin 139.ve 278.maddeleri); davanın konusunun kapsamlı bir biçimde maddi ve hukuki açıdan aydınlatılmasında mahkemeye düşen sorumluluk payını vurgulamak için 2001 tarihli ZPO-Reform yasası ile tek ve ilkesel bir normda (ZPO yeni düzenleme 139.maddesinde) toplanmıştır[138]. Madde metnine göre; mahkemenin, davanın somut yürütümü görevini odağa alarak düzenlemektedir.

Alman mevzuatındaki bu değişim ile hâkimin davayı aydınlatma ve işaret etme görevinin kapsamının; olası zamanaşımı defiini hatırlatma görevi ve hatırlatmanın meşruiyeti, hukuki niteleme ile ilgili olarak hâkimin açıklama yapma görevi ile göreve dair sınırlamalar, istisnalar ise tartışılmıştır. Bu istisnalar; örneğin hâkimin karar verirken yapacağı

[136] Rosenberg, s. 69
[137] Liu, Ming-Sheng: Die richterliche Hinweispflicht Dogmatik und Rechtskultur, Frankfurt 2009, s.155

[138] Liu, s. 33

müzakerelerde ve avukatla temsil edilen davalarda hâkimin işaret etme görevinin kapsamı bağlamında karşılıklı uyarmalar sırasında ortaya çıkabileceği belirtilmiştir[139]. Tarafın bu savunma vasıtasını kendiliğinden davaya sokmadığı durumlarda, mahkemenin, zamanaşımı defiini veya hapis hakkının ileri sürülebileceğini hatırlatma görevi ile artık yükümlü olmadığının maddenin gerekçesinde ifade edilmiş olduğunu da belirtmekte yarar vardır. Bu yaklaşım Alman öğretisinde desteklenmektedir[140]. Mahkemenin görevi olmayan bir başka konu da, müzakere ile daha önce sunulmamış itirazların ve olayların sorular sorularak davaya getirtilmesinin doğru olmayacağı, bunun maddede düzenlenen görevin aşılması olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir[141].

ZPO yeni düzenleme md. 139 prg. 2 fıkra 1'in şimdiye kadar ZPO eski metin md. 278 prg. 3'de yer alan sürpriz karar yasağının aynen devralındığına ve hâkimin hukuki nitelemesinin sınırlayıcı göstergesinin yok edildiğine madde gerekçesinde işaret edilmektedir. Çünkü hukuki ve maddi nitelemeler arasındaki farkı uygulamak çoğu zaman zordur. Üstelik karar için maddi nitelemenin olduğu kadar hukuki niteleme de aynı ölçüde büyük bir önem yüklenmektedir[142] . Alman yasa koyucusu ZPO 139. Maddesinin ikinci fıkrasını eklemiş, gerekçe olarak da; eğer mahkeme her iki tarafın birine uyuşan yaklaşımından farklı bir anlayışla değerlendirme yapmak istemişse, sürpriz karar verme yasağının uygulanacağı düzenlemiştir. Bu durumda da, mahkeme asıl mesele ile ilgili kararını böyle farklılaşan bir değerlendirmeye dayandırmadan önce, tarafları bu konuda uyarmak ve onlara bu konuda görüşlerini bildirme fırsatı vermek zorundadır. Maddenin üçüncü fıkrası içerik olarak çok büyük oranda ZPO 139/2. maddeye uymaktadır. Dördüncü ve beşinci fıkralar ile belirtilen reform yasası ile 139. Maddesine eklenmiştir. ZPO139/4 mahkemenin,

[139] Prütting, Hans: Die materielle Prozessleitung, Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70.Geburstag, München 2004, s.400, Rensen, Hartmunt, §139 ZPO n.F-Stärkung der ersten Instanz oder alles beim Alten, AnwBl 2002, s.633
[140] Prütting, s.408, Stein/Jonas/Leipold, 22.Aufl. §139 Rn.54
[141] Liu,s.24
[142] Rensen, Hartmut: die richterliche Hinweispflicht, Bielefeld 2002, s. 325

bu düzenlemeden sonra uyarılarını olabildiği kadar erken yapmak zorunda olduğunu vurgulamaktadır ve hâkimin uyarılarını belgeleme görevini içermektedir. Hukuki dinlenilme hakkının isabetle sağlanması için mahkeme artık, yeni düzenleme gereğince, uyarıların yapılmasından sonra, uyarı ile ilgili olarak hemen bir açıklama yapmak imkanı yoksa, taraflardan birinin yazılı olarak açıklamasını getirebileceği süreyi içeren bir tarih belirlemekle yükümlüdür.

1924 Ek Kanunu'ndan önceki hukuki düzenleme durumuna uygun olarak hâkimin işaret etme ödevi; ZPO md. 278 /3'ün eklenmesinden önce zaten ZPO md. 139/2'den çıkarılabilmekte olduğu, bu nedenle de içerik olarak kesin bir anlaşılırlığa kavuşmuştur ama temelde bir genişleme görmemiştir ve 1924 Ek Kanunu'ndan önceki yargı kararlarından farklı olarak 1976 Ek Kanunu'ndan önceki hukuki düzenleme durumu her zaman aynı olmamakla birlikte hâkimin , ZPO md. 139 2'ye uygun olarak davanın maddi ve hukuki şartlarını hukuki açıdan taraflarla müzakere etmek ve kendi düşüncesine göre gündeme gelebilecek olan hukuki nitelemeler konusunda uyarmak yönündeydi[143]. Alman öğretisinde, medenî yargılama hukukunun liberal yargılama hukukundan sosyal yargılama hukukuna dönüştüğünü, Alman medenî yargılama hukukunda müzakere ana ilkesinin artık geçerli olmadığını ve bu ilkenin yerini işbirliği ana ilkesinin almış olduğunu ileri sürmüşlerdir[144]. Alman Hukukunda günümüzün hâkimi edilgin değildir, otoriter değildir hatta tam tersine aktiftir, açıktır ve iletişime yatkındır. Onun için belirleyici nitelik; monolog ve pasiflik değil aksine hem iletişimdir hem de aktif yardımcılık konumudur. Hâkim, Alman Hukukunda dava taraflarının katılımı ve taraf beyanı ile yakından ilgilidir. Onlara ZPO 139/2'ye uygun olarak katılım için fırsat verir ve ZPO yeni düzenleme md.139 par.1 fıkra 2 çerçevesinde taraf beyanlarındaki belirsizliklerde ve eksiklerde tamamlayıcı olarak etkinlik gösterir. İhtiyacı olan bilgileri soru sormakta, zamanından önce kararlar oluşturmaktan ve mesafeli durmaktan ziyade taraflarla ve

[143] Stein/Jonas/Leipold, 21.Aufl, §278, Rn.25, Peters, s. 79
[144] Wassermann, Rudolf: Der soziale Zivilprozess, Darmstadt 1978, s.49 ff.

avukatlarla işbirliği yapmak suretiyle elde etmeye çalışır[145]. Mahkeme davanın sevk ve idaresinde pasif değildir ve otoriter de değildir aksine aktif bir biçimde taraflarla birlikte çalışır. Tarafların da etkin taraf katılımıyla yürütülecek çalışmayla, davanın amacını, olabildiği kadar kolayca, çabuk ve eksiksiz gerçekleştirecek şekilde çalışmak zorundadır. Dava öyle organize edilmelidir ki, gerçeğe mümkün mertebe en yakın sonuçları sağlayabilsin. Mahkeme ve taraflar; maddi bakımdan olduğu gibi hukuki bakımdan da, taraflarca çizilmiş çerçeve içinde adaletin sağlanması için etkinlik göstermelidir[146].

ZPO md.139/2. Maddesinin düzenlemesinde "*darauf hingewiesen*" kelimelerinin eklenmiş olmasıyla; sürpriz karar verme yasağı konusunun odağında, sadece tarafın gözden kaçırdığı veya önemsiz gördüğü niteleme hakkında, hâkimin uyarıda bulunmasıyla sağlanabilecek hukuki dinlenilme talebinin söz konusu olduğunun açıklığa kavuşturulduğuna işaret edilmiştir[147]. Alman Federal Meclis Hukuk Komisyonu içerik olarak sadece dördüncü fıkrada değişiklik yapmış ve buraya yeni olarak "*so früh wie möglich zu erteilen*=olabildiği kadar erken yapmak" kelimelerini eklemiştir. Bu durumda artık uyarıların mümkün olan en erken aşamada yapılması gerekecektir.

ZPO 139/2. maddesi ; ZPO 278/3'ün yürürlükten kalkmış halinde düzenlenmiş olan sürpriz karar verme yasağını devralmıştır. Bu düzenleme ile, ZPO 139. maddesi sürpriz karar verme yasağının temelini oluşturan hukuki dinlenilme talebini güçlendirmekte ve somutlaştırmaktadır. Sürpriz karar verme yasağı; ZPO md.139/2 olarak, ZPO eski metin md.278'de şimdiye kadar var olan düzenlemelere karşı iki yeni değişiklik eklenmiştir. İlk olarak, mahkeme bundan böyle; sadece hukuki nitelemeler hakkında değil anlamı açık olmayan ve maddi nitelemeler hakkında da uyarılar yapmakla yükümlüdür (ZPO md.139 2.fıkrası ilk cümlesi). İkincisi; mahkeme, her iki tarafın değerlendirmesinden farklılaşan nitelemelerle ilgili olarak da uyarılar yapmak zorundadır (ZPO md.139 2.fıkrası ikinci

[145] Wassermann, s. 157
[146] Liu, s. 151
[147] Liu, s.209

cümlesi). ZPO eski metin md.278/3. maddesi gereği olan hâkimin işaret etme görevi; gözden kaçırılmış veya önemsiz görülmüş hukuki nitelemelerle sınırlıydı. Mahkeme, ZPO 278/3. maddesinin yürürlükten kalkan hali uyarınca; belirsiz veya çelişkili nitelemeler hakkında uyarı yapmakla yükümlü kılınmamıştı. Buna karşılık olaya dair açıklamalar ve anlamı belirsiz nitelemeler; ZPO 139/2. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme de sürpriz karar yasağının gözetilmesini sağlayıcı ve güçlendirici niteliktedir[148].

VIII-Değerlendirme

Buraya kadar olan incelemelerimizden, Alman Hukukunda düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevine dair dZPO 139. maddesinin , İsviçre Hukukunda düzenlenen schZPO 56. maddesine göre, müzakere ödevini de içermekle, tarafların beyanlarının belirginleşmesinin daha ilerisinde, hem delil sunulmasının istenilmesi, hem de hukuki nitelemeye dair değerlendirilmeler yapılmasının ödev olarak getirilmesi ile daha geniş nitelikte olduğunu değerlendirmek kanımızca olanaklıdır. Türk hukuku yönünden, schZPO 56. maddesi ile birlikte CPCN'deki delil sunulmasının istenilmesinin HMK 31. maddesinde korunması ile metin olarak dZPO 139.maddesinden mehaz edilmese de uygulamada ortak bir zemine ulaşması bizce olanaklıdır. Müzakere ödevi ile ilgili olarak da HMK 31. Maddesinin gerekçesinde açıkça müzakere ödevine yollama yapması nedeniyle kanımızca ortak zemin bulunmaktadır.

C- Anglo Sakson Medenî Yargılama Hukukundaki Gelişimi

[148] Liu, s. 221

I-Giriş

ABD ve Birleşik Krallık medenî yargılama hukuku, "adversary system" diye anılan ve asıl sorumluluğu taraflara bırakan sistemin belirgin niteliklerini taşır. Taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ve tasarruf ilkeleri egemen niteliktedir. davaya hazırlık yapmak ve maddi dava konusunu, maddi vakıaları ve hukuki bakış açılarını beyan etmek mahkemenin değil tarafların ödevidir.

Mahkeme; davayı başlatmaya ve bir davada tarafların neleri tartışacağını belirlemeye yetkili değildir. Mahkemenin faaliyeti dava malzemesi ile sınırlıdır. Mahkeme; taraflara karşı çekinik ve eylemsiz kalır ve birbirleriyle mücadele eden tarafların usûl kurallarına uyup-uymadıklarını gözlemleyen ve uymalarını sağlayan bir tür hakem rolünü oynar[149].

II-Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda

ABD Medenî Yargılama Federal Kuralları ve Alman ZPO birbirleriyle uyumlu olarak, davanın gidişatını tarafların belirlemesi ve uzlaşma müzakeresi ilkesinden hareket ederler. Tarafların, dava konusu üzerinde tasarrufları vardır ve maddi olayları davaya onlar katar. Bundan dolayı da adversary procedure (=kontradiktorischerProzess=mücadele ilkesine dayalı dava modeli) kavramının Amerikan ve İngiliz hukukundaki anlamları; çoğu zaman Alman medenî yargılamasına ile uyumlu olarak karşımıza çıkmaktadır. Adversary system'in temel düşüncesi; en doğru çözümün, hâkimin pasif katılımı, avukatların bilinçli olarak tek yanlı, mücadeleci-destekleyici çabalarıyla elde edilebileceğidir. Bu düşünceye göre sonuç; iki insanın karşılıklı olarak kendi gerekçelerini ortaya koymalarıyla sağlanabilir. Taraflar maddi olayları ve delilleri karşılıklı olarak değerlendiriliyorsa ve kendi görüş açıları içinde beyan ediyorlarsa dava konusunun en iyi biçimde hazırlanmış olması gerekir. Çünkü onlar tamamen, davada kendilerinin başarılı olmasına odaklanmışlardır. Bu da onların büyük çabalar harcamasına yol açar[150].

[149] Jacob, Jack: The Fabric of English Civil Justice, London 1987, s.10
[150] Junker,Abbo: Discovery im deutschen- amerkanischen Rechtsverkehr, Heidelberg 1987, s. 80

Amerikan Hukuku'nda dava yönetimi yani case management; Amerikan Federal Medenî Yargılama Kanunu 16. Maddesinde somut olarak düzenlenmiştir. Maddeye göre, mahkeme her olayda, bir avukat tarafından temsil edilen veya edilmeyen tarafa karşı aşağıdaki nedenlerle bir sözlü yargılamada bulunmak zorunluluğunu düzenlemektedir:

1)Hukuki anlaşmazlığın ele alınmasının hızlandırılması;

2)Hukuki anlaşmazlığın bir dikkatsizlik yüzünden gereksiz yere uzamaması için daha erken ve ilerletici bir kontrol mekanizmasının oluşturulması;

3)Usûl ekonomisi ilkesini koruyucu şekilde ön inceleme duruşması yaparken gereksiz giderlerden kaçınmak;

4) Asıl dava işlemlerinin kalitesinin iyileştirilmesi;

5)Anlaşmazlık çözümünün desteklenmesi[151].

Maddi olayın tespitinde, kapsam ve niteliğinin anlaşılmasında, yani dava malzemesi yönünden vakıanın tespitinde ve vakıanın uyuşmazlık konusu, dava temeli niteliğinde aydınlanması için ön inceleme duruşmasına benzer şekilde status conferance adı ile bir duruşma yapıldığı görülmektedir. Birinci aşamada, hazırlık işlemlerinde yapılacak işler planlanır. Mahkemenin bu aşamada planlamasını yapacağı iş; kendisinin ve tarafların birlikte, anlaşmazlık noktalarını tespit edeceği ve hem zaman planlamasının hem de discovery (=delil toplama) çalışmalarının bitirilme zamanının, pretrail(=ön inceleme, tensip, hazırlık) süreçte yapılacak işlerin neler olacağının ve bir de pretrail(=ön inceleme, tensip, hazırlık) işlemlerinin tarihinin belirleneceği statusconference yapılmaktadır (=durum değerlendirmesi / durum konferansı). Status conference'de hâkim ve taraflar, anlaşmazlık konularını açıklığa kavuştururlar, discovery için bir plan hazırlarlar, alternatif çözüm olanaklarını tartışmaya açarlar. Özellikle de asıl dava aşması için kesin bir tarih belirlenir[152].

[151] Liu, s.163

[152] Peckham, Robert: A Judicial to the Cost of Litigation: Case Management, two Stage Discovery Plannig and Alternative Dispute Resolution, 37 Rutgers Law Review, 1985, s.253

Status conference'de hâkim; önce taraflara, olayı anlatmalarını ve maddi ve hukuki anlaşmazlık noktalarını kısaca toparlamalarını talep eder. Anlaşmazlık noktalarının bu şekilde ortaya konması iki amaca hizmet eder: taraflara ve mahkemeye, hukuki anlaşmazlığın temellerini aydınlatmada yardımcı olur. Anlaşmazlık noktalarının erken ortaya konması; discovery(=araştırma, gerçeği arama) masraflarının düşürülmesine katkıda bulunur[153].

İlk discovery conference; anlaşmazlık konusu olayın anlaşmazlık noktalarının belirtilmesinden hemen sonra olmalıdır. Conference'de; bu olayda belirleyici önemi olan hukuki ve maddi anlaşmazlık meseleleri açıklığa kavuşturulur. Bu conference bundan başka; taraflarda, önemli olabilecek hangi bilgilerin bulunduğunu tespit eder. Maddi vakıanın tespiti için de taraflardan, önemli olabilecek her bilgiyi ve delili belirtmeleri istenir. Taraflar; davanın daha sonraki aşamaları için adlarını verdikleri tanıkları ve konuyla ilgili yazılı belgeleri içeren bir liste oluşturmak dışında diğer önemli bilgileri de bildirmek zorundadır. İkinci discovery conference'de mahkeme ilk discovery conference'sinin uygulanmasını inceler, anlaşmazlık noktaları listesini sadeleştirir ve tartışmasız noktaların kapsamını genişletir[154].

ABD Hukuku'nda, 2000 yılındaki Federal Yasa Reformunda dava yönetimi yani case management ilkesi, hâkimi daha etkin bir duruma getirerek öne çıkmıştır. Elektronik belgeler üzerinde hâkimin yetkileri ile ilgili olarak da, 2006 yılında yapılan bir reform ile düzenlemeler getirilmiştir. Mahkeme; Federal Medenî Yargılama Yasası 16/b maddesine göre taraflarla e-discovery[155]'nin anlaşmazlık konuları hakkında, olabildiği kadar erken tartışmakla yükümlüdür[156]. Buna uygun olarak 2006 Reformu Komisyonu da; mahkemenin, elektronik ortamda kaydedilmiş bilgilerin taraflarla, davanın olabildiği kadar erken aşamalarında

[153] Peckham, s. 69
[154] Brazil, Wayne: The Adversary Character of Civil Discovery, A Critique and Proposals for Change, 31 Vanderbilt Law Review, 1978, s. 1354
[155] Elektronik belgeler ile ilgili olarak yürütülen tahkikata dair olmak üzere ABD Hukukunda kullanılmaktadır.
[156] Shelton, Gregory: Don't let the trerabyte you: new E-Discovery Amendments to the Federal Rules of çivil Procedure, 73 Defense Counsel Journal 324, 2006,s. 326

tartışılmasına dikkat etmesi gerektiğini vurgulamaktadır[157]. Ancak mahkeme; elektronik ortamda kaydedilmiş bilgilerin discovery'si veya disclosure'u için olan hazırlıkları mahkemece yapılacak zamanlama planına (scheduling order) eklemeye yetkilidir ama bunu yapmakla görevli değildir. Taraflarca hazırlanmış olan e-discovery plan'daki bir eksikliğe işaret edebilir ve bunu taraflarla enine-boyuna tartışabilir ama bunu yapmak zorunda değildir. Hâkimden sadece bunu yapması beklenir. Bu, mahkemenin bir yükümlülüğü olarak görülecek olsa da discovery-plan'daki eksiklikle ilgili uyarının yapılmamış olması, kanun yollarına başvurulması için yeterli gerekçe olamaz. HMK ve ZPO'da yer alan hâkimin davayı aydınlatma ödevi ve uyarma-açıklama ödevleri, ABD'de 2006 Reformu'ndan sonra da kabul edilmemiştir. Mahkeme açısından ABD yasa koyucusu, bu ilkeleri bir ödev değil yetki olarak düzenlemiştir.

Amerikan Hukukunda ise, Federal Usûl Kuralları 16. Maddesine iki durumda hâkimin kendiliğinden delil sunulmasını istemesi söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki, taraflardan biri jürili bir duruşmada dinlendikten sonra, jürinin, orta derece bir kanı ile tarafın iddiasını kanıtlayamadığına karar vereceğini değerlendirirse, doğrudan kendisi, ispat yükü kendisine düşen tarafın bu yükü yerine getirebilmesi için delil getirmek üzere süre verebilecek ve getiremediği takdirde kendisi o taraf aleyhine karar verebilecektir[158]. Bu konuda işaret edilen, tam olarak davanın tartışıldığı durumda, hâkimin jüriye rağmen tarafa süre vermesidir. İkinci durum ise taraf, jürisiz bir duruşmada dinlenmişse, bu durumda tarafa delillerini sunması için süre verecektir, taraf tüm delillerini sunarak hâkimin tek başına dosyayı değerlendirmesi söz konusu olacağından kararını delil sunumu sonrasına erteleyecektir[159].

III- Birleşik Krallık Hukuku (İngiltere) Yönünden

[157] Liu, s.182

[158] Yalabık Teomete: Fulya, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016,s. 396 (İngiliz Amerikan Hukuku),

[159] Yalabık Teomete-İngiliz Amerikan Hukuku, s. 397

İngiliz Hukuku yönünden ise, 1998'den önce, İngiliz medenî yargılama hukuku özünde adversary system'i benimsemişti. Buna göre hâkim , taraf beyanındaki eksikliklere işaret etmeye yetkiliydi ama ödevli olarak kabul edilmemekteydi. Civil Procedure Rules 1998 (CPR 1998) ile karşılaştırıldığında eski düzenlemeler yani Rules of the Supreme Court 1965 ve Country Court Rules 1981 böylesi bir uyarma görevini vurgulamıyordu[160]. Dava tarafları arasındaki işbirliğinin desteklenmesi, anlaşmazlık konularının zamanında açıklanması ve bir çerçeve içine yerleştirilmesi ve yine davanın usûl ekonomisine uygun ve doğru bir biçimde sonuçlandırılması; CPR 1998 reformunun öne çıkarılan amaçlarıdır. Bu öncelikli amaçların mahkeme tarafından; Madde 1.2 uyarınca kendisine tanınmış bütün karar imkânlarında ve CPR'nin bütün kurallarının yorumlanmasında dikkate alınmak zorundadır[161].

CPR Madde 1.4 kapsamında ; dava sürecindeki işlemlerin mahkeme tarafından etkin biçimde yönetilip-yönlendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Madde ve anılan mevzuatta bu durum court's duty to manage cases(=mahkemenin davaları yönetme görevi) olarak nitelendirilmiştir.

Mahkeme, etkin case management(=dava yönetimi) ile; anılan amaçların erişilmesine destek olmak zorunda bırakılırken, tarafların, davanın yürütülmesinde işbirliği yapmada ve anlaşmazlık konularını davanın erken bir aşamasında açıklığa kavuşturmada desteklenmesini kapsamaktadır. Düzenleme ile gerektiğinde mahkemenin hukuki ve maddi anlaşmazlık konularına işaret etmesi ödev olarak yüklenmiştir. Artık taraflar ve avukatları davanın gidişatını eskisi kadar çok belirlemeyecektir. Tam tersine hâkim onları etkin ve davanın amacına odaklı bir dava yürütümü biçimine getirmek, anlaşmazlık konularını erkenden görmek, dava konusunu karar için önemli olacak hususlarla sınırlamak, dava materyalini ve delil ikamesini yapılandırmak ve sınırlarını belirlemek ve işbirliği olsun iyi niyetli uzlaşma için olsun etkinlik göstermek zorundadır. Bu kapsamda, aydınlatma ödevi mahkemeye çağrı

[160] Jacob, s. 13
[161] Liu, s.186

ve telefonla sorgulama tarihleri belirlemek, davanın işlemden kaldırılması veya geri bırakılmasının hükme bağlanması gibi hâkimlerin de kendiliğinden yararlanabileceği yetkiler tanınmıştır. Bir tarafın işbirliğine aykırı tutumu; disiplin para cezası veya masraflara katılımının arttırılmasıyla cezalandırılabilir.

Davanın erken bir aşamasında; hâkim, davanın ana anlaşmazlık konusunu odağa koyabilmek için, daha ziyade maddi anlaşmazlık noktalarını ele alacaktır ki, bu da aslında hâkimin aydınlatma ödevinin bir yansıması olarak değerlendirilebilecektir[162]. Adversary system; case management (dava yönetimi) sayesinde önemli bir değişim geçirmektedir. Hâkim, pretrial conference'da anlaşmazlık noktalarına dikkati çekebilir ve zorlama yapmaksızın ikrar elde edebilir, ortak uyuşmazlık tespitleri sağlayabilir ; ancak kendisi istem dışı delil toplayamaz. Pretrial conference aracılığıyla; mahkemenin huzuruna gelen olayda gerçekten önemli olan hukuki ve maddi anlaşmazlık konularının açıklığa kavuşturulması ve basitleştirilmesi gerekir. Case managemeny system'de hâkim, taraf beyanlarındaki belirsizliklere işaret etme sorumluluğunu taşır. Bunun da ötesinde; taraf beyanlarındaki eksikliklerle ilgili uyarılar da yapabilir, önemli hukuki ve maddi anlaşmazlık noktalarını muhtemelen yanlış değerlendirebilecekleri konusunda, bunların gelecek conference'da tamamlanabilmesi ve açıklığa kavuşturulabilmesi için taraf ve vekillerini uyarabilecektir[163]. Ancak ödev olma yönünde sağlam bir aşama kaydetmemiş olmakla, uyarma yetkisini kullanmak her bir hâkimin kendi takdirine bırakılmıştır. ZPO md. 139 anlamında hâkimin uyarma görevi ABD'de ve İngiltere'de tam anlamı ile kendisini göstermemiştir. Yukarıda anılan Reformlardan sonra da böyle bir uyarma görevi tanınmamıştır. Dava yönetimi anlamında kullanılan (case management) hâkimin davadaki etkin konumu ile ilgili olarak yapılan usûli hatalar kanun yollarında incelenmemektedir. Bir uyarının yapılmamış olmasına

[162] Woolf, Lord: Access to Justice- Report to the Civil Procedure Rules in England and Wales, Rn.30, http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap5.htm (31.7.2019 tarihinde erişim yapılamamıştır,naklen Liu, s. 187)
[163] Peckham, s. 69

karşı da aynı şekilde kanun yollarına başvurulamaz. Bununla birlikte pasif hakem olduğu gibi aktif case manager(=dava yöneticisi, vaka yöneticisi) de vardır.

İngiliz Hukukunda, Federal Medenî Usûl Kuralları 18. Maddesinde, Further Information kavram ve başlığı kapsamında, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, önce genel hüküm olarak, fakat aydınlatma ödevi ifadesi Türk Hukukundaki gibi kullanılmadan, sonra da diğer hükümlerde dağınık olarak düzenlenmiştir[164]. İngiliz Hukukunda, tarafların, anılan yasanın uygulama yönergesi 18. Maddesine göre, aydınlatılması gereken konu hakkında, mahkemeye uygun bir süre istemini de içerecek şekilde yazılı olarak istemde bulunması yani dilekçe sunması gereklidir. Bu talepten sonra hâkimin harekete geçmesi ve bunu yerine getirmesi benimsenmiştir. Ancak gene İngiliz Hukuku'na dair bir görüşe göre ise, 18. maddeye göre hâkim, kendiliğinden harekete geçerek belirsizliği gidermek için soru sormasına da bir engel bulunmamaktadır[165].

IV- Değerlendirme

ABD ve İngiliz medenî yargılama hukukunda, ZPO kadar olmasa da, ödev niteliğinin gerisinde, yetki ile hâkime bırakılmış bir aydınlatma ödevinin varlığından söz etmek gerekecektir. Alman medenî yargılama hukukunda hukuku uygulamak, hâkimin görevi olduğu ve hukuku, tarafların hukuki bakış açılarından bağımsız olarak kendiliğinden uygulayabildiği halde Amerikan ve İngiliz medenî yargılama hukukunda tarafların, hukuki beyanların doğruluğundan sorumlu olduğunu ve mahkemenin ise kural olarak sadece taraflarca beyan edilen hukuki tavsiflerle ilgili karar verdiğini görmekle, bu temelde hâkimin etkinliğinin yapılan reformlara karşın Alman Hukukundan ve dolayısı ile Kıta Avrupası

[164] Yalabık Teomete- İngiliz Amerikan Hukuku, s. 389
[165] Yalabık Teomete-İngiliz Amerikan Hukuku, s. 390 ve bkz. Anılan görüş için Zuckerman, s.303, (nakleden Yalabık Teomete, s.390 dn.247)

Hukuku'ndan daha farklı bir yerde olduğunu değerlendirmek olanaklıdır[166]. Görüldüğü üzere, hem Kıta Avrupası Hukuku hem de Anglo Sakson Hukuklarında hâkimin davayı aydınlatma ödevi reformlar ile normatif düzenlemeler içinde sürekli gelişim ve değişim ile yerini almıştır.

Ç- Türk Medenî Yargılama Hukuku'ndaki Gelişimi

I-Giriş

Türk Hukuku yönünden yapacağımız incelemede, Osmanlı İmparatorluk Hukuku öncesi dönemde yargı organlarının işleyişinde, yargı görevlisi olan kişinin davanın aydınlatılmasındaki konumu ile ilgili olarak yazılı bir belgeye ulaşılması olanaklı olmamıştır. Her ne kadar Osmanlı İmparatorluğu öncesi Türk tarihi dönemine ilişkin hukuksal verilerden ayrıntılı özel hukuk ve kamu hukuku örneklerine denk gelinebilirse de, davanın aydınlanması ile ilgili olarak somut bir bilgi henüz tespit edilebilmiş değildir. Bu nedenle incelememizi Osmanlı dönemi ve Cumhuriyet dönemi olarak iki ayrı kısımda yapmayı seçmiş bulunuyoruz.

II-Cumhuriyet Öncesi Osmanlı İmparatorluk Hukuku Dönemi

1.Tanzimat Dönemi Öncesi

Hâkimin, Türk Hukukundaki yeri ve konumu, davayı aydınlatma ödevinin meşruiyeti ve Türk Hukukundaki uygulama kökeni yönünden önemlidir. Bu anlamda, Türkiye Cumhuriyeti Hukuku'nun devrimci yaklaşımı, modern hukuk sistemlerinden iktibas ile Osmanlı Hukuku'ndan farklı bir uygulama ve anlayışa geçmiş olsa da, ulus bakışında hâkimin konumu ile Osmanlı İmparatorluk kadısının konumunu benimseyiş yönünden keskin bir geçişten söz etmek olası değildir. Bu nedenle, hâkimin dava malzemesi karşısında ve uyuşmazlığı çözebilmek için dava karşısında eylemselliğinin temelleri de incelenmelidir.

[166] James, Fleming/ Hazard, Geoffrey: Civil Procedure, 5.Edition, New York 2001, s. 6

Osmanlı Hukuku uygulamasında yargılama hukukunun yani usül hukukunun olup olmadığı da incelenmiştir[167]. Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşamış hukukçular tarafından yazılan Muinü'l Hükkam, Muinü'l Kudat, Levazimü'l Kudat, Hediyetü'l Kudat benzeri yargılama hukuku kitapları, ilam ve hüccet yazımına ilişkin yöntemleri içeren sakk dergileri, fıkıh kitapları, fetva mecmuaları kadılar tarafından kullanılmaktaydı; bu gerekçelerle verilen kararların şer'iye sicillerinde bir birine benzemeleri açıklanmıştır[168]. Yargılama sırasında, günümüz Anglosakson yargılamasındaki jüri ile bilirkişi arasında yer alan bir kurum şeklinde Şühudul Hal adı verilen bilgi sahibi, toplumsal itibarı yüksek ve önde gelen kişiler bulunurdu. Davanın aydınlanması için gerektiğinde bilgilerine başvurulabilirdi[169].

İslam Hukuku'nda kadı, önce halife, sonra kadı'l kudat tarafından atanmıştır, atama içinde, kadının, reşit, temyiz kudretine sahip, iman sahibi ve adil, hukuki işlem ve ehliyet sahibi, tarafsız, sahih nesepli, yeterli derecede hukuk bilgisine sahip ve erkek olması gerektiği belirtilmiştir[170]. Kadılar, sadece yargısal faaliyette bulunmamakta, aynı zamanda, bulundukları yerlerde sanat, ticaret, iaşe ve belediye hizmetlerinin görülmesinin denetlemesinden de sorumluydular[171]. Kadılığın idari niteliği de günümüzdeki kaymakamların görevi ile örtüştüğünden, bir yere kadının tayin edilmesi, devlet otoritesinin de oraya gönderilmesi sayıldığından, bulunduğu ilçede ki, bu anlamda kullanılan kaza sözcüğü de günümüze kadar gelmiştir, yargı erkinin yanı sıra yürütme erkinin de başı olarak toplum üzerinde "düzen sağlayıcı" bir işlevi, buna bağlı toplumsal beklentinin muhatabı olduğu da

[167] Osmanlı İmparatorluğu'nun hukuk sistemi İslam dinine dayandığı için öncelikle dinsel hukukun kaynaklarından bu sorunun yanıtı aranmalıdır. İslam hukukunda, *edeb-ül kâdî* veya kısaca *(edeb-ül) kaza* da denilmekte olup *edeb-ül kâdî* hâkimin uyuşmazlıkları çözümlerken uyması gereken edep ve kaideler ilmi, *kaza* ise, insanlar arasında meydana gelen uyuşmazlıkları, yürürlükteki hükümlerine uygun olarak çözmek anlamına gelmekte olduğu ifade edilmiştir, Akgündüz, Ahmed: İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyâtı: Birinci Cild: Kamu Hukuku, C.I, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, s. 829

[168] Demir, s. 201

[169] Anıl, Yaşar Şahin: Osmanlı Düzeninde Kadılık, İstanbul 2015, s. 71

[170] Ortaylı, İlber: Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, İstanbul 2018,s.21

[171] Gür, A.Refik: Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Müessesesi, İstanbul 2015, s.103

açıktır[172]. Bu anlamda, Türk toplumunun günümüz hâkiminden bir uyuşmazlığı çözmekte "etkin davranması " yönünden beklentisinin sosyolojik kökenlerinde bu özelliğinin de yer aldığını düşünmek olanaklı olabilir.

Osmanlı kadısının görevleri yönünden incelendiğinde, uyuşmazlık konusu olayın "aydınlanması" için gerekli araştırma ve incelemeden kaçınması yasaklanmıştır[173]. Aydınlatma ödevi ile böylece kadı donatılmıştır. Sistematik bir usûl uygulamasının ve kanunlaştırmanın Tanzimat dönemi öncesinde yapılmamış olması, normatif bir incelemeyi olanaksızlaştırmakta, kararlar üzerinden aydınlatma faaliyetinin incelenmesi ise çalışma sınırlarını aşacağından detaylı incelenememiştir.

2. Tanzimat Döneminde

Tanzimat döneminde yapılan ıslahatlarla Fransız örneğine göre yeni mahkemeler oluşturulmuştur. Bu konudaki örnek alışın gerekçesi olarak Osmanlı İmparatorluğu'nun aydın ve ıslahatçılarının Fransa'da eğitim almalarından dolayı Fransız kültürünü benimsemeleri, ayrıca Fransa Hukuku'nun İngiltere, Avusturya ve Rusya hukukuna göre Osmanlı'daki sistem açısından tam olarak mutlak olmayan bir monarşik yapısı nedeniyle iktibası daha elverişli kabul edilmiştir[174].

Yabancı ve yerli teb'a arasındaki ticaret, hukuk ve ceza davalarına bakmak üzere karma mahkemeler kurulmasını öngören 1856 tarihli Islahat Fermanı'nın hükümleri gereğince, 1860 yılında Fransız hukukundan iktibas edilerek ticaret meclisleri mahkeme adını almış ve teşkilat yapıları ayrıntılı oluşturulmuştur. Yerlilerle yabacılar arasındaki davalarda ilgili yabancının elçilik tarafından gönderilecek iki yabancı üye ve bir de çevirmen

[172] Demir, Abdullah: Medenî Yargılama Hukukunda Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010,s. 39
[173] Ortaylı, İlber: Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, İstanbul 2018, s. 33
[174] Ekinci, Ekrem Buğra: Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri, Yeni Türkiye, Ocak-Şubat 2000, Y.6, S.31, s.770

olduğu bilinmektedir. Ticaret mahkemesi olmayan yerlerde hukuk mahkemeleri ticarî davalara ticaret kanununa göre karar verilirdi[175].

Tanzimat döneminde toplumsal ve ekonomik yaşamdaki yenilik arayışı, hukuk alanında da ortaya çıkmıştır. Bu dönemde, yasal düzenlemelerde bazı değişikliklere gidilmiş fakat bu değişikliklerin çoğu Batılı devletlerin Osmanlı İmaparatorluğu içindeki azınlıkları korumaya yönelik faaliyetlerini giderme amacında kendisini göstermiştir. Türk hukuku yönünden yoğun *iktibas* yönteminin başlangıç noktasının Tanzimat dönemine isabet ettiği söylenmektedir. Buna karşılık, yine bu dönemdeki bazı yenilik hareketleri, Batının baskılarına direnerek, mevcut hukukun korunmasına yönelik olmuştur. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (*Mecelle*) açısından bu korumacı yaklaşımın bir sonucu olduğu ifade edilmektedir[176]. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Fermanı ile beraber hukuk hayatında da yenilikler yapılması esası benimsenmiş, özellikle ve yeni kanunlar hazırlamak üzere komisyonlar teşkil edilmiştir Bu komisyonlardan birisi de Mecelle'yi hazırlamıştır[177].

Tanzimat döneminde yargılama hukuku alanında yapılan en önemli gelişme, bu hukuk dalına ilişkin hükümlerin Mecelle'de üç kitap halinde düzenlenmesidir. Bu durumda, fıkıh kitaplarında yer alan yargılama ile ilgili normlar, Mecelle'de yasalaşmıştır. Mecelle'nin *Kitâbü"d-Dâvâ* isimli 14. kitabı, *Kitab-ül Beyyinat Vet-Tahlif* isimli 15. kitabı ile *Kitab-ül Kazâ* isimli 16. kitabı yargılama hukukunu düzenlemektedir. Mecelle Cemiyeti bu kitapları hazırladıktan sonra ayrı bir yargılama yasası hazırlamıştır. Ticaret mahkemelerinde uygulanmak üzere, 15.10.1861 tarihinde *Usûl-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnâmesi* çıkarılmış olup bu Kanun Fransız Ticaret Usûl Kanunu"nun iktibasıdır. Ayrıca, Mecelle Cemiyetinin

[175] Ekinci, s. 772

[176] Sancak,Yusuf/ Kıyak, Emre: Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ, Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, SÜHFD, C.22, S. 2, Y.2014, s.46

[177] Şimşirgil, Ahmet/ Ekinci, Ekrem Buğra: Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul 2008, s.50

hazırladığı tasarı ile 1807 tarihli Fransız Hukuk Usûlü Muhâkemeleri Kanunu birleştirilerek 21.6.1879 tarihinde *Usûl-ı Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu* kabul edilmiştir[178].

Mecelle'nin incelenmesinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, Osmanlı Hukuku'nda da kabul edildiğini düşündüren normların varlığı görülmüştür. Bu hükümler, her zaman yargılamaya ilişkin olan 16. kitabının[179] dışındaki normlarında da yer almıştır.

Mecelle'nin, 1619. maddesinde, *"Müddeâ bihin, ma'lûm olması şarttır. Mechûl olur ise, da'vâ sahih olmaz."* şeklindeki düzenleme ile, dava konusunun "bilinebilirliği" aranmaktadır. Bilinemez olduğunda dava şartının geçerli olmadığı düzenlenmiştir. Buradaki belirsizliğin giderilip giderilemeyeceği konusunda ise, devamında 1620. maddesinde, *"Müddeâ bihin ma'lûmiyyeti, işaret ile yahut, vasf ve ta'rif iledir. Şöyle ki, ayn menkul olduğu takdirde, meclis-i muhâkemede hazır ise, ana işaret kâfidir. Ve hazır değil ise, vasf ve ta'rif ve kıymeti beyan ile ma'lûm olur. Ve akar olduğu takdirde, hududunun beyanıyla ta'yin olunur. Ve deyn[180] ise, cins ve nevi' ve vasıf ve mikdarı beyan olunmak lâzım gelir. Nitekim mevâdd-ı âtiyeden muttazıh olur."* denilerek, dava konusunun bilinebilirliğinin, işaret, nitelik, açıklama detaylandırma ile olacağı düzenlenmiştir. Taşınır ise, mahkemeye getirilerek belirtilmesi, getirilemiyorsa nitelik ve açıklama yapılması, taşınmaz ise sınırlarının belirtilmesi; borç ise cins, tür, nitelik ve miktarının önceden belirtilip açıklanması gerekli görülmüştür. 1621. Maddesinde de dava konusunun belirliliğinin önemi ve koşulları örnekseme ile de açıklanmıştır : "Müddeâ bih, ayn-ı menkul olduğu halde, hazır bi'l-meclis ise, müddeî ana eliyle işaret ederek "işte bu benimdir, bu adam ana bigayr-i hak vaz'-ı yed ediyor, alıverilmesini taleb ederim" diye da'vâ eder ve eğer hazır bi'l-meclis olmayıp, ancak masrafsız celb ve ihzârı mümkün ise, da'vâda ve şehadet veyahut yeminde, ana böylece işaret olunmak üzre meclis-i hükme getirilir. Eğer masrafsız ihzârı mümkün değil ise, müddeî anın

[178] Sancak / Kıyak, s.50
[179] Sancak / Kıyak, s.50, Düs. I.T.c.4, sh. 119, 115, m. 1784 – 1851 (Akgündüz, s.865)
[180] T.C. Adalet Bakanlığı'nın Hukuk Sözlüğü'nde, "borç" olarak çevrilmiştir. www. sozluk.adalet.gov.tr/Deyn, erişim tarihi :1.8.2019

ta'rif ve kıymetini beyan eyler. Fakat gasb ve rehin da'vâlarında, kıymetinin beyanı lâzım gelmez." Meselâ "bir zümrüd yüzüğümü gasb etti" dese ve kıymetini beyan etmese ve hatta "kıymetini bilmem" dese bile da'vâsı sahih olur."[181]

Mecelle'nin, belirsizlik yanında çelişki ile ilgili hükmü de gideri gereken bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır, 1657. maddesinde :

"*Mütenâkız görünen iki kelâmın tevfîki mümkün olup da, müddeî dahi tevfîk eder ise, tenâkuz mürtefi' olur."*

Meselâ, bir hanede müste'cir olduğunu ikrâr etmiş iken, "bu hane benimdir" diye da'vâ etse, istima' olunmaz. Amma "müste'cir idim sonra sahibinden satın adım" diye tevfîk eylese da'vâsı istimâ' olunur. Kezâlik, bir kimse cihet-i karzdan, ma'lûmü'l-miktâr kuruş da'vâ edip de, müddeâ aleyh dahi "ben senden bir şey almadım ve seninle beynimizde hiçbir muâmele cârî olmamıştır" yahut "ben seni asla tanımam" deyip de, müddeî ikaame-i beyyine ettikten sonra müddeâ aleyh "ben ol meblağı îfâ etmiştim" yahut "sen beni andan ibrâ etmiştin" diye iddiâ eylese tenâkuz olmakla da'vâsı istima' olunmaz. Amma, müddeînin da'vâ-yı meşrûhası üzerine, müddeâ aleyh "sana hiç borcum yoktur" deyip de, müddeî ikaame-i beyyine ettikten sonra, müddeâ aleyh "evet sana ol kadar borcum var idi, lâkin ben anı sana te'diye etmiştim" yahut "sen beni andan ibrâ etmiştim" diye da'vâ ve isbat eylese, müddeîyi def' edebilir.

Ve kezâlik, bir kimse diğer kimseden "sende şöyle bir vedîam var idi ver" diye da'vâ ettikde, müddeâ aleyh "sen bana asla bir şey îdâ' etmedin" diye inkâr edip de, müddeî ikaame-i beyyine ettikten sonra müddeâ aleyh "ben anı sana red ve teslim etmiştim" diye def'

[181] Maddelerin Türk Latin Alfabesine çevrilmesinde kaynak: http://ayseerkanihl.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/34/06/752231/dosyalar/2018_04/16145200_25125215_MECELLE_ilk_100_MADDE_VE_TAM_METiN.pdf?CHK=a28e3b08af4f4e829bd136926f7760f1, erişim tarihi: 1.8.2019, ayrıca bkz. İlhan, Cengiz: Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam'ı Adliye), Ankara 2014

edecek olursa, bu def'i mesmû' olmayıp, vedîa anın yedinde mevcud ise, müddeî anı aynen aır. Ve müstehlik ise kıymetini tazmin ettirir. Amma, müddeînin da'vâ-yı meşrûhası üzerine müddeâ aleyh "bende senin öyle vedîan yoktur" diye inkâr edip de müddeî ikaame-i beyyine ettikten sonra, müddeâ aleyh "evet öyle bir vedîan var idi, lâkin ben anı sana red ve teslim etmiştim" diye iddîa etse da'vâsı mesmû' olur" hükmünde, görülür ki, gene örnekseme yolu ile "tenaküz"[182] yani çelişki giderilmelidir.

Bu belirsizlik ve çelişkilerin giderimi ise, yargılama faaliyetinin bir parçası olarak düzenlenmektedir ve bu da kadının görevi olarak 1800. maddesinde belirtilmektedir[183]. Bu yargılamanın da kendisini yetkilendiren sultan yani monark adına kullanıldığı ifade edilmektedir[184]. Ayrıca, "istişare" yani müzakere de hâkime gerçeği tespit edebilmek için Osmanlı hukukçuları tarafından önerilmektedir[185]. Burada, taraflarla görüşmenin yanı sıra, 1811. maddesi gereğince bilirkişi başta olmak üzere başkalarından da karar verirken yardım alabileceğini düzenlemektedir. Burada, tarafları istisna tutmamıştır ki, yasa koyucunun burada temel amacının gerçeği aramak olduğunu belirtmek mümkündür.

Mecelle'de, hâkime yani kadıya yönelik olarak algısının sağlığı yönünden de öneriler vardır. Davayı algılarken öyle bir psikolojik konumda olmalıdır ki, doğru algılasın, dava önce zihninde aydınlansın, böylece de doğru kararı verebilsin. Bu konumu, Mecelle, 1812. maddesinde düzenlemektedir. "*Hâkimin zihni; üzüntü, sıkıntı, açlık ve uyku basması gibi*

[182] T.C. Adalet Bakanlığı'nın Hukuk Sözlüğü'nde, "çelişme, çelişki,tutmazlık" olarak çevrilmiştir. www. sozluk.adalet.gov.tr/Deyn, erişim tarihi :1.8.2019

[183] *"Hâkim, tarafı sultanîden icrâ-yı muhâkemeye ve hükme vekildir."*, Sancak/Kıyak, s. 97

[184] Sancak/Kıyak, s. 62, *"Hâkim, yönetim tarafından yargılamayı yürütmeye ve hüküm vermeye vekildir*."

[185] *"Kadı, istişareye mâil bulunmalıdır. Yani: Hakikatın tecellisini gaye ittihaz eden bir hâkim, bir hâdisenin hükmü hakkında tereddüd ederse bu hususda ehl-i ilm ile istişare etmelidir. Çünkü bu kendisine yardım eder, kendisini sevaba kavuşdurur"* , Bilmen, Ömer Nasuhi: *Hukuki İslâmiyye Ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C: 8, İstanbul 2010, s. 206

sağlıklı düşünmeye engel olabilecek bir durum sebebiyle karışık ise hüküm vermeye girişmemelidir."[186]

3. Değerlendirme

Osmanlı Hukuku'nu genel olarak incelediğimizde, HMK 31. maddesi ya da CPCN ya da dZPO gibi doğrudan hâkimin davadaki etkinliğini özellikle de aydınlatma ödevini yükleyen normatif bir düzenleme ile karşılaşmamışsak, da yukarıda incelenen normlardan hâkimin yani kadının bir davadaki belirsizlik ve çelişkilere dikkat etmesi gerektiğini, davanın incelenebilmesi için belirsizlik ve çelişkiden arındırılmış olmasının şart olduğunu, bu konuda taraflara açıklama görevi düşmüşse de, buna işaret edecek olan kişinin yani yargılamayı sevk ve idare etme yetkisine dayalı olarak hâkim yani kadı olduğunu ifade etmek kanımızca olanaklıdır.

III- Cumhuriyet Döneminde

1.Giriş

Cumhuriyet döneminde ise, Hukuk Devriminin bir getirisi ile kodifikasyon atılımı yapılmış, devrimin sürecine uygun olarak çağdaşlaşma sürecinde, Batı yasaları, Türk toplumunun yapısına uygun duruma getirecek değişikliklerle alınmış, çevrilmiş ve değerlendirmeler sonucunda yasalaştırılmıştır. Bu doğrultuda, İsviçre'den Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu iktibas edilirken, bu yasaların Türk toplumunun yapısına uygunluğu sağlanarak alınmış, İsviçre toplumsal yapısının benzerliği de bu iktibasta önem verilen bir

[186] Sancak/Kıyak, s. 71, ayrıca maddenin özgün hali *: "Hâkim, ğam ve ğussa ve açlık ve ğalebe-i nevm gibi sıhhat-ı tefekküre mani olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş olduğu halde hükme tesaddî etmemelidir."* bkz. Sancak/Kıyak, s. 99. Bir de Mecelle'de, hâkimin nitelikleri düzenlenmiştir. Bunlar, 1792. maddesinde, *"Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm ve emîn, mekîn, metîn olmalıdır."*şeklinde düzenlenmiş olup, bkz. Sancak/ Kıyak, s.96, günümüz Türkçesi ile "*Hâkim; bilge, iyi kavrayışlı, doğru ve güvenilir, kararlı, itibar edilir olmalıdır."* olarak çevrilmiştir, Sancak/Kıyak, s. 55, bu niteliklere 14.3.2019 tarihli 30714 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kararı olarak yayınlanan Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin girişinde de işaret edilerek Cumhuriyet hâkimlerinin niteliği olarak kabul edilmiştir.

unsur olmuştur. Yukarıda konu hakkındaki incelemelerimizde İsviçre Hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gelişimi ve düzenlenişi de sunulmuştu.

Bu başlık altında ise, HUMK'da hâkimin davayı aydınlatma ödevinin düzenlenişini, sonrasında medenî yargılama yasa tasarılarındaki düzenlenişini ve son olarak yürürlükteki HMK'da düzenlenişi ve gerekçelerini inceleyeceğiz.

2. HUMK Dönemi

Cumhuriyet dönemi Türk Medenî Yargılama Hukuku'nda, 1927 yılında, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Türk Medenî Yargılama Hukuku'nun ana kaynağı olarak kabul edilmiştir. Bu yasa ise, özgün olmayıp, kaynağını İsviçre'nin Neuchatel Kantonu'nun 1925 tarihli medenî usûl kanunu ile oluşturmaktadır. Bazı hükümleri Alman Hukuku ve Fransız Hukuku'ndan iktibas edilmiştir[187], İsviçre'de daha sonra 1925 tarihli kaynak yasa yürürlükten kaldırılmış, onun yerine 1991 tarihinde yeni Neuchatel Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmiştir. Daha sonra ise İsviçre Federal Medenî Usûl Yasası yürürlüğe girmiştir. Yukarıda da incelenen bu konunun HUMK ile bağlantısı da kurulmuş olup, aşağıda HUMK 75. Maddesindeki düzenleme sunulmaktadır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, HUMK 75/2. ve 3. fıkralarında bu şekilde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre :

"(1) 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.(2)Ancak müphem ve mütenakız gördüğü iddia veya sebepler hakkında izahat istiyebilir.(3)Hâkim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir."

[187] Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Bası, C I, 2001 İstanbul, s. 45

HUMK 75. maddesinin ilk fıkrasındaki düzenleme, taraflarca getirilme ilkesinin, ikinci ve üçüncü fıkradaki düzenlemeler ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin düzenlendiği normlardır. Madde başlığı yer almaksızın düzenlenmiş olan bir hükümdür. Maddenin düzenlendiği bölüm, iki tarafın hak ve ödevlerini içeren kısımda yer almaktadır. Madde içeriğinde, 1925 yılındaki CPCN iktibasının sonucu olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkime verilen bir yetki gibi algılanacak şekilde yazılmıştır. Ancak uygulamada ve öğretide ödev olarak kabul edilmiş ve uygulanması da bu yönde olmuştur[188]. Madde düzenlemesinde, ilk fıkrasındaki taraflarca getirilme ilkesinin istisnası olarak algılanacak şekilde ikinci fıkrası "ancak" sözcüğü ile başlamışsa da, aşağıda detaylı olarak inceleneceği gibi hâkimin davayı aydınlatma ödevi bu ilkenin bir istinası değil, tamamlayıcısı konumundadır[189].

İlkesel olarak sadece HUMK 75/2-3. maddede düzenlenmiş gibi görünse de, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, HUMK içerisindeki yansıma normlarının da varlığı, kanımızca birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle tahkikat aşamasındaki bu normlar, HUMK 75. maddesinin ışığında düzenlendiğini düşündürmektedir. Örneğin 213. maddesi[190], tarafların davanın her aşamasında çağrılıp dinlenmelerini düzenlerken, HUMK 75/2. maddesinin tahkikat aşamasındaki uygulanışını düzenlemişti. Hemen devamında, 214. maddesinde[191] dilekçeler aşamasından sonra, davanın karar vermek için yeterince "tavazzuh" ettiğini yani açıklık kazandığını, aydınlandığını[192] anlarsa tahkikatı bitirecek, aksi takdirde iki tarafı

---

[188] Alangoya H. Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usûl Hukuku Esasları, 7.Baskı, İstanbul 2009, s.312

[189] Tanrıver-Usûl, s.356 vd

[190] *"Madde 213 – (Değişik: 26/2/1985 - 3156/10 md.) Davanın her aşamasında tahkikat hâkimi iki tarafı veya vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilir ve sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulha da teşvik edebilir."*

[191] *Madde 214 – İki taraf arasında layihalar teati edildikten veya bunun için muayyen günler geçtikten sonra davanın muhakeme ve hüküm için kafi derecede tavazzuh ettiğini tahkikat hâkimi anlarsa tahkikatın bittiğini kendilerine bildirir. Aksi halde tahkikat hâkimi iki tarafı davet ve noksan gördüğü cihetleri istizah eder."*

[192] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr/, erişim tarihi 01.08.2019

çağıracak ve eksik gördüğü "cihetleri[193]", "istizah[194]" edecektir. Bu durumda eksik gördüğü konular hakkında açıklama, bilgi istemesi de gene tahkikatta HUMK 75/2. maddesinin bir görünümü olarak kabul edilebilecektir. Bunun bir diğer uygulaması olarak da devamında 216. maddesinde tarafların uyuştukları ve uyuşamadıkları konuları ayırmak için de onları çağırıp "isticvap" edeceğini yani dinleyeceğini de yasa koyucu düzenlemiştir[195]. Bu anlamda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tam olarak yerine gelmesi, davada tahkikatın sona erdirilmesi ve karar verilebilmesi için de temel bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır ki, 217. Maddesi düzenlemesinden bunu anlamak olanaklıdır. Dava aydınlanmadığında, tahkikat sona erdirilemeyecek ve karar da verilemeyecektir[196]. 217. maddesinin ikinci fıkrası, dikkat edilirse 75. maddenin üçüncü fıkrasının da tahkikatta uygulanışının bir görünümü olarak değerlendirilebileceği gibi, davanın aydınlanmadığına kanaat getirirse işlevsellik için de delil sunulması için süre verilmesi benimsenmiştir. Yargıtay'ın HUMK 217/2. maddesi ile ilgili içtihatlarında özellikle yemin delilinin hatırlatılması ve kendiliğinden dikkate alınmasını gerekli gören bir çok kararı söz konusudur[197].

Yargılama sırasında, hesaplama yapılması gereken ya da kalemler olarak ayrı ayrı incelenmesi gereken konular olduğunda ise, HUMK 226. maddesi[198] uygulanacaktır. Bu uygulamada da, taraflardan bilgi ve açıklama istenmesi de aslında 75. maddedeki belirsizliğin giderimi ödevinin bir başka görünümü olarak kabul edilebilirdi.

---

[193] "*Yön, yan, taraf"* Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr/, erişim tarihi 01.08.2019

[194] "*Her hangi bir konuda açıklayıcı bilgi isteme, bir sorunun açıklanmasını isteme"*. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluk.gov.tr/, erişim tarihi 01.08.2019

[195] *"Madde 216 – Tahkikat hâkimi iki taraf veya vekillerini isticvap eder. İki tarafın mutabık kaldıkları cihetleri tesbit ve ihtilaflı olanları tefrik eyler."*

[196] *"Madde 217 – Yukarki maddelerde gösterilen muamelelerden sonra tahkikat hâkimi davanın muhakeme ve hüküm için kafi derecede tavazzuh eylediğine kani olursa tahkikatın bittiğini tefhim eder. Davanın ispatı için delil ikamesi lazım ise bunları tafsilen yekdiğerine tebliğ etmek üzere iki tarafa münasip bir mühlet verir."*

[197] HGK,31.1.1996 tarihli 95/982-7 E. sayılı kararı, 1. HD, 27.12.1999 tarihli, 1999/14018 E. 2019/14128 K. sayılı kararı, YKD 2000/4, s. 522 (naklen Alangoya/ Deren-Yıldırım/Yıldırım, s.320)

[198] *"Madde 226 – Hesap görülmesine veya kalem kalem tetkika muhtaç davalarda hâkim re'sen veyahut iki taraftan birinin talebiyle delillerin ikamesinden evvel ihzari muamele icrasını emredebilir. Tahkikat için tayin edilecek celsede iki taraf şifahen ve tafsilen beyan ettikleri hesap ve kalemler hakkında izahat verirler. Tahkikat hâkimi bu bapta iki tarafın mutabık kalmalarına çalışır. İşine göre yanına bir mütehassıs alabilir ve aldığı mütehassısı iki tarafa bildirir."*

3. Tasarılarda Yer Alışı

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, Medenî Yargılama Hukuku'ndaki gelişmeler ve çağın gereksinimleri ile Medenî Yargılama Yasası Tasarıları olan 1948 , 1955, SU Komisyonu tasarıları ile 1971 ve 1993 tarihli tasarılarında yerini almıştır. Bu tasarılardan sonra 2008 tarihinden itibaren hazırlanan HMK tasarısına da geçerek, 2011 yılında yasalaşmıştır. Aşağıda incelenecek olan tasarılarda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin izlediği yol ile 1086 sayılı HUMK 75/2 ve 3. fıkralarındaki yerinden HMK 31.maddesindeki günümüz şeklini alışı incelenecektir.

Aslında madde metni açısından baktığımızda, HUMK 75/2. maddesi, HMK 31. maddesine kadar her hangi bir değişiklik geçirmemiştir. Ancak medenî yargılama yasası tasarılarında, aşağıda inceleneceği gibi, çeşitli gerekçelerle madde metninde değişiklik yapılması düşünülmüş, değerlendirilmiştir. Türk Hukuku'nda ilkenin evrimi yönünden bu tasarıların incelenmesi bizce yararlı görülmüştür, tasarlar ve gerekçelerin incelemesinden sonra konu hakkında değerlendirmemiz sunulacaktır.

a.1948 Tarihli Tasarıda

1086 sayılı HUMK'da değişiklik yapılması düşüncesi ile oluşturulan ilk tasarı olan 1948 tarihli Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı[199], hâkimin davayı aydınlatma ödevini, Beşinci Fasıl içerisinde, İki Tarafın ve Yargıcın Hak ve Vazifeleri fasıl başlığı altında, 88. maddesinde düzenlerken, "(1)Yargıç, tarafların davaya müessir vakıalar hakkında tam surette beyanda bulunmaları, eksik, müphem veya münakız gördüğü iddialar hakkında tam ve açık surette izahat vermeleri ve delillerini bildirmeleri için kendilerine icap eden sualleri sorar. (2) Yargıç, resen nazara alınacak hususlar hakkında da taraflardan izahat ister"

[199] Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı(1/311), 20.02.1948, Dönem VIII, Toplantı:2 No:2030, T.C. Başbakanlık Muamelat Umum Müdürlüğü, sayı:71-980 (nakleden Özer, Tülay: HUMK'tan HMK'ya Medenî Usûl Kanunu Tasarıları, İstanbul 2012, s. 32 vd.)

şeklinde ödevi formüle etmiştir. Gerekçesi incelendiğinde ise, gerekçesinde[200], " Kanundaki 75 inci maddenin 2 nci fıkrasına göre yargıcın iddia ve müdafalardaki eksik noktalar hakkında sual sorma yetkisi tanınmışsa da Yargıtay içtihatları haklı ve yerinde olarak, bu yetkiyi bir ödev haline getirmiş olmalarından ve yargıçlar memleketimizde tarafların kültür seviyeleri icabı hemen hemen daima eksik olan iddia ve müdafaaları üzerinde durmak ve bunları açıklatmak zaruretini hissetmekte bulunduklarından bu yetkinin Batı kanunlarında olduğu gibi aynı zamanda bir ödev haline getirilmesi uygun bulunmuş, 88 nci madde bu ödevi ve şümulünü belirtecek şekilde yazılmıştır" diyerek tasarıdaki düzenlemeyi temellendirmektedir.

HUMK 75/2.maddesi ile 1948 tasarısı 88. maddesi karşılaştırıldığında, maddeler arasındaki en temel farkın, 75/2. maddesinin metninin bir yetki, takdiri alan açtığını düşündürmesine karşın, tasarının açıkça hâkimi görevlendiren bir ifade ile yönlendirdiği görülmektedir ki, tasarı gerekçesi de bunu ifade etmektedir. Tarafları, özellikle kültürel yönden meydana gelmiş "iddia ve savunma gücü" yönünden eşitsizliği dengeledikten sonra, hâkim, zayıf olan lehine karar verme çabasına girmesi gene beklenmemekte, zayıf olan tarafın hukuksal danışmanı[201] rolüne girmeden sadece iradesini, somut olayı, tarafın anladığı, algıladığı şekilde ve tutarlı olarak sunması için yönlendirmekte, dava dosyasında "nesnel anlaşılabilirlik" sağlanmaya çalışılmakta, bu yapılırken de toplumsal eşitsizliklerin adaletin tecellesine engel olmaması amaçlanmaktadır.

b.1952 Tarihli Tasarıda

1952 tarihli, Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı[202], hâkimin davayı aydınlatma ödevini, Beşinci Bölüm'de, bölüm başlığı olarak İki Tarafın, Mahkeme ve

[200] Özer, s. 103
[201] Hanağası, Silahların Eşitliği, s.292
[202] Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı(1/310), 08.01.1952, T.C. Başbakanlık Muamelat Umum Müdürlüğü, sayı:71-1839/6/95 (nakleden Özer, s. 148 vd.)

Yargıcın Hak ve Vazifeleri başlığı altında gene 88. Maddesinde düzenlemiştir. Bir önceki tasarıdan farklı olarak sadece ilk fıkrasında, "mahkeme veya yargıç" diyerek madde cümlesine başlamış olup[203], girişte yargıç yerine mahkeme veya yargıç şeklindeki belirtme dışında bir farklılık bulunmamaktadır. Gerekçede ise, 1948 tarihli tasarıdaki 88. Maddenin gerekçesi ile sözcük farkı olmaksızın aynı ifadeler kullanılmıştır. Burada mahkeme ifadesinin, "veya" diyerek yargıç ile alternatifli kullanılmasının nedeni anlaşılamasa da, birden fazla hâkimli mahkemelerin tüm hâkimlerinin kapsam içine alınmak istendiği düşünülebilir.

c. 1955 Tarihli Tasarıda

1955 tarihli Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Layihası 1955 Tasarısı Hükümetin Teklifi[204] hâkimin davayı aydınlatma ödevini, Beşinci Fasıl'da, fasıl başlığı olarak İki Tarafın, Mahkemenin ve Hâkimin Hak ve Vazifeleri başlığı altında 89. maddesinde düzenlemiştir. Bir önceki tasarıdan farklı olarak sadece Türkçe yargıç sözcüğü yerine Arapça hâkim sözcüğünü metinde kullandığı görülmüştür. Anayasa ile resmi dil olarak benimsenen Türkçe yerine neden Arapçasının seçildiği anlaşılmamıştır. Gerekçede ise, 1948 ve 1955 tarihli tasarıdaki 88. maddenin gerekçesi ile yargıç sözcüğü yerine hâkim sözcüğü kullanılması ve Yargıtay sözcüğü yerine Temyiz sözcüğü kullanılması dışında başka bir sözcük farkı olmaksızın aynı ifadeler kullanılmıştır[205].

ç.1959 Tarihli Tasarıda

1959 tarihli Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu Tasarısı (Su Komisyonu Tasarısı)[206] hâkimin davayı aydınlatma ödevini, Beşinci Fasıl'da, fasıl başlığı olarak İki Tarafın ve

[203] Özer, s. 155
[204] Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Layihası (1/202), 24.02.1955, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, sayı:71/45,535 (nakleden Özer, s. 267 vd.)
[205] Özer, s. 340
[206] Hukukta Muhakeme Usûlü Kanunu Layihasının Su Komisyonu Tarafından Hazırlanan Esbabı Mucibeli Metni (1/80), 1959, Dönem XI, No:137(nakleden Özer, s. 379 vd.), "Su" ifadesinin, Fransızca "alt" anlamında

Hâkimin Hak ve Vazifeleri başlığı altında 89. maddesinde düzenlemiştir. İlk fıkrasında, önceki tasarıdaki mahkeme ifadesi kaldırılmış, sadece hâkim sözcüğü kullanılmıştır. Bir diğer değişiklik ise, son fıkranın diğer tasarılardan farklı olarak, "Hâkim resen nazara alınacak hukuki sebep ve dava şartları hakkında hazır bulunan taraflardan izahat almadıkça karar veremez." içeriğindeki son fıkranın getirilmiş olmasıdır. Gerekçe incelendiğinde ise, "İkinci fıkradaki hükmün müeyyidesi beyan edilmek suretiyle maddeye vuzuh verilmiştir" şeklinde bir açıklamada bulunulmuştur[207]. Burada, önceki tasarılarda "resen nazara alınacak hususlar hakkında da taraflardan izahat ister" şeklinde belirtilen konuda yaptırım getirilmemiş olması eksiklik olarak görülmüş olmalıdır ki karar verilebilmesi için temel koşul olarak hukuki sebep konusunu da açıklama alınması gerekli olan bir konu olarak düzenlemiştir. Hâkimin hukuku kendiliğinden uygulayacağı dikkate alınırsa, "hukuki sebep" yönünde taraflar açıklama yapma yönünde kasten bir kaçınmada bulunmadığı sürece hâkimin bu yöndeki beyanları alması, dava şartlarına dair tarafların beyanlarını da karar verilmesi koşulu olarak dinlemesi ve dikkate alması gerekli olduğu tasarıya alınmıştır.

d.1971 Tarihli Tasarıda

1971 tarihli Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı[208] hâkimin davayı aydınlatma ödevini, Beşinci Bölüm'de, fasıl başlığı olarak Hâkimin Gözeteceği Genel Esaslar, İki Tarafın Hak ve Görevleri başlığı altında 86. maddesinde[209] düzenlemiştir. Madde düzenlenirken, başlık olarak "Taraflardan Bilgi İstenmesi" ifadesi kullanılmıştır. Madde metni, Türkçe kökenli sözcüklere daha fazla yer vererek, şu şekilde düzenlenmişti, " (1) Hâkim, tarafların davaya etki yapacak olaylar hakkında tam olarak beyanda bulunmaları, eksik, belirsiz veya zıt gördüğü iddialar hakkında tam ve açık şekilde bilgi vermeleri ve delillerini bildirmeleri için

---

ve "sous" sözcüğünün okunuşu olduğu Yılmaz tarafından ifade edilmiştir, Yılmaz, Islah, s.121, dn.395; Karaaslan, s.15, dn. 35

[207] Özer, s.441

[208] Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Layihası (1/474), 28.04.1971, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Dairesi, sayı:71/494,5460 (nakleden Özer, s. 551 vd.)

[209] Özer, s.561

kendilerine gereken soruları sorar. (2) Hâkim, kendiliğinden göz önünde tutacağı hususlar hakkında da taraflardan bilgi ister".

Madde gerekçesi de, önceki tasarılardan kısmen farklıdır: " Seksenaltıncı madde, 1086 sayılı kanunun 75 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları hükmünü daha belirli ve günün ihtiyacına uygun hale getirmektedir. Uygulamada hâkimlerimiz, çoğu zaman tarafların eksik ve belirsiz olan iddia ve savunmaları üzerinde durmak, bunları açıklatmak zorunluluğunu duymakta olduklarından, bu yetkinin bazı Batı ülkeleri kanunlarında olduğu gibi, aynı zamanda bir ödev haline getirilmesi uygun bulunmuş, 86 ıncı madde bu ödevi ve sınırını belirtecek şekilde düzenlemiştir. İddia ve savunmaların anlaşılır hale getirilmesi, şüphesiz anlaşmazlıkların daha çabuk ve gerçeğe daha uygun şekilde çözümlenmesini sağlayacaktır[210]." Gerekçe incelendiğinde, tarafların kendilerini ifade edebilme yetisi yönünden meydnaa gelebilecek bir eşitsizlik karşısında, tarafların beyanlarındaki anlaşılırlığı dengeleme düşüncesinin temel olarak gözetilmediğini, uygulamanın bir getirisi ve Batı yasalarının da bu şekilde bir gelişim göstermesi üzerine bu gelişimin izlenmesinin istendiği, ayrıca, usûl ekonomisi ilkesinin ve de maddi gerçeğe ulaşma amacının hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amaçlarından olarak düşünüldüğü değerlendirilmiştir.

e.1993 Tarihli Tasarıda

1993 tarihli Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı[211] ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevini, Beşinci Kısım'da, kısım başlığı olarak Hâkimin Gözeteceği Genel Esaslar, İki Tarafın Hak ve Görevleri başlığı altında 70. maddesinde[212] düzenlemiştir. Madde düzenlenirken, başlık olarak "Taraflardan Bilgi İstenmesi" ifadesi kullanılmıştır. 1971 tarihli

[210] Özer, s. 639
[211] Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı (1/654), 2.12.1993, Dönem 19, No:610, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü sayı:101/607/06343, (nakleden Özer, s. 700 vd.)
[212] Özer, s.707

tasarıdan farklı olarak, ilk fıkrası HUMK 75/1. fıkrasına daha çok yaklaşmakta, "Kanunun belirlediği ayrık durumlar dışında hâkim tarafların söylemedikleri veya iddia etmediklerini kendiliğinden göz önüne alamaz ve onları anımsatabilecek davranışlarda bulunamaz" derken, HUMK 75/1. fıkrasının Türkçe sözcüklerin daha çok kullanıldığı bir metne dönüşmüştür. Madde gerekçesi ise, gerekçeler kısmında 66-77 arasında tek bir gerekçe içinde yer almaktadır. Bu gerekçede ise hâkimin davayı aydınlatma ödevine dair bir ifade yer almamıştır. Bu anlamda, HUMK 75. maddesi ile tasarının 70. maddesi benzerlik içerirken temel fark HUMK 75. madde sözünün hâkime takdiri bir alan bırakan, yetki veren fakat zorlamayan bir ifade içermesi, keyfiliğe neden olabilecek bir madde düzenlemesine sahip olması iken, hem 1993 tasarısı hem de diğer tasarılarda açıkça ödevlendiren bir yaklaşımın benimsenmesi dikkat çekicidir.

4. HMK'da Düzenlenişi

Yürürlükte olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, tam başlığı ve içeriği ile yargılamaya egemen ilkeler içinde, bir genel hüküm olarak 31. maddesinde düzenlemesi yapılmıştır:

"***Hâkimin davayı aydınlatma ödevi***

MADDE 31- *(1) Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir."*

Madde gerekçesinde*, "Madde 36- Hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılması bakımından neler yapabileceğinin hüküm altına alındığı bu madde, 1086 sayılı Kanunun 75 inci*

maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını karşılamaktadır. 75 inci maddede, "iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere" şeklinde ifade edilen husus "uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda" ibaresi kullanılarak ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, hâkimin ancak bu hâllerde, taraflardan açıklama isteme, soru sorma ve delil göstermelerini isteme yetkisi vardır.

Maddede, hâkimin maddî anlamda davayı sevk yetkisi düzenlenmektedir. Mukayeseli hukuktaki gelişim sonucu, günümüzde, bununla hâkimin taraflara sorular sorma, işaret ve müzakere etme ödevi anlaşılmaktadır. 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."

Tasarı TBMM Genel Kurulu'nda tartışılırken, madde sıralamalarındaki değişiklik nedeniyle 36. Maddesi, yasalaşma sırasında 31. madde olarak sırasını bulmuş ve kabul edilmiştir. Madde başlığının ödev sözcüğünü içerirken, maddi sözündeki yetkiyi anımsatan "yaptırabilir", "sorabilir","isteyebilir" sözcüklerinin kullanılması, gerekçede yeniden ödeve işaret edilmesi kanımızca algı karışıklığı, uygulamada da tutarsızlık yaratabilecek belirsizlikler içindedir. Belirsizlik ve çelişkilerin giderilmek istendiği bir normda yasa koyucunun yarattığı belirsizlik ve çelişki de kanımızca isabetsiz olmuştur.

Çalışmamızda, hem HMK 31. maddesi hem de yargılamaya egemen bir ilke olan bu maddenin etkisi altında bulunan diğer hükümler de ayrıntısı ile incelenecektir. Özellikle tahkikat aşamasında tarafların dinlenmesi ve sebeplerinde, dilekçeler üzerinde, deliller üzerinde hâkimin belirsiz ve çelişkili olarak gördüğü konular hakkındaki etkinliği, sınırları çalışma konumuz içinde olup, tarihçeyi incelediğimiz bu başlık altında, HMK'daki madde metnini sunmakla yetinmiş bulunuyoruz.

§3. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN ANAYASAL TEMELİ VE İLKENİN ADİL YARGILANMA HAKKI İLE SOSYAL DEVLET İLKESİ KAPSAMINDA DURUMU

A- ANAYASAL TEMELİ

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin anayasal temellerini incelemek için, ödevin çıkış noktalarını HMK sistemi içindeki konumunu, hâkim-dava ilişkilerini ve hâkimin görev ve sorumluluklarının anayasal temellerini ve tüm bu konuları da kapsar şekilde ilkenin amacı ile medenî yargılama hukukunun amaçlarını birlikte değerlendirmek gereklidir.

Medenî yargılama hukukunun amaçları ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ilişkisini incelerken, medenî yargılama hukukunun amacının adil yargılanmanın gerçekleşmesi olduğuna dair kanımızı sunmuştuk. Bu kapsamda adil yargılanma hakkı, AİHS 6. maddesinden kaynağını alan temel bir insan hakkıdır[213]. Bu hakkın Türk hukukundaki düzenleme biçimlerini, anayasal temelini aşağıda ayrıntısı ile adil yargılanma hakkı içerisinde sunmaktayız.

B-ADİL YARGILANMA HAKKI

1. Genel Olarak

"Adil Yargılanma" kavramı, temelde Fransız Hukuku'ndaki "proces de loi"den gelen "due process of law" kurumundan kaynaklanmaktadır ve İngiliz Hukuku'na 1354 yılında, 1215 tarihli Magna Carta'dan gelmiştir. ABD Anayasası'na 5 ve 14. ek maddelerle dahil olan kavram, İngiliz Hukuku'nda da sonraki dönemlerde "natural justice" ve "fair trial" kavramlarıyla isimlendirilmiş ve geliştirilmiştir[214].

[213] Ayrıntılı bilgi için bkz. Aktepe Artık, Sezin: Medenî Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014
[214] Ulutaş, Tevfik Barbaros: Adil Yargılanma ve Yargılamada Silahların Eşitliği Problemi, Ankara 200, s.5

Adil yargılanma hakkı, günümüz hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hak temel bir insan hakkıdır. Türkiye Cumhuriyeti de dahil olmak üzere on iki ülke tarafından 4.11.1950 tarihinde, Avrupa Konseyi ülkeleri tarafından İtalya'nın başkenti Roma'da imzalanmıştır. Ancak Türk Hukukunda Anayasa'ya girişi, 36. maddesine, 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı kanunun 14.maddesiyle, 36. maddenin ilk fıkrasına "savunma" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile adil yargılanma" ibaresi eklenmesi ile gerçekleşmiştir[215].

AİHS 6. madde çevirisini incelediğimizde, "*1. Herkes davasının, medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

[215] *"A. Hak arama hürriyeti*
Madde 36 – Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.
Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." 2/803 sayılı Anaysa Komisyonu raporuna göre madde gerekçesi, "*Madde 14. – Bu değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı metne dahil edilmektedir."* (https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm, erişim tarihi 1.8.2019) olarak yasa koyucu tarafından ifade edilmiştir. Uluslararası anlaşmalara atıfta bulunmakta olup, bu doğrultuda adil yargılanma hakkının içeriği yönünden değerlendirilince AİHS 6. maddesindeki kurumsal kökeni anlaşılmalıdır.

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak[216]*."*normunu düzenlediğini görmekteyiz.

---

[216] Çeviri metin için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi internet adresi olan bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, erişim tarihi 5.7.2019, aynı kaynaktaki özgün metin : "*Right to a fair trial*

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

AİHS 6.maddesi hem ceza yargılaması hem de hukuk yargılamasına dair davalarda uygulama alanı bulan bir maddedir. Öğretide yaygın görüş, adil yargılanma hakkının yargılama için gerekli tüm usûl düzenlemelerini kapsadığı yönündedir[217]. Bu doğrultuda, bağımsız, tarafsız bir mahkeme ve aleniyet ilkelerinin varlığı ile tarafların tüm dosya içeriğinden bilgi sahibi olması esasları kabul edilmiştir[218].

AİHS 6. Maddesi açıklama hakkının yani hukuki dinlenilme hakkının AİHS'e taraf olan ülkelerdeki yasal düzenlemeleri uygulamaları ve uygulamalarının taraf devletlere düştüğü kabul edilmiş, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da kararlarında tek tek ülkelerin usûl hukuku düzenlemelerinin dikkate alınmasını benimsemiştir[219]. Bu durumda, AİHS'e taraf olan tüm ülkelerde tek bir tipte adil yargılanma hakkı ölçütüne sıcak bakılmamıştır. Bu doğrultuda, belki konulmuş olan temel ölçütlerinden birinin hukuki dinlenilme hakkı dahilinde bir açıklama hakkının bağımsız bir norm olarak yer alması gereğidir[220]. Tarafların hukuki dinlenilme haklarının kullandırılıp kullandırılmadığının denetiminde ise, kararın gerekçesinde tartışılması, bir veri olarak kabul edilebilir. Taraf gerekçelerinin, karar gerekçesinde yer almasıyla, hâkimin taraf açıklamalarını dikkate alıp almadığı belli olacaktır[221].

Adil yargılanma hakkının, özel hukuk kökenli uyuşmazlıklara uygulanabilmesi için, sözleşme tarafı ülkelerce tanınmış hak olması ve bu hakkın ihlal edilmişliği ileri sürülmelidir. Adil yargılanma hakkının unsurları öğretide şu şekilde belirtilmiştir[222]:

a) Yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede davanın görülmesi

---

[217] Dörr,Dieter: Fairas Verfahren- Gewährleistung im Grudgesetz der Bundesrepublik Deutschland-Kehl am Rhain, Strassburg 1984, s.73; Heskel,Wolfram: Das Rechtauf Entscheidung in angemessener Frist und den Amspruch auf rechtliches Gehör- Art 6. Abs.1,Satz. 1, EMRK und das deutsche zivilgeichtliche Verfahren, in: Verfahrengaratien im nationalen und internationalen Prozessrecht: Festschrift für Franz Matscher zum 65. Geburstag, hrsg. von Oskar Ballon und Johan Hagen, Wien 1993, s.190; Ott, Michael: Verfassungrecht und zivilrichterliche, Aufklärungspflichten, Regensburg 2004, s.63

[218] Ott, s. 65

[219] 7.2.1968 tarihli 3147/67 sayılı kararı, Ott,s. 66

[220] AİHM'in 19.12.1989 tarihli Komasinski kararı, Ott, s.66

[221] Ott, s. 66

[222] Demircioğlu, s. 51

b) Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı

c) Makul süre içerisinde yargılanma hakkı

d) Aleni surette yargılanma hakkı

Yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının temel niteliği hâkimlerden kurulmuş olması ve mahkemenin de kanunla kurulmuş olmasıdır. Herkes, yargılama usûlü, yetki ve görevi önceden belirlenmiş olan bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkına sahiptir. Karar veren mahkemenin kararlarının tarafları bağlayıcı ve cebri icraya uygun bir sistemin var olması gerekir[223].

Adil yargılanma hakkının bir diğer unsuru, hakkaniyete uygun yargılanmadır. Öğretide, bu konu adil yargılanmanın ana unsuru olarak kabul edilmiştir[224]. Silahların eşitliği ilkesi, hakkaniyete uygun yargılamanın da temel unsurudur; ki bu unsurun paralelinde davanın taraflarının hak ve yükümlülüklerde eşitliğinin de sağlanması gereklidir. Hakkaniyete uygun yargılamanın hukuki dinlenilme hakkı ile aynı hukuki temel olan adil yargılanma hakkından gelen eş değerde ve önemde konumu bulunmaktadır[225].

Adil yargılanma hakkının bir başka unsuru da makul sürede yargılanma hakkıdır. Bu hakkın varlık sebebi, bir uyuşmazlığa taraf olanların yargılama işlemlerinin aksaklık içinde bulunmasını önlemek, tarafların uyuşmazlık sebebi olan haklarına ulaşmasını bir an önce temin etmek ve tarafların yargılama ve dava baskısından kurtulmalarını sağlamak olarak ifade edilmiştir. Bu kapsamda, dava konusunun niteliği yargılama sırasında uyuşmazlığın taraflarının tutumu ve mahkemelerin davranışlarının makul sürede yargılamaya etkili olup olmadığı, temel ölçütler olarak belirtilmiştir[226]. Makul sürenin tespitinde, süre başlangıcı anı,

[223] Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, Y.2004, S.33,s.194; Pekcanıtez: Hakan, Medenî Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, s.40; İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2008, s.159
[224] Tanrıver, Adil Yargılanma, s. 204
[225] Özekes, s. 57
[226] Demircioğlu, s. 53

taraflar arası uyuşmazlığın yargı makamları önünde görüldüğü tarih olarak kabul edilmektedir. Sonuçlanması ise uyuşmazlığın kesin hükümle sonuçlanma tarihidir[227].

Adil yargılanma hakkı ile usûl ekonomisi ilkelerinin kapsamında yer alan makul sürede yargılanma hakkı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasında doğrudan bir ilişki olduğu kanısındayız. Yargılama sırasında, hâkim, belirsiz ve çelişkili bir taraf ifadesi veya belirsiz veya çelişkili bir delil karşısında hâkim, eğer aydınlatma ödevi ile görevlendirilmemiş, edilgen bir konumda bırakılmışsa, karar verebilmek için belirsizlik ve çelişkiden kurtulmak isteyecek, kanundaki diğer yetkilerine başvurmak zorunda kalacaktır.

Hâkim, henüz kanaat elde etmemiş olduğu bir dava dosyasında önce tüm delillerin sunulmasını bekleyecek, sunulunca da belirsizlik taraf ifadelerinde de yer alıyorsa, tarafsız bir değerlendirmeden yararlanmak isteyecek ve hatta HMK 266. maddesine bile belki muhalif olarak ikinci bir hukukçu bakışı aramak zorunda kalacak, yani hukukçu bilirkişi arayışına girecek, dava dosyasındaki dava malzemesi daha tam olarak yeterli derecede somutlaşmadan bilirkişi incelemesine gideceğinden, bilirkişi de aynı belirsizlikte yorum ve yol gösterme zayıflığına düşecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yoksunluğunda bu anılan zaafiyet sonucunda, hem gereksiz yargılama giderleri yapılacak hem de davanın karara bağlanması uzun bir zamana yayılacaktır. Yargılamada ortaya çıkabilecek bir risk de keyfilik riskidir ve bu da gerekçelendirilmemiş bir yorumun üzerinden verilmiş kararı ifade eder. Belirsizlik ve çelişki üzerine isabetli bir yorum yapılması beklenemeyeceğinden verilecek kararın da uyuşmazlığı ne derece gerçeğe uygun bir isabetle çözeceği tartışmalı olup, kanımızca beklenemeyecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, davada, hem taraflar hem de hâkim bakışında öncelikle uyuşmazlığı çözülmeye elverişli bir netliğe kavuşmasında etkin bir ilke olarak önem kazanmaktadır. Hâkimin soracağı sorular, çelişkiler üzerine tarafları taleplerinde belli ve

[227] Demircioğlu, s.53

tutarlı bir yönde olmaya uyarı ve sevki ile makul sürede yargılanma gerçekleştirilebilecektir. Bunun yanı sıra, davanın esasına ve uyuşmazlığın özüne dair delillerin toplanması, belirsizlikler içeren delillerdeki belirsizliklerin giderimi ile de kanun yolu aşamalarında hükmün isabetinin daha doğru değerlendirilebileceğinden yargılamanın olması gereken süresinden daha fazla uzaması önlenmiş olacaktır[228].

III. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi

1.Bağımsız Mahkemede Davanın Görülmesi

a.Genel Olarak

Uluslararası hukuk açısından Birleşmiş Milletlerin Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeleri ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararına göre yargı bağımsızlığı kavram olarak, hâkimin bir uyuşmazlığı çözerken, uyuşmazlık içindeki taraflar kadar uyuşmazlık dışı kalan unsurların etkilemesi ve müdahalesi olmaksızın ve etki altında kalmaksızın olayları hukuki açıdan değerlendirmesinin ve kanıtları takdir etmesini ve her türlü dış etkiden uzak olarak karara ulaşmasını sağlamak için hâkime hukuk düzeni tarafından yüklenen bir yükümlülük olarak yargı bağımsızlığı tanımlanmıştır[229].

Öğretideki bir tanımda ise yargı bağımsızlığı, belli bir davada karar verme durumunda olanların, önlerine gelen sorunlar hakkında, tarafsız bir şekilde, olaylara dayalı ve hukukî olarak devletin herhangi bir biriminin ya da başka bir yerin müdahalesi, baskısı, etkisi olmaksızın karar vermekte kendilerini hür hissetmeleri demektir[230].

---

[228] Meriç, Nedim: Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s.289; Karaaslan, , s.84

[229]İnceoğlu, Sibel: Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Hâkimin Davranış İlkeleri, İstanbul 2008, s. 16

[230]Duman, İlker Hasan: Uygulamalı ve Karşılaştırmalı Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 1985, s.262; Kırmaz, Birol : Avrupa Birliği Sürecinde Türk Anayasasında Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Konya 2008, s. 79

Yargının ve dolayısıyla hâkimlerin öncelikle kurumsal olarak yani Anayasal ilkeler ile bağımsızlığının kabul edilmesi gereklidir. Kurumsal bağımsızlık[231], öncelikle, devletin üç temel gücü yani erkinden bir güç olan yargının, devletin diğer güçleri yürütme ve yasama karşısında bağımsız olması ve diğer güçlerin buna saygı göstermesi ve uyması demektir. Bu nedenle, yargı bağımsızlığına uymak diğer güçler ve kurumlar için bir anayasal görevdir. Türk Hukukunda yargı bağımsızlığı konusu anayasal güvenceye alınmıştır. Anayasa'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi bağımsız ve tarafsız mahkemeler eliyle kullanılmaktadır. Ayrıca bu bağımsızlık gene Anayasa kapsamında da somutlaştırılmıştır. Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler, Anayasa'ya, kanuna ve vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerdir. Bu kapsamda kararlarında mevzuat dışında sadece bireysel gözlem ve bireysel iç denetim yaptırımları ve değerlendirme esasları üzerine yargılama yapmaları gerektiği sonucuna varılabilmektedir. Aynı hükme göre, hâkimler yasama ve yürütme organlarından da bağımsızdır. Bu bağımsızlık hiçbir organdan, makam, mercii ve kişiden emir ve talimat alamama şeklinde gerçekleşmektedir.

Anayasa'nın 138. maddesine göre ise, yasama organının sınırı görülmekte olan bir davaya ilişkindir. Yasama- yargı ilişkisinde yasama organının yargılamaya ilişkin genel veya özel kanun niteliğinde düzenleme yapmasına ise anayasal boyutta bir engel bulunmamaktadır. Çalışma konumuz açısından bakıldığında ise, görülmekte olan bir davada yasama organında bir milletvekilinin de dava dilekçesinde bir belirsizlik, delillerde bir çelişki bulunduğunda soru önergesi veremeyeceğini, konu hakkında soru sormanın yanı sıra, meclis kürsüsünden konu hakkında görüş bildiremeyeceğinin düzenlendiğini görmekteyiz. Bu halde, bir dava dilekçesinde davaya konu hukuki ilişkiye dair örneğin bir edimin ifa edilip edilmemesi konusunda belirsizlik varken, olaylarda ya da talep sonucu hakkında anlaşılmazlık söz konusu iken, bu davada hâkim tarafından konu hakkında tartışma ve değerlendirme aşamasında

[231]Başaran, Başar: Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2007, s. 93

örneğin bir milletvekili, mecliste konuşması sırasında açıkça dava hakkında işaret etmesi, davayı açıkça belirterek olumlu ya da olumsuz beyanlarda bulunması anayasa kapsamında yasaklanmıştır. Bu halde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin doğrudan yargı yetkisi içinde olduğunu, bu yetkinin de içindeki ödevin yargısal bir işlem olduğunu göstermektedir. Bir davadaki belirsizlik söz konusu iken haricen bir bakanlığın bu belirsizliği fark etmesi üzerine mahkemeye bu belirsizliğin giderimine dair bildirimde bulunamayacağı sonucuna varabiliriz.

Hâkimlerin bağımsızlığından anlaşılması gerekenin hâkimlerin yargılama sırasında dış etkenlerden uzak kalmaları olduğu ifade edilmiştir[232]. Bu etkenler sadece yargı organı dışındaki erklerden yani yürütme ve yasamadan değil aynı zamanda hâkimin sosyal çevresi, tarafların bu çevreye etkileri gibi etkenlerden de hâkimin yargılama faaliyetinde bağımsız kalması gerekmektedir. Konu ile ilgili olarak bağımsızlığın ilk ve temel boyutunun kurumsal ve kavramsal olarak yargının yasama ve yürütme erklerinden bağımsız olması gerektiği belirtilmekle birlikte bunun yeterli olmadığı ileri sürülmüş, bireysel olarak hâkimlerin bağımsızlığının sağlanması ve hâkimlerin meslektaşlarına karşı bağımsızlıklarının sağlanması gereğine işaret edilmiştir[233].

Hâkimlerin yargı organları içerisindeki bağımsızlıklarının sağlanması şart olmakla beraber, bu konuda ayrıksı durumlar da söz konusudur, zira kesin hüküm etkisi ilk istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan bir davada verilen kesinleşmiş bir karar, diğer mahkemeleri de bağlayacak ve o kararın içeriği artık gerçek olarak kabul edilecektir. Bir başka açıdan da, her ne kadar emsal Yargıtay içtihatları ile mahkemeler bağlı olmasa da, içtihadı birleştirme kararları Yargıtay Kanunu 45/5. maddesi gereğince benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacaktır.

[232] Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 108
[233] İnceoğlu, s.18

Bir diğer açıdan bağımsızlık, hâkimin sadece hukuk kuralları ile bağlı olması olarak ifade edilmiştir. Bu anlamda, hâkim, gördüğü davada, diğer mahkemelerce verilen, ön sorunlar hakkında verdikleri kararlarla da bağlı olmadığı anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda, anayasadan da gelen bir norm üzere, hâkimler hukuk kuralları çerçevesinde kendi yorumu ve vicdanına göre karar verecektir, üst mahkemelerin kararları da aynı dava kapsamında verilmiş bir karar değilse gene bağlayıcı olmayacaktır[234].

Hâkimin objektif bağımsızlığının yanı sıra sübjektif açıdan da bağımsız olması gereklidir. Bu kapsamda hâkimin iç bağımsızlığını sağlaması yani kendisini bağımsız kılabilme özelliğine ve yeteneğine sahip olması gerektiği ifade edilmiştir[235]. Bu tür bağımsızlığın tarafsızlık ile örtüştüğü görülmektedir. Tarafsızlık ile iç bağımsızlık bu yönden aynı anlamda karşımıza çıkmaktadır.

Hâkimlerin baktıkları bir davada taraflardan, yasama ve yürütme organından bağımsızlığı, davanın aydınlatılmasındaki zihinsel çalışması açısından da önemlidir. Davanın hüküm için esaslı noktalarının aydınlanmasının önlenmesine yönelik dış etkenlerden uzaklaşarak kendi iç dünyasında dava malzemelerini değerlendirebilecek konumda olması davanın gerçek anlamda aydınlanabilmesi açısından kanımızca çok önemlidir.

Hâkimin, toplumda yer alan kitlelerden, basından yönelebilecek etkenlere karşı da bağımsız olması gerekmektedir[236]. Konu hakkında sadece ulusal hukuk değil aynı zamanda uluslararası hukuk normları da söz konusudur. Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Hakkında 1985 tarihli Temel İlkeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hâkimlerin Rolü Etkinliği ve Bağımsızlığı Hakkında R (94) 12 sayılı Tavsiye kararları bu anlamda uluslar arası nitelikte norm niteliğindedir. Bu kapsamda bir başka normatif kaynak olan Banglor

[234]Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7.Bası, Ankara 2019, s. 144

[235]Pekcanıtez / Atalay / Özekes, s. 145

[236] Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel: Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2019, s. 115

Yargısal Davranış İlkelerine[237] göre hâkim doğduran doğruya ya da dolaylı olarak her hangi bir sebeple herhangi bir yerden gelen dış etkilerden uzak olarak olayları değerlendirmeli ve vicdani olarak hukuki normları yorumlamalı, yargı görevini bağımsız yerine getirme bilincinde olmalıdır.

Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler 6. maddesi uyarınca hâkimlerin davranışlarında adil yargılanma hakkına saygı göstermesi gereklidir. Bu kapsamda hâkim, tarafları yargılamanın amacı ve niteliği konusunda bilgilendirmeli, tarafların davaya hazırlanmaları için gerekli kolaylıkları sağlamalı, yazılı ve sözlü iddia ve savunmalarını ve delillerini sunma haklarını ve silahların eşitliği ilkesini hâkimin güvence altına alması gerekmektedir[238]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile hâkimin adil yargılanmayı güvence altına alması gereğine dair normlar arasında da bu anlamda bir ilişki söz konusudur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, üye ülkelerin mahkemelerinin bağımsız olup olmadıklarını adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirirken mahkemelerin bağımsız oluklarına dair bir görünüm verip vermediğini değerlendirmektedir[239]. Somut olaya göre bu durumun değerlendirildiği ve adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğinin gene somut olaya göre belirlendiği görülmektedir[240]. AİHM, Delcourt Kararı'nda mahkemenin bağımsızlığını, yürütme ve davanın tarafları karşısında bağımsızlık olarak belirlemiştir. Mahkemenin

---

[237]TheBanglorePrinciples of JudicalConduct (2002) https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1059705&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorInternetLogged=c3c3c3# (erişim tarihi :03.08.2019)
Banglor Yargısal Davranış ilkeleri, Birleşmiş Milletler Uluslararası Suçları Önleme Merkezi'nin daveti ile Nisan 2000 tarihinde Viyana'da gerçekleştirilen bir toplantının ardından Şubat 2001 tarihinde Hindistan'ın Banglor şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda Bangladeş, Hindistan, Nepal, Nijerya, Güney Afrika, Tanzanya, Uganda, Kanada, Avustralya ve Sri Lanka'nın başhâkimları veya Anayasa Mahkemesi veya Yüksek Mahkeme başkanları veya başkan yardımcıları ile Uluslararası Adalet Divanı başkan yardımcısı, Birleşmiş Milletler Avukatların ve Hâkimlerin Bağımsızlığı Hakkında Özel Raportörü ve İnsan Hakları Komitesi Başkanı'nın katılımlarıyla oluşan Yargısal Dürüstlüğün Güçlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından benimsenmiş ilkelerden oluşmaktadır. Çeşitli takip eden toplantılardan sonra 25-26 Kasım 2002 tarihlerinde Lahey'de yapılan Brezilya, Çek Cumhuriyeti, Mısır, Fransa, Meksika, Mozambik, Hollanda, Norveç, Filipinler, Madagaskar, Macaristan, Almanya, Sierra Leone, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri'nden yüksek mahkeme temsilcilerinin katılımı ile Birleşmiş Milletler Özel Raportörünün katılımı ile gerçekleşen yuvarlak masa toplantısında kabul edilmiştir. (İnceoğlu, s. 12)
[238]İnceoğlu, s. 32
[239] Başaran, s. 97 dn.242
[240] Başaran, s. 97

bağımsız olması, herhangi bir kişi, makam yahut organdan emir almamak, özellikle yürütme erki ve davadaki tarafların etki alanı dışında olmak demektir. Mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsız olması, adil yargılamanın bir ön şartı ve unsurudur. AİHM, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usûlüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korumasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve mahkemenin, bütüncül bir değerlendirme ile "bağımsız bir görünüm" verip vermediğini değerlendirmektedir[241].

Bu anılan boyutlardan daha da önemlisi ve ötesi, hâkimin yargılama sırasında taraflarla ilişkilerinin bağımsızlığı üzerine etkisidir. Zira, davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken, hâkimin karşılaşacağı en temel sıkıntılardan biri bağımsızlığını yitirdiği düşüncesinin taraflarda uyanması ve bu düşünceyi destekleyen delillerin de bulunması halinde hâkimin reddi kurumunun işlemeye başlamasıdır. Hâkimin aydınlatma ödevi, uygulamada sunduğu delil veya beyanı hakkında aydınlatma yapılan tarafı değil, bu ödevin ifası sırasında kendisine bir yükümlülük yüklenmeyen, davadaki karşı tarafının bu yükümü yerine getirmesini bekleyen, hâkimin bu yöndeki faaliyetini de izleyen tarafın bu süreçte yargıya olan güvenini kaybetmemesi gerekir. Bu doğrultuda, ileriki başlıklar altında sunacağımız üzere, hâkimin tarafların usûli kazanılmış haklarını ihlal etmeden bu ödevi yerine getirmesi gerekecektir.

Türk hukukunda, yargı etiği yönünden 2019 yılında ulusal ilkeler, *Türk Yargı Etiği Bildirgesi* adı ile kabul edilerek Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. 14.3.2019 tarihli 30714 sayılı Resmi Gazete'de Hâkim ve Savcılar Kurulu Kararı olarak kabul edilmiş ve ilan edilmiştir[242]. Bildirgenin ikinci ana başlığı, hâkim ve savcıların "bağımsız" olmaları

[241] Gölcüklü, Feyyaz/ Gözübüyük, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2003,s. 281; Özmen, Necmettin: Adil Yargılanma İlkesinin Gelişim Süreci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2007, s. 55

[242] Bildirgede, hâkim ve savcıların insan onuruna saygılı, insan haklarını korucu ve herkese eşit davranacağı, bağımsız ve tarafsız olacağı, dürüst ve tutarlı olacakları, yargıya olan güveni temsil edecekleri, mahremiyeti

üzerinedir. Bu başlık altında, bağımsızlıklarıyla adil yargılamanın ve hukuk devletinin güvencesi oldukları, yargı bağımsızlığının, yargılama fonsiyonunun baskı ve tesirden uzak bir şekilde yerine getirilmesi için tanındığının bilinciyle hareket edecekleri, bağımsızlıklarına doğrudan veya dolaylı olarak etki edebilecek baskı ve tesiri kayıtsız şartsız reddecekleri, kararların, kişilerin ve kurumların yada kamuoyunun tepkisini çekebileceği endişesi duymaksızın ve onları memnun etme kaygısı taşımaksızın bağımsız olarak kararlarını verecekleri, yargıya güvenin sürdürülebilmesi ve sağlanabilmesi için bağımsız olmak kadar bağımsız görünmenin de önemli olduğunun bilincinde olmaları gerektiğini, bağımsızlığın sorumsuzluk ve ayrıcalıklı olmak anlamına gelmediğinin, hesap verilebilirlik çerçevesinde adaletin tecelli etmesini sağlaması amacı taşıdığının farkında oldukları, kanunlarda belirtilen usûl ve esaslara uygun olarak hesap verilebilirliğin bağımsızlıklarını zedelemediğini, aksine toplumsal meşruiyetlerini arttırmak suretiyle güçlendiren bir ilke olduğunun bilincinde olduklarını bildirgede belirtmişlerdir.

b. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi

Yargılama süreci içinde, tarafların getirdiği dava malzemesinde bir belirsizlik ve çelişki tespit etmedikçe, tarafların beyanlarını ve getirdikleri delilleri uyuşmazlığın esasına dair olarak hâkimin değerlendirmesi, nihai karar aşamasında olmaktadır. Öncesindeki bir değerlendirme, ihsası rey şüphesi ya da taraflara yol gösterilmesi içeriğine olup olmadığı düşüncesi de uyandırabilecektir.

Yargılama sırasında beyan ve delillerin anlaşılır ve tutarlılığı karşısında, hâkimin zihninde oluşan olay örgüsü, taraf istemleri ile bu olay örgüsünün ve bu olaydan doğan hak ile ilgili bağdaşmasına dair vereceği karar ile etkinliğini göstermiş olacaktır. Bu nihai karar dışında, mahkeme usûl işlemlerinin yapılmasında örneğin delillerin toplanmasındaki

---

gözetecekleri, mesleklerine yaraşır şekilde davranacakları, yetkin ve mesleklerinde özenli olacakları alt bentler de içerecek şekilde belirtilen bu sekiz ana başlıkta düzenlenmiştir.

etkinlikte bulunurken de, hâkimin yapacağı konuşmalar veya verdiği ara kararlarla aynı kuşkuyu uyandırabilir; ancak bir taraf beyanı veya ibraz ettiği delillerde anlaşılmazlık, belirsizlik, çelişki varsa bu sefer hâkimin yapacağı etkinlik yani yapacağı konuşmalarda bu belirsizlik veya çelişkiyi yaratan tarafın lehine bir etkinlikte bulunduğu izlenimini diğer taraf üzerinde bırakabilir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken, getirilen dava malzemesi ile ilgili olarak belirsizlik ve çelişki tespit ettiğinde, tarafsızlık ve bağımsızlık esasından hareket edilmesi gerekmektedir. Hâkimin aydınlatma ödevini yerine getirmesi sırasında yürütme ve yasama organından, özellikle de taraflardan bağımsız hareket etmesi gereklidir. Bağımsızlık unsuru, ödevin yerine getirilmesinde bilirkişi deliline başvurulduğunda bilirkişinin yargı makamı yerine geçerek hareket etmesinin önlenmesi başta olmak üzere bir çok noktada kendisini göstermesi gerekmektedir.

Yargı faaliyeti içinde bulunan ve karar makamında bulunan hâkimlerin kararlarının güvenilirliği ve toplumsal temelde meşruiyetinin sağlanması amacı ile tarafsız olmaları, bunun uygulanması için de bağımsız olmaları aranmaktadır. Çalışma konumuz kapsamında hâkimlerin uyuşmazlığın aydınlatmalarında ileride sunulacak sınırlara uymaları ve aydınlatma faaliyetini bu sınırlar içinde gerçekleştirmelerinde, sınırı ihlal etmelerine dair kendilerini etkileyecek dış etkenlere karşı da bağımsız olmaları gereklidir. Bağımsız olmayan bir mahkeme, AİHS 6. maddesi açısından adil yargılanma hakkının da koruyucusu sayılamayacaktır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında görevini yerine getirirken tam anlamıyla denetimsiz ve sınırsız davranamayacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Hâkim, dava sürecinde belirsiz ya da çelişkili gördüğü tüm konuları taraflara açıklattırırken, soru sorarken ya da deliller sunmalarını isterken hiçbir şekilde tarafların etkisine girmeden sadece aydınlatma faaliyetine odaklanarak görevi yerine getirecek, taraflara yardımcı olma izlenimi

yaratmadan dava malzemesinin algılanabilir hale getirilmesine çalışacaktır. Taraflar elbette ki taleplerine uygun karar alma yolunda hâkimin kendilerinin isteklerine uygun bir araştırma faaliyetine girmelerini isteyecekler, davada yer alan olaylardan bir çoğunda belirsizliğin sürmesini kendi yararları açısından uygun göreceklerdir. Örneğin, bir bilirkişi raporunun sonuç kısmı kendi lehine olan taraf, raporun içeriğinin belirsiz, denetim yapılabilmeye olanak sağlamayacak derecede kapalı cümleler ve teknik terimler yoğunluğu içerip içermediği noktasında hâkimin durmasını istemeyecek, en kısa sürede lehine karar almaya çalışacaktır. Buna karşılık, raporun sonuç kısmı aleyhine olan taraf da, itiraz ederken bilirkişinin dayandığı bilimsel noktaları anlayabilmek için aydınlatma faaliyeti yapılmasını isteyebilecektir. Hepsinin ötesinde, hâkim, tarafsız ve bağımsız konumunun gereği olarak raporun tamamını anlamak ve değerlendirmek için raporun tamamının belirginleşmesini istemelidir. Bu istem, HMK 31.maddenin de aradığı ve görevlendirdiği bir istemdir. Her ne kadar hâkim taraf talepleri ile bağlı olsa da ve de hâkim, taraflarca dava malzemelerinin getirilmesi ilkesine uygun davranmak zorunda olsa da HMK 33. maddesi hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması gerektiğini, bu doğrultuda da maddi hukuka uygun karar verilmesini emretmektedir.

2. Tarafsız Mahkemede Davanın Görülmesi

a.Genel Olarak

Bir toplumda meydana gelen uyuşmazlıkta, tarafların yargıya başvurup, sorunu kendiliğinden hak alma yoluna gitmeden çözmelerinde iki sebebin olduğunu görmek mümkündür. Bunlardan ilki kendiliğinden hak almanın yasaklanmış olmasıdır ki, aşağıda yargılamanın amacı kapsamında konu incelenecektir. Diğeri de kendiliğinden hak almanın yasaklılığı karşısında hakkını koruyacak, tespit edecek ve hakkını almasını sağlayacak bir kurumsal yapıya duyulan gereksinimdir. Taraflar, kendilerinin dışında ama kendileri için

geçerli olan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk kurallarını bilen, ayrıca tarafların hiç birisine bağımlı olmayan, tarafsızca olay- hukuk kuralı bağlantısını kuracak akıl yürütmeyi yapacak bir kişiye gereksinim bulunmaktadır. Zira tarafların her ikisi de uyuşmazlığın mahkeme önünde davada görülmesinden öncesinde karşılıklı olarak haklı olduklarını iddia etmişler, kendilerini kendi bakış açısı ile değerlendirmişlerdir. İnsan doğasına da uygun olan bu değerlendirmeden uyuşmazlığın verdiği çatışmacı bakış açılarının sürmesi nedeniyle sıyrılmaları da mümkün olmamaktadır. O nedenle bir uyuşmazlığın taraflarında, yargıdan ve hâkimden her şeyden önce tarafsız olması aranmakta ve beklenmektedir.

Hâkimin taraflı davranışları ve bunların süreklilik göstermesi, temelinde adalet kavramının yer aldığı hukuk sisteminin sürekliliği için en büyük tehdit olarak karşımıza çıkmaktadır[243].

Türk Yargı Etiği İlkeleri'nde, tarafsızlık bir unsur olarak yer almaktadır. Hâkim ve savcılar, adil yargılanmanın gereği olarak her hangi bir tarafa iltimas göstermeden ve ayrımcılık yapmadan, hareket edecektir. Tarafsız hareket etmekle de yetinmeden, hâkim ve savcılar, nesnel bir bakışla, tarafsızlıklarına yönelik tüm şüpheleri giderecek bir duruş sergileyeceklerdir; yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi için tarafsız görünmenin önemli olduğunu, mesleki yaşamlarında ayrımcı davranış ve söylemlerden uzak, konuşma ve beden dili ile tarafsızlıktan uzaklaşmadan yapmadan faaliyet göstereceklerini, sosyal medya kullanımında da bu konuda dikkat ve özen göstereceklerini, kişisel düşünce ve önyargılarını kararlarına yansıtmayacaklarını, bir olaya dair toplumda olumlu ya da olumsuz oluşan kanıya karşı da tarafsızlıklarını koruyacaklarını, görevlerini yaparken kendisi, aile ve sosyal çevresinin çıkarlarını gözeterek hareket etmekten kaçınacakları, görevden ayrılan, avukat, bilirkişi, arabulucu görevinde bulunan arkadaşlarına ayrıcalıklı davranmayacaklarını böyle hatta bir izlenim uyandırmayacaklarını kabul etmişlerdir.

[243]M.H. Hoeflich: Regulation of Judicial Misconduct from Late Antiqiuity to the Early Middle Ages, Law History Rewiew, Vol. 2., no.1: 79-104, 1984, s. 80 (Nakleden Karakocalı, Ahmet: Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu, Ankara 2011, s. 16); ayrıca bkz. Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 103

Hâkimin davayı aydınlatma ödevini gerçekleştirmesinde tarafsızlığı, bağımsız olup olmaması ile doğrudan bağlantılıdır, ancak uygulamada tarafsızlığının olup olmadığı daha çok taraflarca sorgulanmıştır. Bağımsız olmayan bir hâkimin tarafsız olması beklenemeyeceği açıktır; ancak bağımsız bir hâkimin tarafsız olmaması insan doğası açısından beklenebilir bir durumdur. O nedenle bağımsızlığın kurumsal olarak gerek normlarla gerekse normlara bağlı yaptırımlarla ve gerek tarihsel süreç içinde hâkim bağımsızlığının[244] olması gerektiği noktasında olumsuz bir görüşe rastlanmamıştır[245]. Öğretide bu konuda bağımsızlığın, tarafsızlığın ön koşulu olduğu ifade edilmiştir[246].

Hâkimler görevlerini yerine getirirken tarafgirlikten uzak , taraflar arasındaki dengeyi koruyup, tarafların adil bir biçimde dinlenmesini sağlayarak, taraflara eşit yaklaşmak ve işlem yapmak zorunluluğundadır[247].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında tarafsızlık objektif ve sübjektif tarafsızlık olarak iki boyutta değerlendirilmiştir.

Sübjektif tarafsızlık, davaya bakan hâkimin kişisel olarak tarafsız olup olmadığına ilişkin bir durumdur. Bu kapsamda mahkeme hâkimi taraflara karşı önyargıdan uzakta ve

[244]Öğretide bu konuda da tereddüt bulunmadığı gibi, yargının bağımsızlığının temel haklardan olduğu ve bağımsız yargı önünde yargılanmanın temel bir insan hakkı olduğu ifade edilmiş, yargı bağımsızlığının yargı görevinde işlevsel olması, bu anlamda da uyuşmazlığın bulunduğu yerde karar vermesi, verdiği kararın uygulanmasının sağlanması olarak belirtilmiştir. Yargının işlevinin etkin olması ile varlığını göstereceği, yargısı bağımsız olmayan bir devletin devlet olarak değil insan topluluğu olarak tanımlanacağı belirtilmiştir. Bkz. Fendoğlu, Hasan Tahsin: Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara 2010, s. 93

[245] Ancak bağımsızlığın sınırı olması gerektiğini ileri süren görüşler, düşüncelerinin temelini "hâkimler devleti" oluşmaması olarak belirtirler. Bu kapsamda kuvvetler ayrılığı ilkesinin devleti oluşturan güçler arasında bir üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, bir işbölümü ve yargının diğer güçler yani erkler üzerinde yargısal denetim görevini ifade ettiği belirtilmiştir. Ancak her iki erk üzerindeki denetim yetkisinin uygulamada yargıyı diğer iki erk üzerinde bir duruma getirdiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda hâkimler devleti olarak ifade edilen bu durum yargının bağımsızlık ve bunu sağlayan güvenceler altında yargının hiçbir denetime tabi olmaması ve yasama organının üzerinde hukuk yaratması, devletin tüm gücünü bu yolla elde tutması olarak ifade edilmektedir. Bunu önleminin en önemli yolu da Anayasa'nın tüm erklerin üzerinde olduğunun kabul edilmesidir; ki 1982 Anayasa'sı 11. Maddesi ile bu durum normatif düzenleme içine alınmıştır. Demirkol, Ferman: Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 1991, s. 135-136; Şahbaz, İsmail: Yargı Bağımsızlığı ve Hâkim Güvencesi Açısından Mesleki Sorunlar, Ankara 2010, s. 113-114, Arsel, İlhan: Anayasa Hukuku (Demokrasi), Ankara 1964, s.196, Kırmaz, s. 79

[246]İnceoğlu, s. 34

[247]İnceoğlu, s. 34

tarafsız bir şekilde yaklaşmak zorundadır. Taraflılığı kanıtlanamadığı sürece de hâkim ve hâkimin usûl işlemleri de tarafsızlık karinesinden yararlanacaktır.

Hâkim, subjektif tarafsızlık içinde bulunurken, karar verdiği sırada, önyargılarından, düşünce ve dünya görüşlerinden, siyasal eğilimlerden ve ideolojilerinden tamamen arınarak Anayasa'nın işaret ettiği vicdani kanısına erişmesi ile hukuka göre karar vermesi gerektiği belirtilmiştir[248].

Objektif tarafsızlık ise, yargı organının kurum olarak tarafsız olması anlamına gelmektedir. Yargı organının, kişiler üzerinde hak ararken güven duygusu uyandırması, adaletin yerine getirileceğine dair algı uyandırması gerekecektir[249].

Hâkimin , medenî yargılama hukukundaki tarafsızlığının sağlanabilmesi amacıyla, hâkimin davayı görmekten yasaklanması[250] ve hâkimin reddi[251] kavramlarının tesis edildiği ifade edilmektedir[252]. Hâkimin yasaklılığını gerektiren sebeplerde, yasa koyucunun görülen ilgili davada ya da işte hâkimin tarafsız kalamayacağını kesin bir şekilde değerlendirdiği o nedenle de olası bir yan tutma sorununun oluşmaması, yargıya güvenin zedelenmemesi için bu konuda sorun doğmadan hâkimin davaya bakmasını yasaklamıştır[253]. Bu kural kamu düzeninden sayılmış, ilgili yasak kapsamında aksi yönde taraf iradelerinin oluşması halinde

[248] Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.117
[249] Artık, s. 219
[250] HMK 34. maddesinde düzenlenmiştir: "*MADDE 34- (1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır: a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada. b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında. c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında. ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında. d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında. e) Nişanlısının davasında. f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada."*
[251] HMK 36. maddesinde düzenlenmiştir: " *MADDE 36- (1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir: a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması. b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması. c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması. ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması. d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması."*
[252] Tanrıver, Usûl, s. 271
[253] Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.117

bile, açık muvafakat ile bu iradelerini uyuşturmasalar da hâkimin 34. madde koşulları olduğu durumda davaya bakmayı sürdürmesi de kabul edilmemiştir[254].

Türk Hukukunda, HMK 34. ve 36. maddelerinde düzenlenen bu kurumlar, kökenini hem dZPO 42. maddesi[255] hem de SchZPO 47. maddesinden almaktadır[256]. Alman Hukukunda, hâkimin genel red sebebi olarak tarafsızlığından kuşku duyulacak durumlara genel olarak atıfta bulunulmuş olması[257] ile İsviçre Hukukundaki sayma yolu ile hâkimin çekinmesi gereken sebeplerin sayılmasına[258] dair normların Türk Hukukunda HMK 34. ve 36.

---

[254] Tanrıver, Usûl, s. 272

[255] Maddenin özgün hali :
"*Ablehnung eines Richters*
(1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.
(2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.
(3) Das Ablehnungsrecht steht in jedem Fall beiden Parteien zu."

[256] Maddenin özgün hali: *" (1)Eine Gerichtsperson tritt in den Ausstand, wenn sie:*

a.in der Sache ein persönliches Interesse hat;
b.in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeiständin oder Rechtsbeistand, als Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, als Mediatorin oder Mediator in der gleichen Sache tätig war;
c.mit einer Partei, ihrer Vertreterin oder ihrem Vertreter oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, verheiratet ist oder war, in eingetragener Partnerschaft lebt oder lebte oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt;
d.mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist;
e.mit der Vertreterin oder dem Vertreter einer Partei oder mit einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist;
f.aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte.
(2)Kein Ausstandsgrund für sich allein ist insbesondere die Mitwirkung:

a.beim Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege;
b.beim Schlichtungsverfahren;
c.bei der Rechtsöffnung nach den Artikeln 80–84 SchKG[1];
d.bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen;
e.beim Eheschutzverfahren."
(https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi: 01.08.2019)

[257]Yukarıda özgün hali sunulan dZPO 42/1.maddesinde bir hâkimin, kanundan dolayı yasaklı sayıldığı durumlarda veya tarafsızlığından kuşku duyulması halinde reddedilebileceği düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise, hâkimin tarafsız olmadığına dair güvensizliği haklı kılan bir nedenin olması durumunda , önyargılı olabileceği endişesinden dolayı hâkimin reddedilebileceği belirtilmiştir. Gören Ülkü, Nazlı, Medenî Yargılama Hukukunda Hâkimin Reddi, İstanbul 2013, s. 43

[258] Çevirisi : "*" 1- Mahkemede görev yapan bir kişi aşağıdaki hallerde davaya bakamaz:*
a) Davada şahsi menfaati var ise,
b) O davada başka bir görev yaptı ise, özellikle, resmi bir merciin mensubu, hukuki danışmanı veya bilirkişi ve tanık veya arabulucu olarak,

maddelerde benzer bir şekilde yer aldığı görülmektedir. Ancak kanımızca Türk Hukukundaki düzenleme iki mehaz yasadan, açıklık, karine ile desteklenmesi ile belirginlik ve genel red sebebi içermekle de kapsayıcılık yönünden daha ileri konumdadır.

Hem hâkimin HMK 46. maddesine göre taraflardan birine iltimas tanıması ya da yan tutması nedeniyle devlete karşı açılacak tazminat davasında taraflılık bir gerekçe olarak yer alacak hem de hâkimin cezai ve disiplin sorumluluğu kapsamında da yanlı eyleminin değerlendirilmesi gerekecektir.

b.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasında hâkimin, belirsizlik ve çelişkiye işaret etme görevi alanında tarafsızlık emrine uymak zorunda olduğuna dair öğreti ve yargı kararlarında bir duraksama bulunmamaktadır[259]. Davaya bakan hâkimin, uyuşmazlık konusu olay ile ilgili olarak, dosyada yer alan ve ileri sürülen delillerin dava sebebi olayın ispatını sağlamadığını belirtmesi ve tarafa, başka delilinin olup olmadığını sorması, hâkimin reddi sebebi olarak görülmemelidir; zira burada hâkim, yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, davayı aydınlatma ödevini yerine getirmektedir. Oysaki hâkim, belirli bir delile işaret ederek, tarafın dikkatini özellikle o delile çeker ise, işte burada yol gösterme amacının ve işlevinin olup olmadığı değerlendirilmelidir[260].

Tarafsızlık ilkesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırını oluşturmaktadır, bu koşula, ödevin yerine getirilmesinde dikkat edilmesi gerekmektedir. Örneğin, davada taraf

---

c) Taraflardan biri veya temsilcisi ile ya da o davada alt derecede bakan bir kişi ile evli ise ya da önceden evli idiyse; ortak yaşam partnerliği var ise ya da önceden oldu ise veya fiili olarak beraber yaşıyor ise,
d) Taraflardan biri ile arasında, alt veya üst soy ya da üçüncü dereceye kadar kan ve kayın yansoy hısımlığı var ise,
e) veya taraflardan birinin temsilcisi ile ya da alt derecede görev yapan bir mensup ile alt ya da üst soy veya iki derece kan veya kayın hısımlığı var ise,
f) başka nedenlerden dolayı, özellikle taraf veya temsilcisi ile arasında arkadaşlık veya düşmanlık var ise."; ayrıca bkz.Gören Ülkü, s. 40

[259] Karaaslan, s. 80, Simil, Cemil: Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, DEÜHFD, C.16, y.2014, s.1368, (Sınırlar), Rensen, s.1178, Schneider, Egon: Befangenheitsablehung des Richters im Zivilprozess, 2.Aufl., Bonn 2001, s. 162, Stein/Jonas/Leipold, s.21

[260] Gören Ülkü, Nazlı: Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Reddi, İstanbul 2013, s.76

tanıklarının dinlenmesi sırasında, her iki tarafın tanıklarında da belirsizlik veya çelişki içeren ifadeler olabilir. Böyle bir durumda hâkimin sadece bir tarafın tanıklarının beyanlarındaki çelişkileri gidermeye çalışması ya da taraflardan birinin tanığına, bir tarafın iddia veya savunmasında dayandığı vakıanın gerçekleştiğine dair beyanı temin etmek amacıyla hatırlatma yapması, söz gelişi, bir malın ayıplı olduğunun davalı tarafından bilindiği iddia edilmiş, tanığa da soru yöneltilmiş olsun, "A kişisi malın ayıplı olduğunu bilerek aldı değil mi? Bilmemesi olanaksızdı değil mi? Sen dürüst bir insansın, A kişisinin bunu bildiğini biliyorsun, doğru değil mi? Biliyorsun, söyle" şeklinde bir yönlendirme yapması tarafsızlık ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Buraa hâkimin tanığı yönlendirmesi, bir taraf lehine hak doğurmaya elverişli tanık beyanına ulaşmaya çabalaması ya da çabaladığına dair görüntünün verilmesi bile tarafsızlığına gölge düşürecektir.

Bir diğer açıdan, hâkimin, aydınlatılmamış bir dava malzemesinin, kendisinde dava konusu ve dava sebebine dair kanaat uyandıramayacağını bildiği halde, etkin olmaması, taraflara soru sormaması, açıklama yaptırmaması, delili sırf belirsizlik ve çelişkili olduğu için analiz etmeden bırakıp, kararında dikkate almaması da ihmali olarak gerçekleşen taraflılık olarak kabul edilebilir[261]. Örneğin, tanığın dinlendiği bir duruşma sırasında, tanık beyanlarındaki belirsizliğe işaret eden tarafın, bu işaretini yok sayarcasına yanıtlamayan, yargılamaya bu belirsizliği sürdürerek, delili toplama, tanığı dinleme görevini yerine getirmiş olmanın yeterli olduğunu düşünmesi, kararda da tanığın ifade edebileceği ama yeterli açıklıkta ifade etmediği dava sebebi vakıayı da ispatlanamadığı için gerçekleşmemiş sayan bir hâkim aslında, davada bir tarafın lehine sonuç çıkmasını böylece sağlamış olmakla aydınlatma ödevini ihlal ederek taraflı davranmış olabilir.

[261] Öğretide, aksi yönde ileri sürülen görüşe göre, hâkimin sunulan dava malzemesine karışmaması gereklidir. Karışması, dava malzemesi üzerinde etkinlikte bulunması taraflılık olarak değerlendirilmelidir, Meriç, Aydınlatma, s. 383, biz bu görüşe katılmıyoruz, zira bu görüşün kabulü aydınlatma ödevinin tamamen işlevsiz kalmasına, özüne aykırılık teşkil edecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin mevzuatta bulunmaması halinde, davada hâkime verilmiş olan mahkeme usûl işlemleri dışındaki bir faaliyetin yani, tarafların getirdiği dava malzemesi üzerinde ya da beyanları üzerinde nihai karardan önce bir değerlendirme yaparak müdahale etmesinin tarafsızlık ilkesini ihlal edebileceğini, bu ödevin bulunuyor olmasının, belirsizlik ve çelişki karşısında hâkimin bunları giderici eylemindeki yol gösterme ya da nihai karara dair düşüncesini belirtme yani ihsası reyde bulunduğuna dair suçlamaları içerecek bir " hâkim taraflılığı" olgusunu kaldırdığı belirtilmiştir[262].

Mahkemenin taraflarla, müzakere ödevi ve hâkimin tarafsızlığı sınırları dâhilinde belirsizliklerle çelişkilere işaret etmek ve giderimi için uyarılar yapmak zorunda olduğu belirtilmektedir[263]; hâkimin tarafsızlığına dair emir, anayasal bir emirdir ve kabul görmüş uyarma görevinin yerine getirilmesinden bağımsız bir değere sahiptir. Öğretide, mahkemece hâkimin aydınlatma ödevinin sınırlandırılması olarak anlaşılan tarafsızlık emrinin, hâkimin davayı aydınlatma ödevi için hiçbir önemi olmadığından ve Anayasa'dan dolayı da aydınlatma ödevinin kapsam ve sınırlarından bağımsız ve içerik olarak kesinleşmiş bir tarafsızlık emri olmadığı ileri sürülmüştür[264]. Mahkemelerden, uyarma görevlerini yerine getirmelerini istemek ve sonra da bu görevin ifasını tarafsızlığın çiğnenmesi olarak ele almak kendi içinde bir çelişkidir. Bir hâkim eğer hukukun emirlerine karşı olarak bir tarafı kayırırsa, taraflı davranmış olur. Tarafı, hukukun emirlerine uygun olarak kayırmak ise buna karşılık onun görevidir[265]. Hâkimin, davayı aydınlatmasına dair görevi kapsamı dâhilinde tarafa uyarılarda bulunduğunda bu kesinlikle bir ret gerekçesi olamaz. Çünkü yasal görevini yerine getirmektedir ve tarafın sübjektif hakkını ve öznelik konumunu korumaktadır[266]. Uyarma görevleri; müzakere kuralının özüne dokunmaz veya değişiklik getirmez. Çünkü mahkeme;

[262] Alangoya-İlkeler, s. 157
[263] Schilken, s. 57
[264] Rensen, s. 1178
[265] Rensen,s.1176
[266] Liu, s.88, Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 188, Simil-Sınırlar, s. 1368

uyarılardan sonra davaya kendiliğinden yeni maddi olgular ekleyemez[267]. Ama bu; hâkimin uyarma görevinin kapsamının çok geniş yorumlanabileceği anlamına da gelmez. Hâkim; tarafsızlık sınırları içinde kalarak hareket etmek zorundadır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırları, aşağıda da inceleyeceğimiz gibi, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ve tasarruf ilkesince saptanmaktadır. Hâkim, tarafları, ileri sürdükleri olayları tamamlamaya yönlendirmekten yani yasadaki ifadesi ile "istemekten" daha ileride bir eylem içinde olması yasada beklenmemiştir. Taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ve tasarruf ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkimin davaya kendisinin vakıa getirmesi kesinlikle kabul edilmemiştir. Hâkim, dava veya savunma temeli teşkil edebilecekken ileri sürülmemiş bir olayı, bu olaydan kendi lehine hak doğan olan tarafa anımsatır ya da anımsatıcı eylemlerde bulunursa, bu durumda, HMK m. 25, bir ret sebebi olarak kabul edilebilecektir[268].

Alman Hukukundaki ZPO md.139/1-2. maddede düzenlenen hâkimin uyarma görevinin sadece; tarafların mahkeme huzuruna sunduklarının netleştirilmesi, tamamlanması ve gerekli değişikliklerin yapılması için bir tamamlayıcı görev olarak kavranması gerekmekte olduğu ileri sürülebilirken, "değişiklik yapma işlevi" Türk Hukuku açısından HMK 31. maddede ve diğer yargılama normlarında yer almadığından ileri sürülemeyecektir. Bu bakımdan mahkeme; özellikle tasarruf ilkesi ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin ve yine aynı şekilde tarafsızlık emrinin sınırlarını dikkate almak zorundadır. Hâkimin aydınlatma ödevinin sınırını, tarafların ileri sürdükleri davaya getirdikleri olaylar ve bunların delilleri oluşturmaktadır. Hâkim gerek getirilmiş olaylar çerçevesinde gerekse yeni olayları davaya katarak , taraflardan birine öğüt vermek veya yol göstermek şeklinde aydınlatma ödevini yerine getirmemelidir[269].

[267] Liu, s.151
[268] Gören Ülkü, s.76, Umar, Şerh, s. 150
[269] Simil-Sınırlar, s. 1369, bkz aynı görüşte Pekcanıtez/ Erdönmez, C.I, s. 823, aksi durum sadece taraflılık meydana getirmeyecek, aynı zamanda teksif ilkesini de ihlal edici olacaktır.

Buna karşılık, hukuku uygulamak ve taraflarca getirilmiş olan maddi olguları ve delilleri takdir etmek tarafların değil HMK'nun 33. madde gereğince mahkemenin görevidir. Taraflar mahkemenin başvurmayı düşündüğü mevzuat için hangi dava malzemesini taraflardan beklediğini ve elde mevcut malzemeye de hangi ağırlık ve önemi verdiği konusunda bilgilendirmesine muhtaçtırlar[270]. Bu esasta, Alman Hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile birlikte kabul edilen müzakere ödevinin, HMK yönünden hukuki dinlenilme hakkının yasanın 27. maddenin gerekçesinde işaret edilmiş olması ile uygulama olanağının olduğunu düşünmek kanımızca olanaklıdır. Burada, hâkim, bir taraf ile müzakere edip, diğer taraf ile belirsizlik ve çelişki içeren dava malzemesi açısından hiçbir eylemde bulunmadığı, üstelik belirsizlik içeren bir beyan ve delil hakkında, dosyaya sunulmamış gibi değerlendirileceğine dair ara karar vermesi halinde ya da gerekçeli kararında sunulan dava malzemesindeki belirsizlik ve çelişki nedeniyle ispat yükünün yerine getirilmediğini belirtmesi durumunda hâkimin taraflı yaklaştığını, aydınlatma ödevinden kaçınması ile taraflı davrandığını belirtmek bizce olanaklıdır. Tarafsızlık, bu anlamda, sadece hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir sınırı değil, aynı zamanda her iki taraf yönünden uygulanmadığında bir ihlal şekli olarak da karşımıza çıkabilmektedir.

Spohr haklı olarak dönüştürme fonksiyonunun uygulanması söz konusu olduğunda tarafsızlık amir hükmünün önemini vurgulamaktadır. Spohr bir dilekçenin soyut norma göre somut olay bağlantısının kurulmasına dair ifade düzeltiminde ifadesi dönüştürülen tarafın davadaki durumunun düzeltilmesinin daima diğer tarafın durumunun kötüleşeceğinin dikkate alınmasının gerektiğine işaret etmektedir.

[270] Rimmelspracher, Bruno, Verbesserung des zivilgerichtlichen Verfahrens erster Instanz, ZR 1999, s. 178. Sadece hâkimin muhakemesi ve uyuşmazlık tesitleri değil, aynı zamanda tarafların hukuki nedenleri, olaya dair sözlü sunumları ve delil toplaması da karşılıklı etkileşim ve bir birine bağımlı süreçlerdir. Dolayısıyla, taraflar çoğu zaman önem taşıyan olaylar ve delilleri; ancak, mahkemenin hangi hukuki görüşe ulaştığını ve hangi olay ve delilleri kabule değer bulduğu hakkında bilgi sahibi olduklarında ortaya koyabilmektedirler. Bu karşılıklı bağımlılık çerçevesinde, mahkeme sadece karşılıklı etkileşen hukuki, olaya ilişkin ve yoruma açık bakış açılarını ortaya koymakla kalmayıp, aynı zamanda olay ve delil sunumu ve zorunlu olarak bunlardan kaynaklanan olay, delil sözlü sunumu ve keza delil sunumu ve konuya ilişkin dilekçelerin yetersizliği ve tamamlanmaları gerektiği konusunda da ek bilgilendirme yapmalıdır, Liu, s. 239

Spohr, ZPO'ya göre yerine getirilecek yükümlülüklere rağmen mahkemenin tarafsız konumunu korumasının gerektiğini belirtmekte gerek hâkimin davayı aydınlatma ödevi gerekse belirsizlik ve çelişkiye dair işaret ödevinin yerine getirilmesinden dolayı hâkimin bir tarafı davada olumlu bir konuma getirmesi durumunda mahkemenin tarafsızlığı ile doğru orantılı olarak bu durumu açıklamalı ve gerekçelendirmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun derecesi yasada belirtilen değerlendirme ölçütlerine göre bir taraf için yapılan yardımın diğer tarafın davadaki konumunu kötüleştireceği sonucunu dengeleyecek büyüklükte olmalıdır. Bu yardım sonucunda yardım edilen tarafın davada kendisini diğer taraf aleyhine daha iyi bir noktaya taşıyacak bir dilekçe sunmasına da izin verilmemesi gerekmektedir. Bu durumda desteklenen tarafın avantajı hasım tarafın mağduriyeti ile aynı ağırlığı taşıdığı için tarafsızlık teminat altında değildir[271].

Hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesi dışına çıkarak olası yeni defilere işaret ederse, kendi koyduğu amaçları olsun davanın dışında olan amaçları olsun izlemeye ve doğrudan kendi tarafsızlık görevini ihlal etmeye başlamış demektir[272]. Hâkim, daha üstün hakkaniyet veya sosyal dengeleyici edimler yani usûl ekonomisi adına aydınlatma ödevi gereği olan yasal çerçevenin dışında uyarılarda bulunamayacaktır[273]. Aksi takdirde zaman aşımı defileri veya yeni dilekçeler getirme konusunda teşvik etmesi durumunda, taraflılık kaygısı nedeniyle hâkimin reddi uygun görülmektedir[274].

Tarafsızlık ilkesi, davada her iki tarafın da eşit konumda bulunmasını ve davada dengeyi de amaçlar. Hâkim, aydınlatma ödevini yerine getirirken sürekli olarak, tarafsızlık emrini dikkate almak zorundadır. Çünkü hâkimin uyarıları her zaman bir tarafın lehine karşı tarafın aleyhine etki yapabilir fakat bu uyarıların hep aynı tarafın üstün gelmesine yardımcı olmaması ve tarafsızlık emrini hiçbir zaman çiğnememesi gerekir. Hâkimin davayı

[271] Spohr, s.64 vd.
[272] Sticken, s. 123
[273] Sticken, s. 126
[274] Prütting, s. 409

aydınlatma ödevinin sınırlarının aşılması taraflılık endişesini gerekçesi olmasaydı; hâkim, kendi yaptığı uyarıların sonuçları için sorumluluk taşımayacağından, tarafa, keyfi uyarılarda bulunabilirdi. Diğer tarafı ihmal ederek, sırf çekişme konusunu çabucak sonlandırabilmek ve kendi iş yükünü hafifletmek için, muhtemel zamanaşımı defiini hatırlatabilirdi. Sosyal bakımdan zayıf olanlara yardım etmek için de toplum mühendisi olarak muhtemel zaman aşımı defiine dikkatleri çekebilirdi. Elbette hâkimin, sadece çekişme konusunun çözümünü sürüncemede bırakmak için yepyeni muhtemel dilekçelerle ilgili hatırlatmalarda bulunması da olmayacak bir şey değildir. Öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği; hukuk devleti ilkesinin özünü oluşturan bölümlerindendir. Her bir taraf mahkemeden; hâkimin diğer tarafa yalnızca yasa gereği olan aydınlatma ve Alman Hukukunda ayrıca yer alan (ZPO 139. Maddesinden gelen) uyarma görevi çerçevesi içinde yardım etmesini bekler ve tarafların kendilerini savunacakları ve karşı tarafa yöneltecekleri dava malzemesi; sadece yasa gereği hâkimin davayı aydınlatma ve uyarma ödevi kapsamı içinde birbirlerine karşı kullanılabilir. Hâkim, böyle bir çerçevenin dışına çıkarak uyarılar yapacak olursa taraflardan birini ya da diğerinin şaşkınlığa düşmesine yol açar. Tarafların davadaki öznelik konumu bu şekilde görmezden gelinmiş olur. Bundan da davanın, tarafların hâkimden medenî yargılamada bekledikleri gibi planlanıp yürütülmediği sonucu çıkabilecektir[275].

c.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Yerine Getirilmesinde Tarafsızlık İlkesinin Yansıması Olan Yasaklar

aa. İhsası Rey Yasağı

İhsası rey yasağı HMK 36.maddesinde düzenlenen hâkimin ret sebepleri içinde düzenlenmiştir.36/1-b bendinde, davada iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunun gerekmediği halde görüşünü açıklamış olması hâkimin ret sebebi olarak düzenlenmiştir.

[275] Liu, s.101

"Görüş açıklama" olarak yasadaki şeklini bulan bir durum öğretide görülmekte olan bir davada tarafların davada haklı olup olmadıkları ile ilgili olarak somutlaştırılmıştır[276].

Hâkimin davanın tarafları ile olan iletişimi ve buna bağlı olarak açıklamaları bu yasağın hâkimin davayı aydınlatma ödevinde bir sınır oluşturup oluşturmadığı noktasında kanımızca önemlidir. Alman Hukukunda, medenî yargılama alanındaki reformlardan sonra, taraf egemenliğinin mutlak olarak kabulünden ziyade hâkimin giderek daha etkin bir konuma geldiği görülmektedir[277].

Günümüz medenî yargılamasında hâkimin taraflarla müzakeresinde nasıl sürecin nasıl olması gerektiği, hâkimin aydınlatma ödevinin sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği ve hâkimin müzakere kapsamında, HMK 27. madde de düzenlendiği gibi hukuki dinlenilme hakkı içersinde düzenlenen yargılamanın seyrine dair ile tarafları bilgilendirme ödevindeki ölçünün ne olduğu gibi sorular öne çıkar . Tarafların getirdiği dava malzemesi değil tam aksine, hâkimin taraflarla davanın hukuki ve maddi unsurları hakkındaki değerlendirmeleri, davanın merkezinde bulunmaktadır.

Vakıa ve norm arasındaki ilişki ile hâkimin hukuku kendiliğinden uygulamasıyla bağlantı kurarak, hâkimin görüş açıklamasına dair ileri sürülen bir görüşe göre, hâkim, taraflarca getirilen olaylara uygulanacak normu, tarafların bu konudaki ifadelerinden bağımsız olarak belirleyecektir; tarafların hukuki nitelemeleri ile bağlı olmaksızın hukuk normunu kendisi belirleyecek ve dava konusu olaya uygulayacaktır. Fakat, tarafların öngörmedikleri bir sonuçla ve kendi nitelemelerinden ayrı hukuki niteleme ile karşı karşıya kalabilecekleri anlaşılmaması gerektiği; hâkimin, yargılama devam ederken, daha önce belirlemiş olduğu hukuki sebebi değiştirir ise, aslında bir yandan da davaya dayanak oluşturacak vakıaları da

[276] Yılmaz, Şerh, C.1 ,s.1009
[277] Wassermann, s. 108

değiştirmiş olduğu ,bunun gerekçesi olarak da tarafların davada söz konusu edildiğini düşündükleri hukuki sebebe göre vakıalar sunmuş olabileceği ileri sürülmüştür[278].

Bu görüşe katılmak bizce olanaklı olmamıştır. Türk Hukukundaki dava sebebi olarak genel kabul edilen, HMK kapsamında da esas alınan görüş olan, aşağıda ayrıntısı ile inceleyeceğimiz dava sebebi teorilerinden olan ferdileştirme teorisinin değil, vakıalara dayandırma teorisidir. Bu esasta, dayanılan ve ileri sürülen soyut norm değil, vakıa esastır. Tarafın vakıaya atfettiği soyut norm hâkimi bağlamayacağı gibi vakıalar da olaya göre farklı sunulamayacaktır. Vakıa sunumu sırasında mevzuattaki hangi norm ile taraf bağdaştırırsa bağdaştırsın, bu vakıayı değiştirmediği gibi, norma göre vakıa sunumunun değişeceğini ileri sürmek de, HMK 29. maddede düzenlenen doğruyu söyleme ve dürüstlük ilkesi ile çelişik durumları olağan kabul etmek anlamına gelebilecektir.

Hukuki ve maddi açıklama görevi, müzakere ilkesini derinden sarsmıştır. Bundan dolayı müzakere ilkesinden vazgeçmek ve bunu işbirliği ilkesi diye anılan ilkeyle değiştirmek gerektiği ileri sürülmüştür[279]. Bu temelde, hâkimin davadaki görüşüne kendisi ulaşmış olduğu anda, bu konuda ketum olması, işbirliği ilkesine göre taraflara yapacağı iletişimdeki tutumu yönünden önemlidir. Hâkimin görüşünü açıklarken sonuca dair önyargısını belirtmeme konusunda titiz davranması gerekecektir zira işbirliği ilkesinin[280] medenî yargılamada kabulü

---

[278] Gören Ülkü, s.73, öğretide, böylesi bir durumda hâkimin taraflara uyarıda bulunması gerektiği ifade edilmektedir, Akil, Cenk: Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 3, s. 1 – 32, s. 12

[279] Wassermann, s. 109

[280] ***İşbirliği ilkesi*** daha çok Avusturya medenî yargılama hukukunda egemen olmuş olan bir ilkedir. Taraflarca getirilme ilkesinin işlevinin, uyuşmazlık çözümünde istenilen gücü gösterememesi, özellikle Avusturya Medenî Usûl Kanunu'ndaki ilkelerden çok amaca uygunluk ve yararlılık esaslarının, Franz Klein öncülüğünde sağlanmak istenmesi zayıf kesimlerin, işçi sınıfının korunması düşüncesi ile taraf egemenliği ilkelerinin sınırlanması düşünüldü ve dava malzemesinin getirilmesi açıklamasındaki sorumluluk sadece taraflara yük olarak bırakılmadı, bunların sonucunda Avusturya Medenî Yargılama Hukuku'nda hâkimin taraflarla işbirliği ilkesi benimsenmiştir (Deren Yıldırım, Nevhis, Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB yayınları, Ankara 2004, s. 824, (Deren Yıldırım- Hâkim).

Avusturya Hukuk öğretisinde, hâkime güven çerçevesinde sadece taraflara dava malzemesinin getirilmesi temelinde ele alınmamış, işbirliği ilkesinin tasarruf ilkesi sınırları, araştırma ilkesi, yargılamanın hâkim tarafından yürütülmesi ilkeleri ile bağlantılı değerlendirilmesi gereğine işaret edilmiştir. (Rechberger/ Simotta, Zivilprozessrecht, Erkanntnisverfahren, 5.Auflage, Wien 2001, s.177 (nakleden Deren Yıldırım, Hâkim,

s. 828)) Zivilprozessverfahrensnovelle (Medenî Yargılama Usûlüne Dair Ek Kanun, kısaca ZVN) ile 2002 yılında öZPO'ya yeni eklenmiş olan md.182; taraflardan birinin karşı tarafça daha önceden devreye sokulmuş olan açıkça görülebilecek bir hukuki nitelemeyi gözden kaçırmış veya önemli görmemiş olabileceği gerekçesiyle, mahkemelerin görevlerini genişletmektedir. Mahkemenin, hukuki konuşmayla ilgili yükümlülüğü; öZPO md.182'nin ilk kez konulmasından itibaren tartışmalar yapılmıştır(Fasching, Hans, Lehrbuch des österreichhiscen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Wien 1989, s.647).

Alman Hukuku'nda ise, bu ilkeye çekince gösterilerek yaklaşım sergilenmiştir. Bir görüşe göre, yargılama hukukunun amacının objektif hukukun gerçekleşmesinin ve sosyo-psikolojik hâkim tipinin gelmesinin, maddi hukuka hizmet etmeyeceği, izleyin sürecin savcı tarafından davanın açılması sonucunun doğabileceğini, medenî yargılama hukuku genel yapısı ile bu durumun bağdaşmayacağı belirtilmiştir (Jauernig, Othmar, Jus 1971,, s. 329 vd.(Deren Yıldırım, s. 825)). Ayrıca bir başka yönden, ZPO 139. Maddede düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, uyuşmazlık konusu vakıayı araştırma zorunluluğunda bırakmadığını, bu nedenle terminolojik olarak da işaret etme ödevinden(Hinweispflicht) söz etmenin daha doğru olacağını ifade ederek, taraflarca getirilme ilkesinin etkinliğinin sürmesi gereği ifade edilmiştir (Schilken, s. 61, Becker-Eberhard, s. 74, Prütting, Hans, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wondal der Gezetgebung, NJW. 1980, s. 361 (nakleden Deren-Yıldırım, s. 826))

Alman Hukuk öğretisinde, konuya dair bir başka yaklaşım da, taraflarca getirilme ilkesinin, hem hâkimin davayı aydınlatma ödevi hem sürpriz karar yasağı, hem de dürüstlük ilkesi ile geri plana itildiğini belirtmektedir (Peters, Wachsende, Beactung der richterlichen Hinweispflicht, Festschrift für K.Buys, 2003, C.I, s.1253). Ancak ZPO 139. madde hükmünün bu konuda açık düzenlemesi ile Alman yasa koyucusunun hâkimin yetkisini arttırdığı görülmektedir. Becker- Eberhard, öğretide, ideal olanın, tarafların davayı daha az yönettiği, tarafların birlikte çalıştıkları, dava yönetiminde hâkimin daha etkin olduğu , hâkim ve taraflar arasında adeta bir grup çalışması şeklinde davanın bir seyir izlediği, sosyal bir medenî usûl anlayışının söz konusu olmasını savunmaktadır (Becker-Eberhard, s. 40). Ancak Hahn'ın görüşündeki gibi sosyal mühendis olması da kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği benimsenmiştir Hahn, Kooperationmaxime im Zivilprozess, 1982, s. 16 vd., Wasserman, Der soziale Zivilprozess, 1978, s. 49 (nakleden Becker-Eberhard, s. 40).

Türk Hukuku'nda bu ilke her ne kadar açıkça yer almasa da, öğretide, taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesi yerine, hâkimin ve tarafların işbirliği ilkesi ile, hâkimin davayı aydınlatma ödevi başta olmak üzere kırılmalar karşısında tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Karslı, s. 284).

Türk toplumunun sosyolojik gerçekleri ile, Alman ve Avusturya toplumlarının sosyolojik gerçeklerinin farklılığının bilinen bir durum olduğu düşüncesindeyiz. Akdeniz havzasındaki ülkelerde, duygusal tepkiler, buna bağlı olarak çatışmacı davranış modelleri daha fazla görüldüğü bilinen bir gerçektir. Akdeniz ülkelerinde her ne kadar tutucu eğilimler sıkça görülse de tarihin eski dönemlerinden beri liberal akımlara eğilim fazla görülmektedir. Bu temelde, hâkimin konumu açısından akılcı bir davranış sergilenmesi, duygusallıktan kaçınılması, tarafların bu akılcı ve serinkanlı tutumu çeşitli gerekçelerle bozucu tutumlarından uzak kalınması ve hatta engellenmesi toplumsal bir gerek olduğu kadar hukuksal bir gereksinim olduğunu düşünmekteyiz. Bu konularda sosyolojik araştırmaların yapılması ve yorumumuzun da isabetli olup olmadığının denetimi gereklidir. Ancak, yaşam deneyimi ile vardığımız bu sonuca göre, Türk toplumunda hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı her zaman istenen ancak nihai karar aleyhine olan taraflarca aksi yönde yani hâkimin taraflılığına dair itham içeren söylemlerde bulunulduğu da görülebilmektedir.

Hâkimin taraflarla işbirliği ilkesinin kabulü ile beraber, müzakere ilkesinin de açıkça kabulü tutarlı olacaktır. Ancak bu ilkelerin uygulanabilmesi hâkimlerin beden dilinden, kullandıkları her bir sözcüğe kadar dikkat ve özen göstermesi ile tarafsızlık açısından şüphe uyandırmadan başarıya kavuşabilecektir. Hâkimler Savcılar Kanunu 68. maddesi gereği "yaptıkları işler ve davranışları ile görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak, hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak" disiplin cezası ile cezalandırılması için bir koşul olarak düzenlenmiştir. Bu temelde, taraflar nezdinde tarafsızlığına gölge düşmediğini de hâkim davranışları ve tutumu ile yansıtmalıdır. Tarafsızlık ilkesinin ihlali Yargılama Hukuku açısından da sakıncaları beraberinde getirecektir. Yargılamanın her aşamasında vakıa belirlenmesinde, hukuki sebeplerin ve delillerin değerlendirilmesinde bir belirleme veya düşünce açıklaması yaptığında takdir yetkisini kullandığı durumlarda, tarafsızlık ilkesi önemini daha çok gösterecektir. Özellikle teksif ilkesinin uygulanışı, gerekçeli karar verilmesi de , bu anlamda önem taşıyacaktır (Akcan, Recep, Hâkimin Vasıfları, Ankara 2013, s. 112).

Alman Hukuku ve Avusturya Hukukundaki işbirliği ilkesi, aslında arabuluculuktaki uygar barış kültürü oluşturma etkisine dair beklentinin bir öncüsü olarak oluşmuştur diyebiliriz. Klein'ın düşüncesindeki gibi zayıfı korumak , hem de maddi gerçeğe uygun adil yargılamayı sağlamak için etkin konumdaki bir hâkim, kanımızca da ideal görülebilir. Ancak toplumsal gerçekler içinde, müzakere sürecinde, yargılamada delil temin ve sunulmasında, tarafların HMK 29. maddesindeki dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevine dair egemen ilke düzenlemesine göre davranması aslında yasa koyucunun yaptırımsız bir ilke getirse de, maddi gerçeğe ulaşmayı medenî yargılamadan beklediğini gösteren bir dileği olarak görebiliriz. Yaptırımsız ilkenin bir düzen getirmesi

halinde, HMK 27. maddesinin gerekçesinde müzakere ödevine işaret edilmekle, kısmen işbirliğinin varlığından söz edilebilir. Müzakere ödevi, hâkimi ihsası rey sınırlarında ve bir diğer açıdan yol gösterme yasağı sınırlarında bir yargılama faaliyetinde bulunmasına yol açabilecek şekilde hassas uygulaması olan bir ilke olarak değerlendirilebilir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile hâkimin davada gerekli olmadığı halde görüşünü açıklamış olması; temas ettiği davada ispat ölçüsünün yerine getirilmemiş olduğunun taraflara belirtirken örneğin, "bu durumda davanız reddedilir" benzeri bir ifade ile kullanmasında görülebilir. Hâkimin taraflar ile iletişimi belli bir disiplin içinde tarafsızlık ilkesini ihlal etmeden söz konusu olmalıdır. Bu anlamda hâkimin taraflarla iletişimini tamamen serbest bırakmamalı, HMK'nun 27.maddesini geniş yorumlamamalı, davayı serbest bir tartışma ortamı şeklinde görmemek düşüncesi yasakoyucu tarafından benimsenmiştir kanısındayız.

Hâkimin görüşünü açıklaması tarafsızlık ilkesi ile bağlantılı olarak değerlendirilmesinden öte HMK 27. maddesi ile bağlantılı bir usûli ilişki sorunu olarak değerlendirilmelidir kanısındayız. Hâkimin oy ve görüşünü açıklaması konusu öğretide tarafsızlık ilkesi ile bağlantılı olarak değerlendirilmektedir[281]. Hâkimin yüzeysel ve öznel baktığı kanısı ile tarafsız olamayacağı değerlendirilmektedir. Hâkim, ihsası reyde bulunduğunda, yargılama sırasında dosyadaki belirsizlik veya çelişki halinde davada taraflar üzerinde olumsuz bir kanı uyandıran bir yargı görevlisi görüntüsü içinde olacağından, tarafların davayı aydınlatmada kendi üzerlerine düşen yükümlülüklerden kaçınabileceği; yükümlülüğün yerine getirilmesini de gerçekleştirmeyeceğinden, bu anlamda ihsası rey bir sınır olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi için ileri sürülebilir. Hâkimin dava sürecinde taraflar ile iletişimde tarafların yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmaması kadar

genel olarak istense de gerçekleşmesi bizce zordur, buna insan doğası engel olabilir. Çatışmayı kamusal bir boyuta taşıyarak, etkin hukuki koruma isteyen taraflar, yargı organlarında çatışmalarında adaletten çok çıkar ekseninde ve bunun sonucu "kazanma" dileği ile hareket ederken, aydınlatma ödevinden daha ötede bir işbirliğine girmesi çatışmayı giderecek bir etkinlikte olmayabilir.

[281] Tanrıver.s.274; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.86 vd.

kendisi de görüşünü HMK 31. maddeden doğan ödevini yerine getirmeden oluşturmakta acele etmemelidir; bu anlamda hâkimin kendisi de önyargıya karşı temkinli yaklaşmalı, davayı aydınlatmadan karar verme yoluna yönelmemesi yönünden de ihsası rey yasağının varlığı işlevsel önem taşımaktadır.

bb. Hâkimin Taraflara Yol Gösterme ve Öğüt Verme Yasağı

Hâkimin, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, taraflarla HMK 27. madde gereği, yargılama açısından gelinen durumu iletişim kurarak açıklaması gerekebilir. Gerek davanın içerisinde gerek başında sunulan dilekçeler, gerekse deliller yönünden olsun belirsizlik veya çelişki durumunda hâkimin aydınlatma ödevini yerine getirmeden önce, taraflarla iletişim kurması kaçınılmazdır. Bu iletişimin de, hâkim ve taraflar arasındaki güvenilirliği zedelememesi ve hâkimin tarafsızlığına gölge düşürmemesi gerekir. Hâkimin vasıf olarak, gerek duruşma gerek karar aşamasında kendisini yargılamadan zorunlu olarak çekilmesi gereken olasılıkları makul ölçülerde en aza indirecek şekilde davranışta bulunması gereklidir, bu anlamda, hâkimin bir red sebebi oluşturacak davranışlardan kaçınması gerekecektir[282]. Bu durumda, hâkimin, tarafların gerek beyan gerekse delillerdeki belirsizlik ve çelişki durumuna işaret etmesindeki ifadelerine dikkat etmesi gerekecektir. Burada ölçü, hâkimin maddi anlamda sevk yetkisi kapsamında taraflara yönelttiği soruların, işaret ettiği konuların temeli olan ve nesnel olmasıdır. Özellikle de, hâkimin henüz kesin bir düşünceye ulaşmadığı; yeni savlara açık olduğu anlaşılmalıdır [283].

Öğretide, bu konuda Alangoya, mülga HUMK 75. maddesinden hareketle hâkimin davayı aydınlatma ödevi olmasaydı davaya bakan hâkimin davaya konu iddianın ispatlanamadığını yeni delil sunulması gerektiğini, istem ile uyuşmazlık konusu olay arasında dava temeli oluşturmaya yeterlilik ilişkisi bulunmadığını hatırlatmasının yol gösterme yasağı

[282] BM tarafından kabul edilen 2003/43 sayılı Bangalor Yargı Etiği İlkeleri dahilinde "Tarafsızlık" başlıklı 23 nolu ilke; nakleden Akcan, s. 34
[283] Gören Ülkü, s. 71

olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir[284]. Bu konuda yazarın konuyu değerlendirmesi mülga HUMK 75/1. maddesindeki hâkimin yeni vakıa getirtilmesine yol açabilecek bir hatırlatma yasağına, ikinci ve üçüncü fıkralarda düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevinin getirdiği bir istisnadan yola çıkılarak söz konusu olmuştur. HMK 31. maddesi hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile böyle bir ayrıksı durumu işaret ederek düzenlemiş değildir, ancak daha önce incelendiği gibi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi arasındaki ilişki de dikkatten kaçmadan değerlendirilmelidir Zira mülga HUMK 75/1. maddesi de HMK 25.maddesinde karşılığını bulurken, gerekçesinde de işaret edildiği gibi, HMK 31.maddeden bu ayrıksılığa işaret etmesiyle de ayrılan ya da çelişen yönü de bulunmamaktadır. Gerekçe de, bu hatırlatmayı ya da işaret etmeyi HMK 31. maddesiyle beraber değerlendirmektedir. "Hatırlatma" konusu, bu temelde ele alındığında bir "sınır" olduğu, bu sınırın da, hem HMK 25.maddesi hem de HMK 36. maddesi doğrultusunda "yol gösterme" yasağına göre değerlendirilmesi gerekmektedir[285].

Davada ileri sürülmemiş, ancak ileri sürüldüğünde davacı veya davalı yönünden davanın kazanılmasına neden olabilecek bir vakıanın getirilmesinin hatırlatılması yol gösterme yasağının yaptırımları ile karşılaşacaktır. Örneğin bir boşanma davasında hâkimin boşanmak istemeyen davalı tarafa, cep telefonundaki tüm yazışmaların aleyhine delil olabileceği gerekçesiyle yazışmaların silinmesini veya kullanılamaz, ulaşılamaz duruma getirilmesini önermesi yol gösterme yasağını ihlal etmek olarak değerlendirilebilir. Bir başka örnek de, işçilik alacaklarının dava konusu edildiği bir uyuşmazlıkta, hâkimin davanın taraflarından birine, tanıkları ile duruşma öncesi görüşmesini, bu görüşmede soracağı soruların neler olduğunu da tarafa belirterek, o soruları yanıtlayacaklarını, örneğin sorulardan biri olarak, iş sözleşmesinin sona erme şekli konusunda dava dilekçesinde davacının iddia

[284] Alangoya, Yavuz: Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Alangoya,Yavuz Makaleler İstanbul 2012, s. 320 (Dava Temeli)
[285] Alangoya, İlkeler, s. 156

ettiği olayların ne olduğunu belirtmesinin davacı yönünden yararlı olacağını davacıya söylerse, bu durum da kanımızca yol gösterme ve öğüt verme yasağını ihlal olarak değerlendirilmelidir.

Hâkimin, , davayı aydınlatma ödevi ile bağlantılı olarak hatırlatıp yenilik doğuran hakları, defileri hatırlatması Türk ve Alman öğretisinde tartışılmıştır[286]. Bu yöndeki tartışmada, yenilik doğuran haklara ilişkin olarak bu hakların koşullarının meydana geldiğini, hâkim dava dosyasından tespit edilebiliyor fakat buna dair irade açıklaması hak sahibi tarafından ileri sürülmemiş ise, bu durumun hak sahibi tarafa hatırlatmaması gerektiği belirtilmektedir[287]. Karşı görüşteki yazarların genel olarak ileri sürdüğü çıkış noktası ise maddi gerçek yönünden hak sahibi olan tarafın haklı iken, bu hatırlatma olmaması nedeniyle davayı kaybetmesi olasılığının hakkaniyetle bağdaşmamasıdır. Peters'a göre, hâkim, hukuku uygulamakla görevli olduğundan, taraflara haklarına dair bilgi vermekte, yeni bir savunma aracı vermekten ziyade dava dosyasında yer alan bir savunma aracının etkin hale gelmesi için isabetli yargılama yolunu işaret etmektedir[288]. Yenilik doğuran hak yönünden, hâkimin bu yönde bir hatırlatma ödevinin bulunmadığına, bu yöndeki iradenin dava dosyasına katılarak, iradenin yani "açıklanmamış" iradenin aydınlatılarak davaya dahil edilmesinin tarafsızlık ilkesini ihlal edeceği yönündeki Türk Hukukundaki görüşe katılıyoruz[289].

Zamanaşımı defi ve diğer defiler yönünden de, hâkimin bu hakkı kullanıp kullanmayacağını tarafa sorması, bu yönde bir yol göstermede bulunması ile ilgili olarak Türk

[286] Karaaslan, s. 165 vd; Gören Ülkü, s.68; Yılmaz, Şerh, s. 426; hâkimin, ıslah yapabileceğini hatırlatmasının, HMK m. 36, b. b. kapsamında) ret sebebi teşkil ettiği yönünde bkz. Yılmaz - Islah, s. 461, 462; Alman Hukuku'nda ise, hâkim tarafından, itiraz ve def'i hakkının tarafa hatırlatılmasının, bir ret sebebi teşkil edip etmediği tartışmalı olup; zamanaşımı def'inin tarafa anımsatılması ise, genellikle ret sebebi olarak kabul edilmektedir (Musıelak – Heinrich, § 42, Rdnr. 12; Zöller – Vollkommer, § 42, Rdnr. 27); hâkim tarafından, tarafa zamanaşımı def'inin anımsatılmasının ret sebebi olduğu yönünde bkz. Jauernıg, s.47; Schılken, s. 25, Rdnr. 57; BGH kararlarında, zamanaşımı def'inin tarafa hatırlatılmasının ret sebebi oluşturduğu yönünde bkz. Münch Komm – Gehrleın, § 42, Rdnr. 34; aksi yönde bkz. Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 16. neubearbeitete Auflage, München 2004, s. 152, Rdnr. 12. Stürner, s.77, Peters, s. 134 vd., Nowak, s.72 vd

[287] Stürner, s.77, karşıt görüş için bkz. Hermisson, s.2561, Peters, s. 134

[288] Peters, s. 134

[289] Karaaslan, s. 168

ve Alman Hukukunda değerlendirmeler yapılırken Alman hukuku yönünden zamanaşımı defiinin hâkim tarafında dava dosyası içeriğinden, davalı tarafça sunulan beyanlarda, zamanaşımı anlamına gelen ifadeler olması durumunda aydınlatıcı soru ve açıklama istemleri olabileceği ancak böylesi bir beyan yoksa o zaman bu yönde bir sorunun yol gösterme yasağını ihlal kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir[290]. Aksi yönde bir görüşe göre ise, dava dosyasına giren dava malzemesinden yola çıkarak tüm maddi ve hukuki konuların aydınlatılması gerektiğini, açıkça zamanaşımı definde bulunulmasa da, dava malzemesinden hakkın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı anlaşılmakta ise, bu yönde bir beyanda bulunup bulunmadığının davalı tarafa sorarak aydınlatma faaliyetinde bulunulması gerektiği belirtilmiştir[291]. Bir başka görüş de örtülü olarak zamanaşımı definin ileri sürülmesi fakat ifadelerde belirsizliğin bulunması durumunda bu belirsizliğin soru sorarak açıklattırarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile giderilebileceğini belirtmiş, defi-itiraz farkından hareketle aydınlatma ödevinden hareketle zamanaşımı definin hatırlatılamayacağı belirtilmiştir[292]. 2002 yılındaki değişiklik sonrasında ZPO 139.madde de, Alman Federal Mahkemesi'ne göre zamanaşımı definin davalı tarafa hatırlatılmasına izin verilmemektedir[293]. Ancak Alman öğretisinde, bu görüşün aksini savunan yazarlar vardır[294]. Bu görüşlerin gerekçesinde, maddi hukuka uygun olarak verilecek bir kararda, sadece davalının hukuku bilmemesi veya ihmali nedeniyle davacının lehine karar verilmesinin maddi hukuk yönünden isabetli olmayacağı usûli bir fırsat eşitliğinin sağlandığını belirtmişlerdir. Ayrıca, bu yolla ikinci bir davanın önünün kesileceğini, davalıya seçme hakkı tanındığı ileri sürülmüştür.

Bizce de, öğretide çoğunluk olarak benimsendiği gibi, dava dosyasından tespit edilse bile, itiraz niteliğinde olmadığından zamanaşımı definin davalı tarafa hatırlatılması hâkimin

[290] Stürner, s. 80 vd.
[291] Peters, s. 135
[292] Hermisson, s. 2561
[293] Karaaslan, s. 177
[294] Zöller-Vollkammer, s. 42, kn.27,Koch, s.215, nakleden Karaaslan, s. 179

tarafsızlığından şüphe doğurabileceği[295] gibi, yol gösterme yasağı içinde de değerlendirilebilecek bir hukuka aykırılık hali oluşturacaktır. Gene öğretide belirtildiği gibi[296], davalı tarafın beyanlarında zamanaşımı defini çağrıştıran fakat cümle olarak anlamda karmaşa yaratan, algı zorluğu doğuran beyanlar varsa, bu beyanlardan yola çıkılarak hâkimin davalı tarafa beyanını açıklattırması, bu yönde soru sorması olanaklıdır[297]. Ancak soru sorarken de hâkimin davalı tarafı zamanaşımı definde bulunmaya teşvik edici yol gösterici ifadelerden kaçınması, zamanaşımı defiinin davalı lehine bir durum olduğu izlenimi verecek bedensel hareketlere yani beden dilini bu yönde oluşturmaya yönelmemesi gereklidir.

cc. Yasakların İhlali

Hâkimin, taraflara yol göstermesi veya öğütte bulunması ile, ihsası reyde bulunmasının yaptırımı HMK'da düzenlenmiştir. Bu eylemlerin yaptırımı, 36. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Karineten davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması ya da davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması durumunda hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir.

Hâkimin, davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken, taraflara yol göstermesi, öğüt vermesi ve de ihsası reyde bulunması büyük olasılık içindedir. Aşağıda son bölümde inceleyeceğimiz gibi, hâkimin aydınlatma faaliyetindeki araçları soru sormak, açıklama yaptırmak ve delil sunulmasını istemek olduğu, ayrıca hâkimin müzakere ödevi de

[295] Meriç, Aydınlatma, s. 689
[296] Karaaslan, s. 182 ve 232
[297] bkz. Gören Ülkü, s. 77 yazar burada örnek olarak *"zamanaşımı def'inde bulunma hakkı olan taraf, duruşma esnasında, "yeter artık, aradan kaç sene geçti" diye savunmada bulunuyor ve özellikle de, yargılamada bir avukat ile temsil edilmiyor ise, hâkimin, tarafa, "zamanaşımı def'ini mi kastediyorsunuz?" diye sormasını ret sebebi olarak değerlendirmemek gerekir. Zira somut olayda aslında taraf içerik itibarı ile söz konusu savunmayı yapmıştır. Hâkim burada, tarafın hiç dermeyan etmediği bir hususu davaya dahil etmemektedir; tarafın beyanına ek bir savunma da getirmemektedir. Sadece tarafın aslında beyan ettiği savunmayı, Kanun'un dili ile ifade etmektedir"*şeklinde HMK 33.maddenin uygulaması ile 31. madde uygulamasının bağdaştığı noktaya işaret etmektedir.

bulunduğundan taraflarla iletişim içinde olması gerekecektir. Hâkim, bir insandır. Dava malzemesini değerlendirirken, belirsizlik gördüğünde, doğaldır ki bir vakıanın var olup olmadığı yönündeki ilk nesnel bakışında sarsılma olabilir, hele ki çelişkiler karşısında bu bakış olumsuz bir biçime dönebilir. Kanısının olumlu olmadığını taraflara açıklaması her an olabilecek bir durumdur. Bir başka açıdan insani olarak özellikle avukat yardımı alamamış bir tarafı korumak güdüsü vicdanında uyanmış olabilir. Bunlar hâkimin tarafsız olması gereken konumunda doğru olmayan yaklaşımlar olsa da, uygulama içerisinde bir risk olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâkimin iletişimde bulunurken yani HMK 27. madde gereğince davadaki belirsizliği taraflara "belirtirken", bir sonraki eylemi 31. maddeden doğan ödevini yerine getirecek olsa da, taraflılık kanısı uyandıracak hatalar yapabilir. 31.maddeyi uygularken de, sorularını sorarken, iletişimini kurarken bireysel olarak bir normu yorumlaması, zihninde önyargılarının gelişmesine bağlı olarak taraflara doğrudan sonuca dair görüşü şeklinde de yansıyabilir. Böylesi durumlar için HMK, hâkimin reddi kurumunun uygulamasını bir yol olarak öngörmüştür. Ancak bu yol, tarafların mutlaka başvuracağı bir yol değildir; hâkimin davada bu amaçla hareket ettiği her zaman ileri sürülemeyebilir. Hâkim, bir tarafı korumak amacı ile hareket etmediği izlenimi verdiğinde, kendi aleyhine durumun seyrettiği tarafın hâkimi red yoluna gitmesi zorunlu değildir, zira hâkimin yasaklılığı ile reddi arasındaki temel fark da burada yer almaktadır[298]. 37. madde de bu durumu açık ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde düzenlemiştir[299]. İsviçre Hukukunda ise hâkimin bu açıdan kendisini reddetmesi zorunludur[300].

[298] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.117

[299] *"MADDE 37- (1) Hâkim, reddini gerektiren sebeplerden biri varken bizzat çekilmezse, iki taraftan biri ret talebinde bulununcaya kadar davaya bakabilir."*öğretide, normun takdiri hâkime bırakan sözüne karşın red sebebi olduğu durumda hâkimin çekinmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir, burada gerekçe olarak 37. Maddenin gerekçesine işaret edilmiştir ve "*ret sebebinin varlığına kani olan hâkimin davadan çekilmesi, tarafların bu yöndeki iradelerinden bağımsız olarak gerçekleşir",* şeklinde görüş açıklanmıştır,bkz. Gören Ülkü, s.166, ancak hâkimin vicdanının bu yönden denetimi yasada yer almamaktadır. Taraf red sebebini sonradan öğrenmişse 375/1-b maddesi kapsamında yargılamanın iadesi sebebi olarak da kabul edilmemiştir. Bentte, "*b) Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması."* Bu anlamda red talebine dair yargılama sürecinin sonundaki karara

HMK ‘unun 36. maddesinde ise red sebepleri örnek olarak sayılmıştır. Bu sebeplerin gerçekleşmesi durumunda, taraflar da hâkimi reddebileceği gibi, hâkim de kendisini reddedebilecektir. Örneğin, hâkim, bir tarafa, “dava zamanaşımına uğramış, neden açtınız?” gibi hatırlatma konusunda duraksamaya neden olmayacak bir şekilde görüşünü belirttiği bir durumda kendisini reddetmesi beklenecektir. Bir başka örnek olarak da, hâkimin tanık beyanlarındaki belirsizlik üzerine, belirsizlik nedeniyle hak kaybı yaşayacak olan tarafa, “bu ifadeler size davayı kaybettirir, siz tanığı yeniden duruşmaya getirin, yeniden sorgularım, o sırada sizin dava dilekçenizde belirttiğiniz vakıa olan …konusunu özellikle sizin dediğiniz detayları içerecek şekilde belirtsin” demesi hem yol gösterme hem de tarafsızlığından şüphe doğuracak bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hâkimin reddi yönünde iradesi oluşan taraf bu işlemi HMK 38.maddeye göre yapacaktır[301]. Çalışma konumuzun sınırını aşmamak amacıyla red usûlü ayrıca incelenmeyecektir, ancak belirtmek gerekir ki, hâkimi reddeden tarafın red dilekçesinde de belirsizlik veya çelişki olabilir. 38. maddenin ikinci fıkrasına göre, red istemi dilekçe ile ve deliller eklenerek yapılacaktır. Red isteminde bulunurken hâkimin reddi dilekçesinde “ret” sözcüğünün geçmesine gerek olmamakla birlikte, hâkimin reddine yönelik istemin açık bir biçimde anlaşılabiliyor olması gerekmektedir[302]. Her ne kadar, red isteminin incelemesinin

---

karşın davaya, bu karar yok sayılırcasına devam edilmesi yargılamanın iadesi sebebi olarak belirtilmiş, 37. maddedeki takdir yetkisi denetim dışı bırakılmıştır.

[300] Gören Ülkü, s. 165, dn.35

[301] *“ MADDE 38- (1) Hâkimin reddi sebebini bilen tarafın, ret talebini en geç ilk duruşmada ileri sürmesi gerekir. Taraf, ret sebebini davaya bakıldığı sırada öğrenmiş ise en geç öğrenmeden sonraki ilk duruşmada, yeni bir işlem yapılmadan önce bu talebini hemen bildirmek zorundadır. Belirtilen sürede yapılmayan ret talebi dinlenmez. (2) Hâkimin reddi, dilekçeyle talep edilir. Bu dilekçede, ret talebinin dayandığı sebepler ile delil veya emarelerin açıkça gösterilmesi ve varsa belgelerin eklenmesi gerekir. (3) Hâkimin reddi dilekçesi, reddi istenen hâkimin mensup olduğu mahkemeye verilir. (4) Ret talebi geri alınamaz. (5) Hâkimi reddeden taraf, dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirir. Karşı taraf bir hafta içinde cevap verebilir. Bu süre geçtikten sonra yazı işleri müdürü tarafından ret dilekçesi, varsa karşı tarafın cevabı ve ekleri, dosya ile birlikte reddi istenen hâkime verilir. Hâkim bir hafta içinde dosyayı inceler ve ret sebeplerinin kanuna uygun olup olmadığı hakkındaki düşüncesini yazı ile bildirerek, dosyayı hemen merciine gönderilmek üzere yazı işleri müdürüne verir. (6) Ret sebebi sabit olmasa bile, merci bunu muhtemel görürse, ret talebini kabul edebilir. (7) Ret sebepleri hakkında yemin teklif olunamaz. (8) Hâkimi çekilmeye davet, hâkimin reddi hükmündedir. (9) Bu kararlar aleyhine ancak hükümle birlikte kanun yollarına başvurulabilir”*

[302] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.123, Postacıoğlu, s. 84 , Umar, s. 156; Üstündağ, s. 132, Gören Ülkü, s. 178

dosya üzerinden de yapılacağı 42/1.maddede belirtilmişse de, gerek istemde gerekse delillerde belirsizlik ve çelişki halinde red istemini inceleyen merciin tarafları 144. maddeye göre çağırması ve dinlemesi ile bu belirsizlik ve çelişkiyi gene 31. maddeye göre gidermesi gerekecektir[303].

Hakim, taraflarca getirilen dava malzemesi ile sınırlı olarak faaliyette bulunacaktır, bu sınır aşılırsa ya da sorduğu sorular, yapılmasını istediği açıklamalar bu dava malzemesi ile bağlantısını kaybettiğinde bu durum, tarafa öğüt vermek ya da yol göstermek olarak değerlendirilebilir[304].

Hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında taraflara yöneltmiş olduğu sorular olmaksızın, hukuki dinlenilme hakkı içinde düzenlenmiş bulunan açıklama hakkının uygulanması söz konusu olmayabilir. Bunun birlikte tarafların da hâkim ile aynı bakış açısında olmamalarına bağlı olarak önemsemedikleri veya tam olarak önemini idrak etmedikleri ya da edemedikleri konular hakkında davanın taraflarına bilgi vermek ve bu doğrultuda onlara açıklama hakkı tanımak[305] ve kararda hâkim tarafında bu nokta esas alınacak ise açıklama olanağı getirmek gerekecektir[306]. Fakat buradaki gereklilik, hâkimin kendi görüşünü açıklaması ya da hukuki yorumunu müzakereye açması şeklinde anlaşılmamalıdır, burada yargılama içinde hâkimin hukuki değerlendirmelerine dair verdiği izlenimden ayrıldığı noktada tarafa hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olan açıklama hakkının tanınması gereğidir[307].

Hâkimin yol gösterme ve öğüt verme yasağı ile ihsası rey yasaklarının ihlal edilmiş olmasının tek yaptırımı hâkimin reddi ile sınırlı değildir. Tarafların bu ihlallerden dolayı hak kaybı meydana gelmişse ya da bu ihlalleri kanıtlama olanaklarının söz konusu olması ile hâkimin hukuki sorumluluğu HMK 46. maddesi çerçevesinde düşünülebilecektir. Hem

[303] "*Madde 144- (1) Tahkikat aşamasında mahkeme, her iki tarafı usûlüne uygun olarak davet edip, davada ileri sürülen vakıalar hakkında dinleyebilir"*
[304] Alangoya / Yıldırım / Deren – Yıldırım, s. 286; Pekcanıtez / Atalay / Özekes, s. 312
[305] Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 187; mahkemenin, kararında tarafın açık bir biçimde anlayamadığı ya da önemsiz bulduğu bir hukuki noktaya, ancak tarafa savunma hakkı tanınmış ise dayanabileceği yönünde bkz. dZPO 278, f. 3 (Schilken, Hakimin Rolü, s. 50); ayrıca bkz. Pekcanıtez, Hukuki Dinlenilme, s. 787.
[306] Üstündağ, s. 261.
[307] Schilken, Hakimin Rolü, s. 51

hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi, hem de yol gösterme ve ihsası rey yasaklarına ilişkin olarak hukuki sorumluluğun doğup doğmadığı da tartışılmalıdır. Hâkimin, yol göstermesi ya da öğüt vermesi 46.maddenin ilk bendindeki "kayırma" kastı içinde kalmış, eylem bu şekilde kendisini göstermiş olabilir. Bunun sonucunda kendisine yol gösterilen tarafın bu yolu izlemesi ve bunun karara etki etmesi durumuna ya da ihsası rey nedeniyle gerekli delilleri sunmaktan ya da ara kararların gereklerini yerine getirmekten kaçınan taraflar aleyhine karar verilmesi durumunda hâkimin hukuki sorumluluğu değerlendirilebilmelidir.

3.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İle Hukuki Dinlenilme Hakkı Arasındaki İlişki

Hukuki dinlenilme hakkı HMK 27. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Yasa koyucu, hukuki dinlenilme hakkını somutlaştırmış ve içeriğini de düzenlemiştir.

HMK 27. Maddesinin ikinci fıkrasına göre, hukuki dinlenilme hakkı, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir[308]. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi Anayasa'nın 36. Maddesinde hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerekçe, hukuki dinlenilme hakkını, adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olarak nitelendirmiştir.

---

308 *"**Hukuki dinlenilme hakkı***
***MADDE 27-** (1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.*
(2) Bu hak;
a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,
b) Açıklama ve ispat hakkını,
c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir."

Hukuki dinlenilme hakkı, mehaz İsviçre hukukunda, schZPO 53. maddesinde de düzenlenmiştir[309]. Madde başlığı, "rechtliches gehör" olarak belirtilmiş olup, ilk fıkrasında, tarafların kendilerinin dinlenilmesi hakkı, ikinci fıkrasında ise, tarafların dosyayı inceleme ve örnek alma hakkını düzenlemektedir. Alman hukukunda ise, dZPO 136/3[310], 139 ve 1042/1.[311] maddelerinde düzenlenmiştir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, Alman Hukuku'nda düzenlenirken, hukuki dinlenilme hakkından uzak bir anlayışta değil, tam tersine, bu anlayışı içselleştiren normatif bir düzenleme ile konu yasalaştırılmıştır. Alman Anayasası'nın 103. Maddesinden yola çıkılarak, hukuki dinlenme istemini mahkeme ancak, önceden uyarmadan, bilinçli ve bilgili bir dava tarafının, davanın o ana kadarki gidişatına göre gözönünde bulundurmaya gerek görmediği maddi beyanlarından bazı beklentileri yerine getirmesini ister veya hukuki bakış açısı konulmasını belirtir ya da kendisi daha önceki veya ilk derece mahkemesinin delil takdirini değiştirir. Böylece, ZPO 139. Maddesindeki işaret etme ödevi de güvence altına alınmış olmaktadır[312].

---

[309] *"**Art. 53** Rechtliches Gehör*
[1] Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.
[2] Insbesondere können sie die Akten einsehen und Kopien anfertigen lassen, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen."(https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi 1.8.2019)

[310] *" **§ 136 Prozessleitung durch Vorsitzenden***
(1) Der Vorsitzende eröffnet und leitet die Verhandlung.
(2) Er erteilt das Wort und kann es demjenigen, der seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen. Er hat jedem Mitglied des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.
(3) Er hat Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfend erörtert und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt wird; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.", çevirisi olarak, madde başlığı dava yönetimi olarak belirtmek gerekir ki, üçüncü fıkrasında hâkimin duruşmanın kesintisiz yapılmasını sağlayacağını, dava konusunun geniş bir şekilde tartışılacağını, karar verilmeden önce gerekirse müzakereye devam etmek için yeni duruşma günü verilebileceğini düzenlemektedir.

[311] "**§ 1042 Allgemeine Verfahrensregeln**
(1) Die Parteien sind gleich zu behandeln. Jeder Partei ist rechtliches Gehör zu gewähren.", çeviri olarak, taraflara eşit işlem yapılması ve hukuki dinlenilme hakkı tanınması gereğine işaret ettiğini belirtmek gerekmektedir.

[312] Stein/Jonas/ Leipold, s.75, 2001 yılındaki medenî yargılama reformunda Alman yasa koyucusu; ZPO md. 139'un bütününde, hukuki dinlenmenin sağlanmasını açıkça vurgulamıştır. ZPO yd md. 139'un sürpriz karar verme yasağının temel dayanağı olan hukuki dinlenme istemini somutlaştırdığına işaret etmiş ve fıkra 1'in yeni düzenlemesinde bir de "..işaret etti / hatırlattı / uyardı" kelimelerini ekleyerek, sürpriz karar verme yasağında;

Adil yargılanma hakkının unsurları hem yukarıda incelendiği üzere, AİHS 6. maddesinde hem de buradan hareketle öğretide[313] mahkemeye başvurma hakkı, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi, duruşmada hazır bulunma hakkı, susma ve kendini suçlamama hakkı, delil sunma, delillere ulaşma hakkı, gerekçeli karar hakkı, avukat ile temsil hakkı, aleniyet ilkesi ve makul sürede yargılanma hakkı olarak belirtilmiştir. Bu hak yukarıda sayılan unsurları içermekle birlikte, öğretide özellikle maddi gerçeğin bulunmasını yargılama hukukunun tek amacı olarak kabul eden görüş dışında, adil yargılanma hakkı kapsamında bir yargılamanın gerçekleştirilmesinin amaç olarak kabul edildiği bir bakış açısı, hukuki dinlenilme hakkına önem vermektedir ve hukuki dinlenilme hakkının kapsamında en önemli koşullarından birinin de bilgi alma hakkı kapsamında davanın taraflarına usûlüne göre tebligat yapılması gereği olduğu dikkati çekilmektedir[314].

Öğretide de, bu duruma işaret ile, adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkının irtibatını AİHS 6.maddesindeki " Her şahıs davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenilmesini istemek hakkını haizdir" normunda bulduğu belirtilmiştir[315]. Hem uygulama hem öğreti bu hakkın içeriğini, AİHS'in imzalanıp yürürlüğe girişinden itibaren oluşturmuştur. Öğretide, hukuki dinlenilme hakkının kaynağını insan onuru ve insan eşitliğinden alan, hukuk devletinin sağlaması gereken bir hak olduğu ifade edilmiştir.

---

tarafın atladığı veya önemli görmediği bakış açısına yönelik hukuki hatırlatma yoluyla sağlanabilecek olan hukuki dinlenme hakkının söz konusu olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Yasa koyucu ayrıca fıkra 2'yi paragraf 2'e eklemlemiş ve mahkemenin her iki taraftan farklı değerlendirdiği bir tavsif için de aynı şeyin geçerli olacağını kurala bağlamıştır. Yasa koyucu buna gerekçe olarak da; mahkemenin her iki tarafın bakışından farklı bir bakışla hüküm vermek istediğinde sürpriz karar verme yasağının işin içine girmesini belirtmiştir. Bu durumda da mahkeme; karar vermeden önce böylesi farklılaşan bir değerlendirme konusunda hatırlatma yapmak zorundadır , hukuki uyuşmazlığın maddi ve hukuki anlamda kapsamlı olarak netleştirilmesi yani hukuki durumu ortaya koyan ve bir uzlaşma durumuna da işaret eden bir konuşma yapmakla yükümlü olduğu göz önünde bulundurulması gereklidir, Liu, s.70, Zöller, Richard: Zivilprozessordung mit Gerichtsverfassunfsgesetz, 26.Aufl., Köln 2006, s. 26

[313] Bkz. ayrıntılı bilgi için İnceoğlu, Sibel: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, Akıncı ,Müslüm: İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2008; Demircioğlu, Yaşar: Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanmanın Güvencesi; Ankara 2007; Yılmaz, Şerh, s. 275

[314] Yılmaz, Şerh, s. 276; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 149

[315] Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı,Ankara 2003, s. 56 , (Hukuki Dinlenilme)

Ayrıca kaynağını hukuk devleti ilkesinden alması nedeniyle hukuk devleti ilkesini benimseyen tüm devletlerde, hukuki düzenlemelerin ve normlar hiyerarşisinin en üstünde yer almaktadır[316]. Bir diğer açıdan, hukuki dinlenilme hakkı taraflara bir yükümlülük olmayıp bir hak olarak kendisini göstermekte ise de, yargı organları için bu ilke bir yükümlülük[317]ve bu anlamda bir ödev olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mahkemelerin, hayattaki somut bir durumla ilgili kesin bir karar alma görevinin, taraflar dinlenmeden yerine getirilebileceğine dair hiçbir kural yoktur. Bu dinleme, doğru bir kararın önkoşuludur. Bundan çıkarılacak sonuç; hukuki dinlenilme hakkının, eşit önemleriyle bir arada bulunan bir öznel-hukuki bir de nesnel-hukuki geçerlilik derecesine sahip olduğudur[318]. Hukuki dinlenilme hakkı ilkesinin; hukuk devleti ilkesinin kişisel ve kurumsal alanındaki, insan onurundaki ve hukuk devletindeki kökleri, hukuki dinlenilme hakkı ilkesinin sınırlarını da netleştiren ve yerindeliğini gösteren bir anlam ifade eder[319].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile hâkimin tarafların hukuki dinlenilme hakkını gözetmesi arasındaki bağın incelenebilmesi için hukuki dinlenilme hakkının içeriğinin, dinamiklerinin yeni unsurlarının da kanımızca incelenmesi ve bağın bu noktalarda aranması yararlı olacaktır. Öğretide, bu hak ile ilgili olarak, yasadaki yani HMK 27/2. maddesindeki üç unsur, hukuki dinlenilme hakkının unsurları olarak kabul edilmektedir. Hukuki dinlenilme hakkının öğretideki bir tanımında[320] hukuki dinlenilme hakkı, yargılamayla hukuki durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılama etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermesini sağlayan, sürpriz karar ile karşılaşmalarının önüne geçen bir temel hak ve bir yargılama ilkesi olarak belirtilmiştir.

[316] Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 62
[317] Özekes, s. 64
[318] Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Artikel 1-19, Aufl., München 2005, s. 5
[319] Mangoldt / Klein / Starck, s.6
[320] Özekes, s.31, Umar, Şerh, s. 119

Öğretide, hukuki dinlenilme hakkının sadece mahkeme usûl işlemleri ile sınırlı olmadığını, davanın görülmesine dair usûli işlemlerden başka işlemlerde, örneğin mahkeme disiplinini sağlamak için yapılan işlemler konusunda tarafların görüşlerinin alınması gereğine işaret edilmiştir[321]. Öğretide, bu hakka "yargılamaya katılanların dinlenilmesi ilkesi" olarak adlandırma da bulunulmaktadır. Bu kapsamda, mahkemeye başvuracak herkese, olay ve kanıtları sunma olanağı tanınması, karşı tarafının ise bundan bilgi sahibi olmasına ve bunlara cevap verme olanağının tanınması olarak ifade edilmiştir. Bu konuda örnek olarak da, taraflara bildirilmiş olan duruşma gününden önce ya da sonra duruşma yapılması, duruşma gününden sonra duruşma yapılması, duruşma gününden sonra dosyanın ele alınarak tarafların bulunmadığı bir oturum yapılması ve bu oturumda dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi söz konusu ilkeye aykırılık olarak belirtilmiştir[322]. Maddi olayın açıklığa kavuşturulması için tarafların inisiyatif alması kaçınılmazdır, aksi durumda davanın sonuçlanması uzun zamana yayılacaktır[323].

Hukuki dinlenilme hakkının davanın taraflarıyla sınırlı olup olmadığı, davaya taraf olmayan ancak hüküm sonucundan etkilenecek üçüncü kişilerin de bu haktan yaralanıp yararlanmayacağı tartışılmıştır. Bu konuda Alman öğretisinde iki taraf arasında görülen bir davada isteyen her üçüncü kişinin davaya katılmasa bile bu haktan yararlanabileceği ifade edilmişti[324]. Alman Anayasa Mahkemesi ise günümüzde, davaya yalnız usûli olarak katılanların değil, hükümden doğrudan etkilenen üçüncü kişilere de bu hakkın tanınmasını

[321] Umar, s. 119
[322] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.188
[323] Bathe, Heinrich Theodor: Verhandlungmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, Berlin 1977, s. 25, Bu durumda müzakere ilkesinin gerekçesini amaca uygunluğa bağlama; asıl olarak, tarafların çarpışan çıkarlarının, maddi vakıanın ve ispat vasıtalarının mümkün olan en eksiksiz biçimde getirilmesi için en iyi garantiyi ve bununla da gerçeğe ulaşmak için en iyi garantiyi sağladığına dayanmaktadır. Bu beklenti (yine görüşün temsilcilerine göre); psikolojik ve dava ekonomisi gerekliliklerine de dayanır. Tarafların karşılıklı çıkarlarının; davanın aydınlatılmasında gerçeği bulmaya odaklı en iyi motor güç olduğu doğruysa, o zaman; en az masraflı ve en etkili olarak enerji kullanımı için, bu açıklığa kavuşturma işinin sorumluluğunu, çıkar sahiplerine bırakmak gerekecektir, Bathe, s. 27
[324] Waldner, Wolfram: Der Anspruch auf rechliches Gehör, Köln/Berlin/Bonn/Müncchen, 1989, s.111; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 382,11, s. 523 (nakleden Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.187)

işaret etmektedir[325]. Türk hukukunda ise, HMK 27. Maddesi ilk fıkrası ile bu sorun giderilmiştir, Bu yöndeki Türk öğretisi HUMK dönemi açısından [326] üçüncü kişilerin dava sonucunda verilecek hükümden etkilenebilecekler ise davada dinlenmesi gerektiği üzerinde durmaktaydı. Ancak 27. maddenin ilk fıkrası açıkça "davanın tarafları, müdahiller ve yargılamadaki diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler" şeklindeki düzenleme ile konuyu normatif belirginliğe kavuşturmuştur.

Öğretide Yılmaz, Yargıtay'ın bir içtihadı[327] ile ilgili olarak, temelde içtihada katılmakla birlikte yeni bir dava açmaya tarafın zorlanması yerine feri müdahale veya asli müdahale kurumlarının işletilmesini daha yararlı bulmaktadır[328].

Hukuki dinlenilme hakkının, davanın taraflarıyla sınırlı olduğu mu, yoksa üçüncü kişilere de tanınıp tanınmayacağına dair yapılan incelemeler, hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından da değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, dinlenecek taraf yönünden, öğretide feri müdahil olarak davaya katılan üçüncü kişinin, HMK 31. madde kapsamında davada taraf olmaması nedeniyle dinlenemeyeceği, ayrıca, davanın ihbarı halinde kendisine dava ihbar edilen üçüncü kişinin, ihbar eden taraf yanında feri müdahil olarak katılırsa da dinlenemeyeceği ifade edilmiştir, ancak üçüncü kişi ihbar eden tarafın temsilcisi

[325] Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 187
[326] Budak, Ali Cem: Medenî Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 25-45
[327] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.11.2003 tarihli 7508/10845 sayılı içtihadında ortaklık ana sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi ile ilgili uyuşmazlıkta, "…imtiyazları kaldırılmak istenen pay grupları sahibi olan paydaşlar davada taraf durumunda değildirler. Oysa yukarıda değinilen yasa hükümleri , bu konuda tarafların yargılamada karşı karşıya gelerek, her bir tarafın kendi hukuki menfaatlerini koruma konusunda bir denge sağlanması, adil yargılanma hakkının taraflara tanınması amacını gütmektedir. Böyle bir davada, kendisine taraf sıfatı tanınmayan imtiyazlı pay sahiplerinin, feri ve asli müdahil sıfatı ile davaya katılmaları,kurulabilecek hüküm bakımından bu noksanlığı giderebilecek nitelikte değildir. Bu durum karşısında mahkemece yapılacak iş, taraflara adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için, davacı tarafa imtiyazlı pay sahiplerine karşı ayrı bir dava açma hakkı tanımak ve bu dava açıldığı takdirde, usûl hükümleri çerçevesinde her iki dava birleştirilerek yargılamaya devam edilmek ve hasıl olacak sonuca göre davanın sonuçlandırılması olmalıdır. Mahkemece bu husus dikkate alınmadan davalının görülüp sonuçlandırılması doğru görülmediğinden, kararın bu yönden davaya feri müdahil olarak katılanların yararına bozulması gerekmiştir". şeklinde karar verilmiştir.(www.kazanci.com, erişim tarihi: 5.7.2019)
[328] Yılmaz, Şerh, s. 286-287

konumundaysa, bu konumundan hareketle ilgili bilgilere sahipse dinlenebileceği belirtilmiştir[329].

Bu durumda, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgili kişi yönünden sınırlama konusu ayrıca incelenecekse de, yeri geldiği için belirtmekte yarar vardır ki, biz bu görüşe katılmıyoruz. Lafzi olarak HMK 27. maddesi, 31. maddesine yani hâkimin davayı aydınlatma ödevine göre, hukuki dinlenilme hakkına dair egemen ilkenin, yararlanan kişi açısından daha geniş bir çerçeveye sahip olduğu düşünülmektedir.

HMK 27. maddesi, davanın taraflarını, katılanları ve yargılama ilgililerini hukuki dinlenilme hakkını haiz olarak nitelemiştir; ancak 31. madde sadece davanın taraflarını bu maddeden doğan uygulamaya muhatap olarak kabul etmiştir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin düzenlendiği 31.maddenin gerekçesi ile 27. maddenin gerekçeleri incelendiğinde, maddelerin ve maddelerde düzenlenen ilkelerin birbirine istisna teşkil etmeden yargılama sisteminde birbirine paralel ve uygulama açısından yeri geldikçe birbirinin kaynağını oluşturduğunu söylemek mümkündür. Bu görüşe bizi katılmaktan uzaklaştıran bir başka gerekçe de, HMK 68. Maddesi karşısında taraf dışındaki kişilerin dinlenmeyeceğini, özellikle de feri müdahilin dinlenmeyeceğinin ileri sürülmesi olanağının olmadığı gerçeğidir[330]. Feri müdahilin, yanında katıldığı kişi aleyhine olmamak üzere mahkemece dinlenebilmesi, bir usûl işlemidir; HMK 68. maddenin izin verdiği bir durumdur.

Öğretide medenî yargılama hukukunun amacını maddi gerçeğin bulunması olarak kabul eden görüşe göre[331], hâkim bir taraftan açıklama isterken, davada görüş almadığı tarafın beyanlarını dikkate almazsa, dava aydınlanmış kabul edilmemektedir, aydınlanmamakla da

---

[329] Tercan, Erdal: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafın Dinlenmesi, MİHDER, C. 7, S.18, Y.2011, s. 37

[330] *"**Fer'î müdahilin durumu***
***MADDE 68**- (1) Müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usûl işlemlerini yapabilir.*
(2) Mahkeme, katıldığı noktadan itibaren, taraflara bildirilen işlemleri müdahile de tebliğ eder."

[331] Özekes- Hukuki Dinlenilme, s. 79

maddi gerçek ortaya çıkmış olmamaktadır. Bu konuda hâkim tarafsız olmalıdır ancak her zaman davanın taraflarının eşit şekilde bu beyanlarda bulunması gerekmemektedir. Açıklama gereksinimine göre beyanda bulunmaları için hâkimin taraflara yeterli olanağı tanıması gerektiği ifade edilmiştir. Davanın temelini oluşturan ve taraflarca getirilen vakıaların açıklanması ve ispatı için mahkemece taraflara uygun ve makul süre verilerek hayat olayları müzakere edilmelidir ki, gerçeğe ulaşılabilsin, öznel hak korunsun, ancak bu durumda toplumun hukuka güveni ve hukuk güvenliği sağlanabilir. Ayrıca hukuki dinlenilme hakkına uyulmadan yapılan yargılamada, dava sebebi olan vakıaların doğru tartışılması ve mahkemece anlaşılması olanaklı olmayacağı gibi somut olaya uygulanacak hukuki niteleme de eksik olacaktır[332].

Davada usûlen taraf olmasa da davada feri müdahil olarak katılan tarafın beyanda bulunduğunda bu beyanlarının hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamı içinde kalıp kalmadığı yönünden önemlidir. Hukuki dinlenilme hakkı ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında, yasa koyucu maddi gerçeğin bulunmasını ve araştırılmasını irade etmiş olsaydı, bu durumda feri müdahilin yanı sıra davanın ihbar edildiği üçüncü kişinin beyanlarını da çelişkiler içermesi halinde bu beyanların denetlenebilir, anlaşılabilir ve nihai karar verilebilir hale getirilmesi için hâkimin bir yükümlülük altında olduğu söylenebilecekti. Adil yargılanma hakkının bir davada tam olarak gerçekleştirilmesinin gereğinden hareketle, feri müdahilin beyanlarındaki bir belirsizlikte hâkimin bu beyanların içeriğine dair bir araştırma faaliyetine girmesi kendisine ödev olarak yüklenemeyecektir, zira feri müdahil[333] davada taraf olmayıp, bir davada lehine katıldığı tarafa yardımla mükelleftir. Bu yükümlülüğün sonucunda feri müdahilin lehine veya aleyhine hüküm tesis edilmemektedir. Bu halde davanın tarafları feri

[332] İyilikli, Ahmet Can: Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi, TBB Dergisi, Y.2013, s.170

[333] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.494; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.494; Üstündağ, Yargılama, s.375; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 716; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.151; Umar,Şerh, s.221 , Yılmaz, Şerh, C.I. s.1343; Tanrıver, Usûl, s.548; Karslı, s.313; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.282 vd., Budak/Karaaslan, s.115; Postacıoğlu/Altay, s.335; Kuru,s.508; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.381

müdahilin kendilerine yardım etmesi sırasında da bu yardımdan yararlanmak isterse ve yardımın kendileri için verimli olmasını dilerse feri müdahilden beyanlarını somut ve açık hale getirmesini isteyebilirler. Maddi gerçeğin bulunması ve araştırılması medenî yargılamanın amacı olarak kabul eden görüşe göre ise feri müdahilin beyanlarının da hâkimin davayı aydınlatma faaliyetinin kapsamında kalacağı söylenebilecektir.

Adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi ile maddi gerçeğin bulunmasının bir amaç olarak kabul edildiği görüşlerin sentezinden yola çıktığımızda, usûl ekonomisi ilkesinin de gerçekleştirilmesi yasa koyucunun isteminde olduğu düşünülürse, yeni davaların açılmasına neden olmamak üzere, feri müdahilin davayı sürüncemede bırakmak istemediğinin anlaşıldığı durumlarda yani usûl ekonomisi ilkesinin sınırları içinde, açıklama yapmasına izin vermek yararlı olacaktır. En azından yargılamanın sürdüğü ve tahkikat aşamasında henüz sözlü yargılama aşamasına geçilmeden feri müdahilin yapacağı açıklamalar yeni bir duruşmanın yapılmasının esas sebebini oluşturmuyorsa yani yargılamanın bu sebeple uzaması sonucu doğmamakta ise, feri müdahile bu konuda süre verilebileceği düşüncesindeyiz.

Mahkeme huzurunda tarafların dinlenmesi, açıklama yapma olanağı tanınması ile sadece beyanda bulunma olanağı vermekle yeterli bir uygulama yapılmış olmayacaktır, hâkimin davanın tarafları ile hukuki durum değerlendirmesi yapma yani müzakere görevi vardır. Hâkimin, tarafları davanın yürütümünde, onlar için belirleyici olan noktalarda uyarması gerektiğini ve böylelikle uyarma görevinin içerik olarak hukuki dinlenmenin sağlanması görevini aşacağı savunulmaktadır. Ne var ki bu, avukatın müvekkiline yapması gereken kapsamlı hukuki açıklama ile aynı içerikte olmadığı gibi benzediğini ileri sürmek de isabetli olmayacaktır[334]. Hâkimin burada yapması gereken faaliyet, HMK 31.madde gerekçesi ile işaret edilen dZPO 139.maddedeki müzakere görevi kapsamında, maddi ve hukuki konulardaki belirsizlik ve çelişkilere işaret etmekten ibaret olmalıdır. Hâkim, karara dair bir

[334] Arndt, Adolf: Das rechtliches Gehör, NJW, 1959, s.8

pazarlık ve ikna çalışması yapmaktan hatta, yukarıda incelediğimiz Türk Yargı Etiği ilkelerinde işaret edilen tarafsızlık ve nihai karara dair görüşünü ima edecek duruşta bile bulunmamalıdır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi; sadece davanın gidişatını belirleme ve müzakere ödevinin eksiğini gidermeyi amaçlamaz; aynı zamanda, sürpriz karar yasağının temelinde yatan, hukuki dinlenme talebinin sağlanmasını da amaçlar, zira sürpriz kararlar her zaman veya hiç de seyrek olmayacak kadar çok hukuki dinlenme talebini ihlal edeceklerdir[335]. Mahkeme yargılama sırasında, gerek belirsizlik ve çelişkilere işaret ederken gerekse delilleri değerlendirirken yaptığı diyaloglarla, taraflara dava konusu olaya dair nihai kararını sezdirmiş ve bu şekilde bir güven ortamı yaratmışsa ama sonra farklı bir hukuki nitelendirmeyle karar vermek suretiyle bu güveni boşa çıkarmışsa böylesi bir durumun oluşmaması için hâkimin delillerle ya da taraf beyanları ile davanın aydınlanıp aydınlanmadığını, mevcut durumda aydınlanmamış bir davada doğabilecek sonuçları hatırlatması gerektiği ileri sürülmüştür [336]. ZPO md.139 par.2'de düzenlenmiş olan ve sürpriz kararlardan sakınılması ile ilgili olan hâkimin uyarma görevinin ihlali aynı zamanda; Alman Anayasa'sı md.103'de düzenlenmiş olan hukuki dinlenme talebinin de ihlalini ifade etmekte olduğu belirtilmiş olup[337], Türk Hukuku yönünden de Anayasa 36. maddesinin adil yargılanma hakkını düzenlenmiş olması ile aynı sonuca ulaşmak kanımızca ve yukarıda da incelemelerimiz sonucunda hukuki dinlenilme hakkının adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla doğal olarak olanaklı olduğu kanısındayız.

Alman hukukunda ileri sürülen bir görüş, duruşamalarda hâkim tarafından yapılan açıklamaları, taraflarla olan iletişimini, anlaşmazlık konusu ile ilgili hukuki meseleler üzerinde bir görüş alış-verişi olarak görmektedir ve bu şekilde tarafların, hakkın ve gerçeğin

[335] Stein/ Jonas/Leipold, s.66
[336] Stein/ Jonas/Leipold, s.42, Rosenberg /Schwab /Gottwald, s. 4
[337] Liu, s. 236

ortaya çıkarılmasına katılmalarının sağlamasının istendiğini ifade etmiştir[338], bu görüşün daha geliştirilmesi ile ileri sürülen bir diğer görüşe göre hâkimin, taraflarla hukuki değerlendirmede bulunması benimsenmekle, hâkimin, tarafların Alman anayasası 103. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkına göre tarafların açıklama yapma hakkının daha da ilerisine giderek, hâkimin taraflara hukuki değerlendirmesine dair bilgilendirme açıklaması yapmasının da bir görev olduğu değerlendirilmiştir. Dikkate alınması gereken maddi olgular üzerinde müzakere edilmeksizin ve gerektiğinde delil getirilmeksizin, maddi meselelerle ilgili karar verecek olan hâkim; maddi olay hakkında görüş oluşturamaz. Yine aynı şekilde, sadece hukuki meselelerle uğraşan hâkim tarafından da, katılımcılarla birlikte daha önce hukuki düşünceler üzerinde müzakerelerde bulunmadan, sağlam hukuki bilgi sahibi olunması anayasal açıdan mümkün değildir[339].

Şüpheli ya da çekişmeli durumlarda adalet ancak kanun ve mahkemenin ortaklaşa etkinliğinden ortaya çıkar. Bir hukuk sorunu, her zaman, karar için uygun aşamada olmayabilir. Ancak davadaki duruşmalar süreci; hukuki sorunun bir karar vermeye olanak verecek gelişimini olgunlaştırır. Bu açıdan bakıldığında dava süreci; hukuk devletine özgü olmayı hak edebilmek için asıl olarak çatışmalı ve diyalektik biçimde düzenlenmiştir. Tarafın, beyan ettiği bir maddi olguyla nereye varmak istediğini hâkimin nasıl değerlendirdiğini bir diğer taraf anlayamamışsa aslında ona gerçek anlamda bir hukuki dinlenme sağlanmamış demektir. Bu değerlendirme ile taraflar için, mahkemeye, geçici hukuki değerlendirmesinde bir gözden geçirmeye ya da bir değişiklik yapmaya sevk edebilecek hukuki ve maddi gerekçeler sunmak için taraflara son bir fırsat vermesi gerekir, böylece taraf mahkemenin neyi önemseyeceğini kesin olarak bilir ancak o zaman; belirli maddi olguları davaya dâhil edip-etmeyeceği konusunda makul bir karar verebilir [340].

[338] Werner, Fritz: Der Beruf des Richters, DRİZ 1958, s.288
[339] Arndt, Adolf: Das rechtliches Gehör, NJW 1959, s. 8
[340] Scneider, s. 881

Mahkeme bir yandan, maddi ve esnek anlamlı bakış açılarının; gözden kaçırılmış veya önemli görülmemiş hukuki bakış açılarından kaynaklanan hatalı değerlendirmelerle ilgili ve diğer hukuki ya da maddi bakış açılarının, gözden kaçırılmış veya önemli görülmemiş maddi yaklaşımların sonucu ortaya çıkan yanlış değerlendirilmeleri veya hiç değerlendirilmemeleri ile ilgili uyarılar yapmak zorundadır. Öte yandan da bunlardan doğan; maddi olgu beyanının, delil ikamesinin ve dilekçenin zorunlu netleştirilmesi, tamamlanması ve değişiklik yapılması konusunda uyarılarda bulunmak zorundadır. Ayrıca, ZPO md.139 par.2'da düzenlenmiş olan hâkimin uyarma görevi her şeyden önce; hâkimin uyuşmazlığa dair bir bakış açısını taraflardan birinin veya her ikisinin hatalı ya da önemsiz değerlendirmesi veya hiç görememiş olması sonucu ortaya çıkan sürpriz kararlardan sakınmak için gerekli açıklama ve teksif ilkesini aşmayacak şekilde delil sunmalarına olanak sağlanmasını amaçlar. ZPO md.139 par.2 bu yönden tarafı hâkimin delili ve vakıaları, ayrıca talebi de algılamasında etkin kılmak, hâkimi de bu yönde tarafı sürece katmakla bir anlamda davanın sahibi olarak tarafları belirsizliği ve çelişkiyi gidermekte öncelikle muhatap alınması gereğini düzenlemektedir[341].

4. Usûl Ekonomisi İlkesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İle Arasındaki İlişki

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı içeriğinde işaret edilen makul sürede yargılama hakkının usûl ekonomisi ilkesinin temeli olduğu ifade edilmiştir[342] . HMK 30. maddesinde[343] yer alan usûl ekonomisi ilkesi başlığı altındaki yasal düzenleme gerekçesinde, bu maddesinin AİHS 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgili olduğu ifade edilmiştir. Usûl ekonomisi ilkesi, gerekçede de belirtildiği gibi, HUMK 77. maddesinin sadeleşmiş bir şekli olarak düzenlenmiştir.

[341] Liu, s.423
[342] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 273
[343] *"**Usûl ekonomisi ilkesi***
***MADDE 30-** (1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."*

Usûl ekonomisi ilkesi medenî yargılama hukukuna egemen bir ilke olarak HMK'da yansımaları olmakla beraber, normlar hiyerarşisinde değerlendirildiğinde ise Anayasal temellerini 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141. Maddesinde bulduğu belirtilmektedir[344]. Anılan maddenin son fıkrasında davaların en az giderle ve mümkün olan hızla sonuçlandırılması yargının görevi olarak kabul edilmiştir. HMK 30. Madde düzenlemesinde ise hâkime bir yükümlülük yüklemiş ve bu çerçevede hâkimin yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Usûl ekonomisi ilkesinin HMK içerisinde bir çok yansıması vardır[345]. Aslında, bu ilkenin yansımalarının yaygın oluşu, öğretiye göre hukuki korumanın etkinliğini arttıran bir olgudur[346]. Etkin hukuki koruma, yargılamanın mümkün olduğu kadar çabuk ve hızlı olmasına, yargılamanın basit olmasına bağlıdır, bu doğrultuda hâkim yargılamanın makul sürede, gereksiz gider yapılmasını önleyecek şekilde düzenli yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümü usûl ekonomisi ilkesinin bir yansımasıdır. Bunun yanı sıra, usûl ekonomisi ilkesi, adil yargılanma hakkı ile de doğrudan bağlantılı olması nedeniyle medenî yargılamanın amacıyla da ilgilidir. Bu bağlantı da gereksiz dava açılmasını, yargılama sürecinde gereksiz işlemlerin yapılmasını, uyuşmazlığın çözümünü engelleyen veya zorlaştıran yöntemlerin tercih edilmemesini teminde göze çarpmaktadır[347].

Öğretide usûl ekonomisi ilkesi ile yargılamanın amacının maddi gerçeğe ulaşmak olarak gören görüşe[348] göre de usûl ekonomisi ilkesi ile maddi gerçeğe daha çabuk ulaşılacaktır. Kanımızca, aşağıda incelenecek olan usûlün amacı konusundaki görüşlerimizle

[344] Yılmaz, Ejder: Usûl Ekonomisi, AÜHFD, Y.2008,c.57,S.1,s.243
[345] Bkz. Sarısözen, Murat Serhat, Usûl Ekonomisi İlkesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Yansımaları, FÜHFD,C.1,S.1,s.63-90
[346] Sarısözen, s.69
[347] Yılmaz, Ejder, Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilme İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler , SÜHFD,C.V,S.1-2, Prof.Dr. M.Şakir Berki'ye Armağan,Konya 1996, s.56, Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 31, Ulukapı, Ömer: Yargıtay Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukuna Hâkim İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C.VI, y.1998, s.1-2
[348] Sarısözen, s. 70, Alangoya, Dava Temeli, s.91

paralel olarak, usûl ekonomisinin maddi gerçeğe ulaşma hedefine hizmet etmeyeceğini, zira medenî yargılama hukukunun amacının bu yönde olmadığını düşünmekteyiz.

Usûl ekonomisi ilkesinin işlevsel ve etkin uygulanmasından umulan yarar, ancak hâkimin, anılan ilkeye olan bağlılığı ile gerçekleşebilir. Örneğin davanın ihbarında, üçüncü kişinin hukuken yardım etmesi istendiğinden, görülmekte olan dava ve ileride açılması olası davanın hızlı ve etkin takibinin sağlanmış olacağı ileri sürülmüştür[349]. Bu durumda, ihbarın hâkimden talep edilmesi durumunda, ihbarın gerekçesi, ihbarın ihbar olarak değerlendirilmesi ve tüm bunlarla birlikte gerçekleşebilmesi de istemin anlaşılmasıyla mümkündür. Anlaşılırlık sağlanmalıdır ki hâkim bu yönde karar verebilsin. Davanın aydınlanması sadece vakıalar ile sınırlı değildir, HMK 31. maddesini incelediğimizde, uyuşmazlığın aydınlatılması zorunluluğu doğduğu her noktada, bunu bir "husus" yani konu olarak değerlendirecektir. Her usûli işlemin, usûlün genel amacına hizmet eder şekilde, maddi hukuka ait hakların gerçekleştirilmesi yönelişinden doğduğunu kabul edersek, uyuşmazlığın adil yargılanma içinde çözülmesi için her bir usûli işlemin de aynı belirli ve karar verilmesini sağlayacak, karar vermeye doğru hâkimin zihninde net bir şekilde yer alması gereklidir. İhbar örneğine dönersek, davada,örneğin davalı taraf davaya katılmasını, yardım etmesini istediği taraftan , beklediği yardımın gelmesi durumunda, uyuşmazlığın aydınlanmasında gerekli delil ve bilgileri sunabilecektir.

Belirsiz alacak ve tespit davalarında da yansımasını bulunan[350] usûl ekonomisi ilkesi, gene hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilişki halindedir. Belirsiz alacak davasının usûl ekonomisi ilkesi lehine olan işlevi, hem yeni bir dava açılmasına gerek kalmadan talep sonucunun arttırılmasında hem de zamanaşımı riskini baş edilebilir bir risk haline getirmekle kendisini göstermektedir. Belirsiz alacak davası ile davanın başında yatırılan başvurma harcı HMK 107.maddesinde yer alan artırım istemi üzerine artırım isteminde bulunan yan

[349] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 228, Sarısözen, s 76, Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 524
[350] Sarısözen, s.77

tarafından yatırılması gerekmeksizin sadece peşin harç yatırılarak ve davadaki diğer aşamaların hiç biri tekrarlanmaksızın artırım gerçekleşecektir. Arttırımın, yeni bir dava süreci gerçekleşmeden uyuşmazlık konusunu belirlemesi, usûl ekonomisi ilkesinin[351] basitlik, çabukluk, ucuzluk ve makul süre unsurlarının her biri ile bağlantısı açıktır. Böylesi bir kurum, uyuşmazlık miktarı[352], davacı tarafça tamamlama harcı yatırılarak belirlenmemişse ve davada karar verilmesi gereken aşama gelmişse, hâkimin HMK 26.madde kapsamında taleple bağlılığı, 24. madde kapsamında da tasarruf ilkesi gereğince miktarı kendisi belirginleştiremeyeceğinden, HMK'nun 107/2.maddesi kapsamında gelinen aşamada

[351] Simil, Cenk, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s.141 vd.

[352] Stein/Jonas/Leipold, s. 47, Rosenberg/ Schwab/Gottwald, s. 27, hâkimin gerek belirsiz alacak davasında gerekse diğer eda davası türlerinde alacak kalemlerinin her biri için istenen miktarı ayrı ayrı belirtilerek sunulması için uyarıda bulunmak ve bu konuda miktarların bildirilmesini taraflardan HMK 31 (ZPO 139) gereği istemesi gereklidir. Yargıtay 2. H.D.'nin E. 2018/817 K. 2018/2833 sayılı T. 1.3.2018 tarihli içtihadında :
"Davacı kadın 35.000 TL değerindeki ziynet alacağı talep etmiş, mahkemece davacı kadının 35.000 TL değerinde ziynet alacağı talebinin kabulüne karar verilmiş ise de; bu miktara nasıl ulaşıldığı, hangi ziynet eşyaları bedelinin bu miktar olduğu, karar yerinde tartışılmamış ve gösterilmemiştir. Dava dilekçesi, bilirkişi raporu gibi herhangi bir belgeye atıf yapılarak hüküm kurulamaz. Ziynet eşyası alacağıyla ilgili temyiz denetimine elverişli nitelikte gerekçeyi içeren bir karar bulunmamaktadır (T.C. Anayasası m.141, HMK m.297/1-c). Ayrıca davacı kadın tarafından da talep edilen ziynetlerin adet, cins, nitelik ve değerleri de gösterilmemiştir. Bu nedenle, talebe konu ziynet eşyalarının adet, cins, nitelik ve değerleri davacı tarafa açıklattırılarak (HMK m.31), mahkemece ziynet alacağının kabulüne karar verilmesi halinde, ziynet eşyalarından bedeline hükmedilenlerin hangi eşyalar olduğu ve bedelleri de gösterilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usûl ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." Şeklinde açıkça bu gerekliliğe işaret etmektedir. (www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.9.2018)
Daha önceki bir içtihadında da aynı görüşte konuyu değerlendirmiştir; "Davacı-karşı davalı kadın dava dilekçesinde ayrıca çeyiz ve kişisel eşya talebinde bulunmuş, mahkemece bu taleplerin reddine karar verilmiştir.Davacı-karşı davalı kadın kişisel ve çeyiz eşyalarının aynen, olmadığı takdirde toplam bedeli 20.000 TL'nin tarafına verilmesini talep etmiştir. Talep edilen bu bedelin ne kadarının kişisel-çeyiz eşyası için istenildiği ve çeyiz, kişisel eşyalarının cins, nevi, miktarı açıklattırılmadan (HMK m. 31), bu taleplere yönelik diğer deliller de toplanılıp değerlendirilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." (E. 2015/25313 K. 2017/5145 T. 2.5.2017, www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.9.2018)
Bir başka Yargıtay kararında 15. Hukuk Dairesi "Mahkemece yapılan inceleme ve araştırma ile bu kapsamda alınan bilirkişi raporu hüküm kurmaya elverişli değildir. Öte yandan davacı taraf dava dilekçesinde; "...haksız yere uygulanan gecikme cezası ve haksız yere fazladan alınan damga vergisinin geri verilmesi ile çalışılmayan dönemin hatalı değerlendirilmesinden kaynaklı iş programı ve bağlı olarak fiyat farkının proje dışı veya %10 iş artışı sınırını aşan imalâtların bedellerinin ve iş artışı kapsamında yapılan işlerin bedelinin yeniden hesaplanarak..." denilmek suretiyle talepte bulunulmuş, hangi kalemden kaç lira talep ettiği belirtilmemiştir. HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" kapsamında davacı talebinin herbir kalem talep için ne miktarda olduğu davacı tarafa verilecek süre ile açıklattırılmaması hatalı olmuştur.(...) O halde mahkemece yapılacak iş; öncelikle HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" kapsamında davacı talebinin her bir kalem talep için ne miktarda olduğu davacı tarafa verilecek uygun süre ile açıklattırılmalı, bundan sonra gerektiğinde Ankara İstanbul ve İzmir gibi büyük merkezlere talimat yazılmak suretiyle 6100 Sayılı HMK'nın 266 vd. madde hükümlerine uygun seçilecek inşaat mühendisi ve hesap uzmanından oluşan bilirkişiler kurulundan mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişle rapor almak ve ara hakedişlere ve kesin hakedişe girmeyen istek kalemleri yönünden itiraz aranmaksızın Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin (YİGŞ) ilave işlere dair fiyat farkı hesaplanması konusundaki 21 ve 22. madde hükümlerine uygun olarak davacı alacağını belirleyip varsa bu kalemden yapılan ödemeleri düşmek suretiyle davacı alacağına hükmetmekten ibaret olmalıdır." (E. 2017/1897 K. 2017/3976 T. 15.11.2017,www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.9.2018) şeklinde karar vermiştir.

aalcağın değeri ve miktarının belirginleşmesi üzerine davacı tarafa arttırım yapabilmesi için iki hafta kesin süre vermesi gereklidir. Hâkimin pasif kalarak, yapılan işlemi dava türünü ve diğer konuları yok sayması durumunda kurumun gerçekleşmemesi ve buna bağlı olarak usûl ekonomisi ilkesine hizmet eden işlevi de hukuk aleminde doğmamış olacaktır. Belirsiz kalan dava konusu ile ilgili olarak sadece davanın başında yatırılmış olan harca ve belirtilen geçici miktara göre karar verildiğinde davacı tarafın mağduriyet yaşayacağı açıktır. Bu durumda, hâkimin yargılamada gelinen aşama yönünden kanaatinin oluşmaya başladığını, dosyadaki delillerden dava konusunun belirlenmiş olduğunu ifade etmemiş olması, miktarı sormamış olması karşısında tarafın artırım işlemi yapmaması durumunda tüm alacak dava konusu edilmiş sayılacağından hem davacı bakiye alacağı için dava açamayacak, ancak bu durumun düzeltilebilmesi için istinaf yoluna gidebilecektir, bu durum da usûl ekonomisi ilkesinin makul süre ve gider ile davanın görülmesi amacına aykırılık oluşturacaktır.

Bir uyuşmazlıkta, hâkimin maddi veya hukuki olarak çelişkili ya da belirsiz gördüğü bir konuda uyuşmazlık taraflarının açıklamada bulunmasını istemesi bu olayların veya konuların aydınlatılması için fazladan zaman harcanmasını önleyecek makul sürede yargılamanın sonuçlanması sağlanacaktır[353].

Sonuç olarak, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, doğrudan usûl ekonomisi ilkesinin bir yansıması ya da alt ilkesi olarak HMK sistematiğinde yer almasa da usûl ekonomisi ilkesinin tüm unsur ve yararları ile gerçekleştirilmesinde oldukça büyük öneme sahiptir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, usûl ekonomisi ilkesi ile işlevsellik anlamında ilişki halinde kabul edilebilir.

5. Silahların Eşitliği İlkesi[354] ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İle İlişkisi

[353] Rüzgarkesen, Cumhur: Medenî Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s. 125; Rensen, Hartmunt: Die richterliche Hinweisplicht, Bielerfeld 2002, s.138

[354] Ayrıntılı bilgi için bkz. Hanağası, Emel: Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara 2016 (Silahların Eşitliği)

Silahların eşitliği ilkesi, temelini Anayasa'daki eşitlik ilkesinden aldığı belirtilen bir ilkedir[355]. Yurttaşların yargı karşısında ve kanun önünde eşitliğinin, yargılama hukukundaki bir yansıması niteliğinde olan silahların eşitliği ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma hakkının da en önemli gereklerinden biri olarak belirtilmiştir. Bu kapsamda, eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkı, silahların eşitliği ilkesinde ortak zeminde buluşmaktadır. Hukuki dinlenilme hakkı ile de hâkimin davayı aydınlatma ödevi, özellikle hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından açıklama hakkı ile ortak zeminde yer almaktadır[356]. Hem silahların eşitliği ilkesi hem de hukuki dinlenilme hakkı ilkeleri medenî yargılama hukukunun amaçlarından olan adil yargılanma hakkının gerçekleşerek, etkin hukuki korumanın sağlanmasında önemli bir işleve sahip olduğu kanımızca ileri sürülebilir.

Anayasa'da düzenlenen ve AİHS'de de yer alan hakkaniyete uygun yargılama ilkesinden, medenî yargılamada silahların eşitliği ilkesini geliştirmiştir. Silahların eşitliği ilkesi; hâkimin davadaki taraflara, yargılama hukuku çerçevesinde aynı ölçüde, yargısal karar için önemli her şeyi mahkeme önüne koyma ve karşı tarafın iddialarına karşı usûlle ilgili gerekli bütün savunma vasıtalarını ileri sürebilme (eşit davranılma ilkesi) olanaklarını sunmasını öngörür, hâkim tarafların eşit konumda bulunmasını nesnel, adil bir dava yürütümü ile yani tarafların karşılıklı beyanlarından dava sürecinde yararlanmaya ve bunları değerlendirmeye önyargısız bir şekilde hazır olarak ve yine hukuku tarafsızca uygulamak ve usûlle ilgili diğer görevlerini özellikle de uyarma görevlerini dava taraflarına karşı yerine getirmekle yükümlüdür[357].

[355] Pekcanıtez/Atalay/Özekes,s.265, Özekes, s. 49
[356] Özekes, s. 50
[357] Vollkommer, Max: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, Festshrift für Ekkehard Schumann, Tübingen 2001, s. 508

Tarafın hukuki konumunun sadece biçimsel bir eşitlik anlamında sağlanması yetmez. Hâkimin davayı aydınlatma ve uyarma görevleri aracılığıyla tarafa işlevsel bir usûli eşitlik ve iddia-savunma dengesi fiiliyatta gerçekten ortam olarak sunulmuş olmalıdır. Davada denk konumların sağlanması; sadece yasa koyucuya değil en başta, davada adaleti gerçekleştirme görevinin sorumlusu ve görevlisi olarak hâkime düşer[358].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin olmadığı bir medenî yargılama sisteminde gerek eğitim gerekse bireysel olarak kendini ifade etme yeteneği nedeniyle maddi hukuk açısından haklı konumdaki bir tarafın, usûl hukukunun gereklerini yerine getirememesi nedeniyle hak kaybına uğraması, medenî yargılama hukukunun amaçları ile bağdaşmaz[359]. Bu konuda en çok da, kamu barışının korunması, adil yargılanma hakkının yerine getirilmesi, maddi gerçeğe ulaşma ilkeleri ile örtüşmeyecektir kanısındayız.

Maddi hukuk nezdinde kişinin haklılığı, eğitim seviyesindeki yetersizlik, ekonomik anlamdaki yoksunlukları bireysel olarak kendini ifade ve savunma zayıflıkları ya da sözcükleri, hukukçuların kullanımından farklı kullanımı gibi nedenlerle yitirilmemelidir. Bu yitiriliş, Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ile uyumlu olmayacaktır. Eşitlik ilkesinin medenî yargılama hukukundaki yansıması olan silahların eşitliği ilkesinin tüm yargılama hukukuna etki eden görünümlerinde, hâkimin davada taraf dengesinin olmaması nedeniyle dava malzemesi, taraf beyanları veya taleplerdeki belirsizlik ve çelişki nedeniyle 31. maddeden doğan müdahalesi, tarafların dava malzemesi sunumundaki eşit olmayan koşullardan kaynaklanmışsa, bunun giderimi için kendisini gösterecektir.

Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usûli imkanlardan ayrımsız ve eşit olarak yararlanmasını düzenleyen fırsat eşitliği olup, sonuç eşitliliğini içermemesi şeklinde ifade edilmiştir[360], silahların eşitliği ilkesi, bir başka tanıma göre, yargılama sürecinde, tarafların savlarını ileri sürmek, dinlettirmek ve kabul ettirebilmek için eşit şans ve olanaklara sahip

[358] Liu, s.82
[359] Arslan, Ramazan: Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s.42
[360] Hanağası- Silahların Eşitliği, s. 40-41

olmaları ve bu konuda taraflardan birinin diğerine avantajlı bir durumda olmamasının sağlanması[361] olarak ifade edilmiştir. Adil yargılanma hakkı kapsamında, hakkaniyete uygun yargılama yönünden yapılan açıklamalarda, yargılamanın başından beri taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu eşitliğin yargılama boyunca sürdürülmesi olarak belirtilmiş, bu durumun da silahların eşitliği olarak açıklanmıştır[362].

Silahların eşitliğinde, ilkenin ihlal edilip edilmemesine dair deneyimde, eşitlik değerlendirmesinde, denetlenen yargısal işlemin yargılamadaki önemi aranmaktadır. Bu halde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesine dair bir iddiada, konu edilmişse, bu durumda söz konusu işlemin doğrudan bu hak ihlaline neden olup olmadığına bakılması gerekecektir[363]. Bir diğer tanıma göre, silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama süreci boyunca usûl hükümleri açısından eşit konumda yer almasını, taraflardan birini diğerinden daha dar koşullarda bırakıp, bir diğerini de diğerinden üstün koşullara getirici kuralları içermeme esasını ifade etmektedir, bu tanım ile davanın tarafları arasında hakkaniyet düşüncesini esas alan bir dengeyi gerekli kılmaktadır[364].

Hem Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi hem de adil yargılanma hakkı ilkeleri gereğince yargılama sürecinde mahkeme önünde tarafların hak ve yükümlülükleri bakımından mutlak bir eşitlik ve denge sağlanmalı, hem de sürdürülmelidir. AİHS kapsamında teri olarak silahların eşitliği terimi ve tanımı açıkça yer almasa da AİHM'in kabul ettiği üzere AİHS 6. maddesinin ilk fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılama ifadesi, silahların eşitliği ilkesinin dayanağını oluşturmaktadır[365]. Tarafların yargı organları önünde sahip oldukları hak ve ödevler yönünden uygun bir eşitliği ve uygun bir dengeyi, bu eşitlik ve dengenin de yargılama

[361] Demircioğlu, Yaşar: Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007, s. 22
[362] Pekcanıtez, Hakan: Medenî Yargıda Adil Yargılanma, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, s.45 , İnceoğlu, s.212 , Tanrıver, Usûl, s. 398
[363] Demircioğlu, s.136
[364] Taşpınar Ayvaz: Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 290
[365] Dinç, Güney: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği, TBB Dergisi, S. 27,y.2005,s.283; Kocaoğlu, Sinan: Müdafi, Ankara 2011, s. 279

süresince korunması gereğini ifade ettiği AİHM içtihatlarında genel olarak benimsenmiş ve kabul edilmiştir[366].

Adil yargılanma hakkı, temelde eşitlik ilkesine ve hukuki dinlenilme hakkının tam olarak kullanılmasına ya da kullanılmasının önündeki engellerin kaldırılarak tarafların iddia ve savunmalarını, bu iddia ve savunmalarına dayanak kanıtlarını sunmalarındaki engellerinin kaldırılmasının sağlanması amacına dayalıdır. Bu nedenle eşitlik kavramı, AİHS 6. maddesinin, ilk fıkrasından son fıkrasına kadar, bu olanağı sağlayıcı normları öngörmüştür. Eşitliğin, adil yargılanma hakkının doğasında var olduğu dile getirilmiştir[367]; AİHS 6. maddesinin 3. fıkrasında sanığın kendisine yöneltilen suçlamaların özelliği ve sebebini öğrenmek, savunmasını anladığı dilde yapabilmek, savunmasını sunmak için ve uygun zaman ve kolaylıklara sahip olmak, savunmasını sunabilmek için vekil tayin edebilmek ve bu temelde avukat yardımından yararlanmak, ekonomik yetersizliği söz konusu ise kamusal yardım alarak avukat yardımından yararlanmak, iddia tanıklarını sorgulamak, kendi tanıklarının da aynı koşullarda mahkemeye getirilmesinin sağlanıp, dinlenilmesini temin etmek, duruşmalarda kullanılan dili anlamıyorsa, ücretsiz bir çevirmek yardımından yararlanmanın bu eşitliğin korunması ve sağlanması için olduğu ifade edilmiştir[368]. Her ne kadar bu eşitliğin varlığının sağlanmasında "sanık" kavramına işaret edilmişse de ve sanık sözleri yani lafzı üzerine AİHS 6. maddesi adil yargılanma hakkının bir görünümü gibi kendini gösterse de hukuk yargılamasında adil yargılanma hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin olmadığı söylenemeyecektir düşüncesindeyiz[369].

Adil yargılanma ilkesi içerisinde yer alan silahların eşitliği ilkesinin somut olarak incelenmesi, hakkaniyete uygun yargılamanın incelenmesi ve anlaşılmasıyla, buna uyumlu

[366] Kocaoğlu, s. 279
[367] Dinç, s. 284
[368] Dinç, s. 285
[369] AİHS 6. maddesinin ilk fıkrasında hükmün yani adil yargılanma hakkının kapsamı yönünden özgün metinde " In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge againts him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable timeby an independent by law" şeklindeki ifadesinden "civil rights and obligations" ibareleriyle özel hukuka ilişkin hak ve yükümlülüklerde de sözleşme hükmünün uygulama alanı bulacağını tespit etmek mümkündür.

olarak da adil yargılanma hakkının tam olarak içeriğinin belirlenmesi ile söz konusu olacaktır. AİHS 6. maddesi içerisinde ilk fıkrasında yer alan, yasal, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından makul bir süre içerisinde hakkaniyete uygun ve açık yani aleni bir yargılama yapılmasını isteme hakkının, özellikle yasal ve tarafsız mahkemede yargılanma ile hakkaniyet kavramları, silahların eşitliği ilkesinin temelini oluşturmaktadır.

Terimsel olarak, AİHM'in Neumeister/Avusturya kararında[370], tanım verilmeden ismen belirtilen silahların eşitliği ilkesi, AİHM'in Dombo Beheer/Hollanda davasında[371] çekişme halindeki özel çıkarları içeren uyuşmazlıklarda, silahların eşitliği bir yanı dava sürecinde, diğer taraf önünde elverişsiz konuma düşürmeyecek şartlar altında, tarafların delilleri dahil olmak üzere, davasını ileri sürmek için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu olarak tanımlanmıştır. Bu görüşünü başka bir kararında da[372] AİHM yinelemiştir, öğretide de silahların eşitliği ilkesinin özel hukuk uyuşmazların çözülmesine dair davalarda yani medenî yargıda da uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmiştir[373].

HMK 24. maddesinde yer alan, tarafları davada denk ve paydaş hale getiren tasarruf ilkesi, gene HMK 141. maddesinde düzenlenmiş olan, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında tarafların eşitliği, 27. maddede düzenlenen hukuki dinlenilme hakkı ve bu hakkın her iki taraf için eşit olarak uygulanması, tarafların duruşmalarda birbirinin dinlenilmesi sırasında hazır bulunma olanağının tanınması, dilekçe sayısı açısından, süreler açısından tarafların eşitliği, delil sunulması açısından HMK'da bir tarafın diğerine üstün tutulmamış olması, HMK'nın silahların eşitliği ilkesine dayalı olarak düzenlendiğini göstermektedir[374].

---

[370] Neumeister/Avusturya, 27.6.1986, başvuru no:1936/63, prg. 21-22, nakleden Ulutaş, Tevfik Barbaros: Adil Yargılanma ve Yargılamada Silahların Eşitliği Problemi, Ankara 2008,s. 45

[371] 27.10.1993 tarihli, başvuru no :14448/88, paragraf 33, nakleden Ulutaş, s.46, aynı karar için bkz. İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2005,s.221

[372] De Hpes ve Gİjsels/Belçika kararı, 24.2.1997, başvuru no :19983/92, para.53, nakleden İnceoğlu, s. 221, Ulutaş, s. 46

[373] Hanağası- Silahların Eşitliği, s. 173, İnceoğlu, s. 220

[374] Dinç, s. 295-296

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin silahların eşitliği ilkesi ile bağlantısı, AİHS 6. maddesinin gerçekleşmesini hedeflediği adil yargılanma hakkının en etkin hukuki korunma olarak hukuk dünyasında tam yansımasının oluştuğu noktada ortaya çıkmaktadır. Davanın bir tarafının, gerek ekonomik gerekse sosyolojik nedenlerle, kimi zaman da psikolojik nedenlerle, bir davada uyuşmazlığın çözümü için elverişli beyanlarda bulunamadığı, delillerinin toplanması için uygun ve yasal yönlendirmeleri yapamadığı durumlarda, taraflarca getirilme ilkesinin katı yorumundan kaynaklanabilecek şekilde elverişli ortamda hukuki dinlenilme hakkını kullanması, dolayısıyla adil yargılanma hakkını kullanabilmesi için hâkimin aktif olması gerekebilmektedir. Bu etkenliği,kendisini sınırlayan taraflarca getirilme ilkesini bir yana koşullu olarak öteleyerek ancak bu ilkeye rağmen HMK sisteminde var olan davayı aydınlatma ödevinden aldığı yetki ile gerçekleştirebilir, HMK genel sistemindeki, kürsüsünde adeta izleyici konumunda bırakılmış olan devletin yargı kuvvetinin yurttaşa en yakın yüzü yani temsilcisi olan hâkimin harekete geçmesi için sistemde esneme yaratılması ancak evrensel ilkelerden doğan bir ilke ile yani silahların eşitliği ilkesi ile söz konusu olmuştur.

Davada, avukat yardımından yararlanan, yani, avukat ile temsil edilen bir tarafın yeterince hukuki bilgiye ulaşabileceği değerlendirilerek hâkimin bu tarafın dava malzemesi, beyanları ve talepleri ile ilgili olarak aydınlatma faaliyetinde bulunmasına gerek olmadığı ya da bu kapsamdaki faaliyetin daha dar kapsamda gerçekleşmesinin yeterli olacağı yönündeki görüşler ileri sürülmüştür, bu görüşe göre, hâkimin yetkisinin arttırılması, avukatın yetkisinin daraltılması anlamına gelecektir, hâkimin müdahalesindeki artışın gerekli olması için avukatın yetkilerinin daha az olması gerekli olduğu iddia edilmiştir[375], karşıt görüşe göre ise tarafların görevini yeterince doğru yerine getiremeyen avukatların yapabileceği mesleki hatalara karşı da hak kaybına uğraması en aza indirilmeli, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile, bu ödevin

[375] Fabienke,P.C: Grundprinzipen des Anwaltswangs und ihre Verwirklichgung im Zivilprozess, Bochum Univ.Diss., Baden-Baden 1997, s. 138 (nakleden Akkan, Mine: Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Ankara 2010, s.147(Avukatla temsil))

yerine getirilmesi ile sunduğu dava malzemesi belirginleşmekle yarar elde edecek tarafın durumu avukat yardımından yararlanmış olması nedeniyle kötüleştirilmemelidir[376].

Hâkim, taraflarca sunulan dava malzemesi üzerinde yaptığı değerlendirme ile, uyuşmazlık konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili olarak bir kanıya varacaktır, olaylarda eksiklik varsa, hâkim bu eksikliğe işaret edecektir, bu yükümlülük avukatla temsilin söz konusu olduğu davalar için de varlığını sürdürecektir[377], kanımızca HMK 31.madde yönünden tarafların ya da vekillerinin dava malzemesinin sunumunda bir ihmalleri, kusurlarının olup olmadığı yönünde bir koşul norma konu edilmemiştir.

Alman hukukunda, ZPO md. 139'a göre uyarma görevinin medenî yargılamada sınırlayıcı yorumlanması ve uygulanması; Alman Federal Anayasa'sının md.3 par.1 gereği olan silah eşitliği ana ilkesini ve keyfilik yasağını ve aynı zamanda adil yargılanma istemini ihlal edeceği ileri sürülmüştür[378]. Mahkemenin, avukatla tarafların temsil edildiği davalarda da bir tarafın gözden kaçırdığı veya önemsiz gördüğü bakış açılarına da işaret etmesi ve tarafça beyan edilen net veya tam olmayan hukuki, maddi ve esnek anlamlı bakış açılarını sorular sorarak ya da hatırlatmalarda bulunarak açıklığa kavuşturması yahut da tamamlattırması gerekir. ZPO md.139 par.1, 2 ve 3 gereği olan hâkimin uyarma görevi; tarafların seviyelerinin dengelenmesini mümkün kılar ve böylelikle silah eşitliğini sağlayacaktır[379].

Avukat yardımından yararlanmamış veya avukatının mesleki bir kusuru olarak kastı ya ihmali ile uyuşmazlık konusunun esasına dair beyanlarda belirsizlik ve çelişki söz konusu olduğunda, iddia sunumu ya da savunma sunumu açısından sözel nedenler, filolojik eksiklikler, edebi zaafiyet uyuşmazlık esasının çözümünü önleyici , bu hali ile de, toplumsal barışın uyuşmazlık ile yaralanmasına karşıt bir iyileştirici, hukuk düzeni sağlayıcı olması için

[376] Akkan-Avukatla Temsil, s. 148, Alangoya-İlkeler, s. 152
[377] Akkan-Avukatla Temsil, s. 149
[378] Rensen,104, Liu, s.83
[379] Thomas, Heinz/utzo, Hans/Reichold, Klaus: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz u.a., 28.Aufl., München 2007, §139 Rn.1

oluşturulmuş yargı organlarını gerçek işlevinden uzaklaştırıcı bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. İradi olarak oluşturulmuş bir belirsizlik-çelişki hali ayrık olmak üzere, delil sunma ödevini yerine getirmek için harekete geçen fakat delillerindeki yetersizliği bilemeyen ve bilecek durumda olmayanlar ile, beyanlardaki yetersizliği ve çelişkileri sırf hukuki özeleştiri yapmaktan uzak ve bunu bilecek durumda olmayan tarafın,bu zaafiyetten uzakta, sahip olduğu ya da avukat yardımı ile edindiği hukuk bilgisinden kaynaklı olarak tüm delilleri net ve anlaşılır sunan bir dava hasmı karşısında eşit olarak yargılamaya katıldığını söylemek mümkün değildir[380].

Medenî yargılama hukuku içerisinde silahların eşitliği ilkesi aslında, yargılama hukukunun özünden ve diğer hukuk dallarından uzak ve en özerk alanından, diğer hukuk dalları ile en birleşebilen uç alanlarına kadar geçerli olabilecek bir ilkedir. Çekişmeli yargının uygulanacağı tüm uyuşmazlıklarda, tarafların eşit olmadığı, aynı usûli olanaklardan yararlanma şartlarının düzenlenmediği bir yargılamanın gerçek anlamda adil olacağını söylemek kanımızca olanaksızdır. Tarafların usûli olanaklarının yargılamanın her aşamasında denk olması[381] aranacağından, davanın açılışında, tahkikat ve yasa yolları aşamaları olmak üzere tüm aşamalarında kendisini bir çok farklı şekilde gösterecektir.

Medenî yargılamanın her aşamasında varlığı aranan silahların eşitliği ilkesi, ilk olarak kendisini dilekçeler aşamasında göstermektedir. Dava dilekçesinin mahkemeye sunulmasından sonra,bu dilekçenin davalıya tebliği ve savunulmasının sağlanması, silahların eşitliği ilkesinin bu aşamadaki bir görünümü karşımıza çıkmaktadır[382].

Dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından olan, davaya konu edilen tüm olayların yani vakıaların sıra numarası altında yazılması gereklidir. HMK 119.maddesi gereği içeriği bu

[380] Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 291
[381] Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 292, bizim de katıldığımız üzere, Hanağası, ekonomik ve toplumsal konum olarak davadaki hasmına göre daha zayıf tarafa yardım edilmesinin, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ayrı bir amacı olmadığını, amaçlananın, tarafların her birinin iddia ve savunmalarını ileri sürebilmesi, bunu yaparken tarafların bir birlerine denk olanaklara sahip olmasının sağlanmasının amaçlandığını belirtmiştir.
[382] Demircioğlu, s. 142

şekilde düzenlenmiş olan dava dilekçesinde, dava konusu olayların her zaman hüküm vermeye yeterli derecede anlaşılır ve değerlendirilebilir, gerçekliğine dair ispat faaliyeti yapmaya uygun nitelikte olması gerekir. Davacı, somutlaştırma yükü kapsamında da bu şekilde açık ve anlaşılır beyanlarda bulunması gereklidir. Delillerin somutlaştırılması da aynı yükümlülük kapsamında söz konusu olacaktır. Davacı, iddialarına dayalı olarak bilmesi gereken konuları da içerecek şekilde iddiasını somutlaştırmalı, olayları sunmalı, istemine uygun şekilde istemini gerekçelendirmelidir[383]. Bu gerekçelendirme ve olayların sunumunda bir belirsizlik varsa, bu halde HMK 31. maddesi gereğince hâkim bu belirsizliği gidermek üzere tarafları harekete geçirecek, onlara soru soracak,açıklama yaptıracak, delil göstermelerini isteyecektir. Belirsizlik ve çelişki karşısında, HMK, hâkime yüklediği davayı aydınlatma ödevi açısından, taraf ayrımı yapmamıştır. Taraf istemlerinin ve istemlerine dayanak olayların ve delillerinin denetlenebilir, değerlendirilebilir bir şekilde yargılamaya getirilmesini gerekli görmüştür.

Silahların eşitliği ilkesi, davaya cevap dilekçesinde de kendisini göstermektedir. Mahkeme, davalıya savunma olanağı tanımadan davada esasa ilişkin karar veremeyecektir. Bu zorunluluk HMK gereğidir. Bu halde davaya cevap dilekçesinde, belirsizliklerin olması halinde, davalının hukuki olarak dinlenilmemiş olacağı, taraflar arası usûli dengenin, silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak bozulacağı söylenebilir[384].

Aydınlanmış bir dava için, bu anlamda tarafların iddia ve savunmalarının ,tüm dava malzemelerinin sunulması gereklidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin medenî yargılama hukukunun amaçlarını gerçekleştirme yolundaki yansımalarını silahların eşitliği ilkesinin tam anlamıyla uygulanması ile göstereceği belirtilebilir. Davada, örneğin sadece bir tarafın tanıkları dinlenip, bu tanıklarda çelişki bulunması halinde, aynı tanıkların tekrar dinlenmesi halinde, tanıkların ifadesini delil olarak dosyaya bildiren tarafça, iki duruşma arasında etki

[383] Demircioğlu, s. 144
[384] Demircioğlu, s. 149

altına alınması yaşam deneyi dahilinde beklenen bir durumdur. Tüm tarafların tanıklarının dosyaya sunulmamış olması halinde, hâkim, daha önce dinlenmiş olan tanık, çelişkiyi gidermek için ikinci kez dinlenmeden önce tarafça böylesi bir etkiye maruz kalsa bile diğer tarafın tanıklarının ifadeleri ile bu etkinin ardındaki uyuşmazlık konusuna dair somut verilere ulaşabilecektir.

Dava malzemesinin sunulmasındaki denge kurulmadığında davanın aydınlanmasının gerçek anlamıyla söz konusu olması da beklenmemelidir. Her ne kadar Davalının, davaya cevap dilekçesi sunmasından sonra, bu dilekçede belirsizlik ve çelişki bulunması halinde, davalı yönünden nasıl ki savunmasını etkin bir şekilde yapamamış olması sonucu doğuyorsa, davacı tarafından da belirsizlikler ve çelişkilerle dolu bir dilekçeye karşı cevap verememe, vereceği cevaplarda ise isabetsizlik söz konusu olacaktır. Süresinde, davalının gerçekten de iddiasında çürütmek istediği noktaya dair bir cevabı vermek istediğinde, belirsiz noktaya dair vereceği cevap, bu noktaya dair sunacağı karşı vakıa ya da delilin de kendisi lehine bir durum oluşturamayacağı görülecektir.

Silahların eşitliği ilkesi, sadece dilekçeler aşamasında değil, tahkikat aşamasında da geçerli bir ilkedir. Bu anlamda HMK 146. maddesi gereği tarafların duruşmaya davet edilip dinlenilmesi, "aydınlanmayan" konular hakkında delil sunmalarını istemesi halinde, burada, tarafların her ikisine de aynı usûli olanakların tanınması gerekir[385]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgili normlarda, silahların eşitliği ilkesinin uygulanmaması halinde, başta çekişmeli kalan konuların netleşmesi söz konusu olmadığı gibi, anılan normlardaki "taraflar" olgusu yansımamış olacak, kural isabetle uygulanmamış olacaktır. Bu halde hem adil yargılanma hakkı hem de hukuki dinlenilme hakkının uygulanması için en azından davetlerin usûlen isabetli yapılması gerekmektedir.

[385] Demircioğlu, s. 70

Tahkikat aşamasında da, tarafların dilekçeler aşamasındaki "somutlaştırma yükü" ya da "vakıalandırma yükü"[386] kapsamında çekişmeli olaylardan önemli olan ve doğrudan temel uyuşmazlık ile ilgili olanın ispatı gereklidir, bu halde bir davada hâkimin dikkate almadan, doğru karara varmasına olanak vermeyen her olay temel olay sayılmaktadır. Bu ifadenin de somut içeriğe sahip olması gerekmektedir. Böylece, delillerin birlikte değerlendirilmesinin sağlanması ile gerçek uyuşmazlık konusu bulunur. Silahların eşitliği ilkesi ile her iki tarafın delillerinin tam olarak esas uyuşmazlık konusuna yönelik sunulması sağlanmış olmalıdır. Bu da davanın aydınlanması için gereklidir. Bir tarafın delillerinden yoksun ya da bir tarafın belirsizliklerle dolu delilleri ile uyuşmazlık konusu aydınlanmadığı bir davada, hem delillerin değerlendirilmesi hem de uyuşmazlığın ana konularının belirlenmesi mümkün olmayacaktır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin belirsizlikler ve çelişkilerle dolu olan deliller üzerinde kendisini göstermesi halinde, bu delillerin hem sunulmasında hem de sunulu delillerin davanın aydınlanması için değerlendirilmesi, çelişki ve belirsizliğin giderilmesine yönelik çalışmanın yapılması sırasında davanın taraflarına yeni delil sunmaları ya da sunulu delildeki belirsizliğin giderilmesinde kendisine hem mevzuatın hem de bu yönde hâkimin yüklediği yükümlülüklerin yerine getirilmesinde eşit ya da denk koşullarda bulunmaları gerekir. Bu HMK'nın tümüne egemen olan anayasal eşitlik ilkesinden doğan silahların eşitliği ilkesin bir sonucudur. Hem delil sunumunda hem de tarafların isticvabında[387] taraflara uygun olanakların verilmesi gerekir. Örneğin, bir davanın davacının tanığının ifadesindeki belirsizlik karşısında, hâkimin bu belirsizliği gidermek üzere tanığın yeniden davetiye tebliği ile çağrılıp dinlenilmesine karar vermesi gerekir[388]. Ancak aynı durumun davalı tanıklarında da

---

[386] Yıldırım, M. Kâmil: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.114, Demircioğlu, s. 175

[387] Demircioğlu, s.179-180

[388] Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin bir kararı örnek olarak karşımıza çıkmaktadır; **"**Hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında (HMK.31. madde) daha önce ifadelerine başvurulan taraf tanıkları yeniden duruşmaya davet edilerek özellikle davalı işçi alımına (yazılı sınav, mülakat vb) yine işten çıkartmaya dair işlemlerin, işin düzenlemesine dair talimat verilmesi ve denetlenmesinin, işçilerin izin taleplerinin değerlendirilmesinin fiilen kim veya kimler tarafından gerçekleştirildiğinin açık bir şekilde tanıklardan sorulması ve tüm dosya kapsamının

bulunması halinde, hâkimin her ne kadar davacı tanıklarının ifadelerindeki belirsizliğin giderilmiş olması ve buna bağlı olarak da maddi vakıaya dair taraf iddia ve savunmaları sınırları içinde karar verebileceği kanısına ulaşsa bile, davalı tanıklarının da aynı şekilde yeniden dinlenilmesi gerekir. Bu her iki tarafın ispat hakkını kullanmasının sağlanması, bu temelde hukuki dinlenilme hakkını kullanmasına olanak veren silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Bu örnekteki gibi, bir taraftan gelen delil ile yetinilmesi, diğer tarafın iddia ve savunmalarının ön koşulu olarak, tam anlamıyla tarafsızca değerlendirilmeden gerçek dışı kabul edildiğini, bu hali ile de taraflı bir tutum izlenildiğine karine olur.

Davada yer alan çelişki ve bilinmezliklerin, belirsizliklerin giderilmesinde taraflardan birine yüklenen açıklama yükü ya da soru cevaplama yükü, ya da yeni delil sunma yükü yerine getirilmediğinde, bu durumda bu bilinmezlik veya çelişkinin diğer taraf aleyhine yorumlanmaması gereklidir. Özellikle, tanık ifadelerinin tamamı üzerindeki karşılaştırma, bir olay hakkında ortak verileri tespitte gerekmektedir. Aksi durumda, delilin takdiri söz konusu olamayacaktır; ancak bir taraf bu yönde ispat yüküne rağmen kanıt sunamamışsa, bu halde, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar hariç, taraflarca getirilme ilkesi gereğince tanık ifadelerinin karşılaştırmasından gelecek yarardan kendinden kaynaklanan bir nedenle yoksun kalmış olacak, silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olmayacaktır. Gene aynı yönde dosyaya sunulmuş bilirkişi raporuna itirazların değerlendirilmesinde, rapordaki çelişkilerin giderilmesinde öncelikle tarafsızlık ilkesi korunacak, çelişkilerin gideriminde bulunulmasını istem hakkı, her iki taraf için de söz konusu olacaktır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile silahların eşitliği ilkeleri, aslında bir birini tamamlayan, yer yer birbirleri için, bir birinin işlevini arttırıcı etki gösteren ilkeler olarak

---

bu ifadelerle birlikte değerlendirilmesi suretiyle davalı E... Konut A.Ş. ile diğer davalının da aralarında bulunduğu adi ortaklık arasında asıl-alt işveren ilişkisinden bahsedilip bahsedilemeyeceği, veyahut davalı E... Konut A.Ş.İnin yalnızca ihale makamı sıfatı taşıyıp taşımadığı (İş Kanunu 36. maddesi de bu bağlamda değerlendirilerek) şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilerek davaya konu alacak kalemleri hakkında karar verilmesi gerekirken eksik araştırmayla hüküm kurulması isabetsiz olmuştur." (E. 2013/8671 K. 2013/10765 T. 27.5.2013)(www.kazanci.com, erişim tarihi: 4.6.2018)

medenî yargılama hukukunda etkilerini göstermektedir[389]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, silahların eştliği ilkesinin amaçlarından olan usûli dengenin ve denkliğin sağlanmasında etkin bir konumda olan ilke olarak görülebilir ve ayrıca silahların eşitliği ilkesine de buna karşı olarak adil yargılanma hakkının kullanılmasında hâkimin davayı aydınlatma ödevinin varlığını tetikleyici bir konumda olduğunu düşündürmektedir[390].

Mahkeme; tarafların, farklı hukuk bilgileri veya bir ekonomik ve entelektüel üstünlüğe dayanan dava dışı eşitsizliklerini mümkün olduğu ölçüde aza indirmeye çalışması gerektiği, hâkimin davayı aydınlatma ödevi yardımıyla, davadaki fırsatları dengelemek ve davanın her ayrı somut durumunda daha zayıf olanı korumak için çaba harcamak mahkemelerin görevi olduğu, bunun aynı zamanda Anayasa'da düzenlenen sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olduğu belirtilmiştir[391]. Kanımızca Türk hukuku yönünden hâkime böyle bir görev yüklenmesi en başta tarafsızlık ilkesi ile çelişecektir. Hâkimin, davada taraflar arasındaki dengeyi sağlarken zayıf olanı korumaktan farklı olarak özellikle kendisini ifade edememiş olan tarafa, belirsiz kalan beyanı, tasvirleri, açıklamaları, çelişkili talepleri nedeniyle hak kaybına uğramaması için hâkimin hukukçu bakışını sorularına katarak tarafın iradesinin eksiksiz yansıtılmasında etkin olması, kendisini daha belirgin ifade eden taraf ile aralarında sunumlarındaki ve delillerindeki belirginlik-tutarlılık niteliği açısından farklı kalmamasını sağlaması gereklidir. Hâkim, burada resen araştırma yoluna gitmeden, kendisini açık ifade edemeyen, istemlerini doğru aktaramayan, delillerini olayla bağlantılı olan olmayan delil ayrımını bilemeden getiren tarafa soru sorarak, açıklama yaptırarak davadaki diyalektik dengeyi kurmalıdır. Bu konuda, taraflardan bağımsız olarak hâkimin aydınlatma faaliyetinde bulunması sırasında; tarafların eksikliklerinin altında yatan nedenler ve sosyal kökenleri ve yine kişilikleri hiçbir rol oynamaz. Asıl belirleyici olan; tarafın beyanındaki objektif

[389] Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 295
[390] Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 295
[391] Laumen, Hans-Willi: Das Rechtgespräch im Zivilprozess, Köln/Bonn/München 1984, ss. 129-130

eksikliklerdir[392]. Böylesi bir eksiklik veya çelişki halinde, her iki tarafa da bunu gidermek için hâkim etkin olarak soru soracağından ya da açıklama yaptıracağından tarafın ekonomik sosyal durumu ya da avukatla temsil edilip edilmediğinin bir önemi de olmamış olacaktır[393].

6. Sürpriz Karar Yasağı ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İlişkisi

a. Kavram

Sürpriz karar yasağı, öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Sürpriz karar, davanın tarafının, karara kadarki dava akışına göre, beklemediği umulmadık, öngörülemez bir karar ile karşılaşması olarak ifade edilmiştir[394]. Bu temelden hareketle, sürpriz kararın önlenmesinin yolu da, hâkimin davayı aydınlatma ödevinden geçmekte olduğu, davadaki maddi ve hukuki temellere dair olmak üzere, hâkimin taraflarla işbirliği içinde değerlendirmesi ve tartışması gereğinden söz edilmiştir[395]. Bu tartışma ve işbirliği içerisinde, hâkimin uyarı ödevinden de söz edilmiş, hâkimin davanın tarafını bir açıklamaya davet ettiği, soru yönelttiğinde, tarafın soru konusuna dair bir açıklama yapmaması durumunun, davanın seyri açısından, davanın ispatlanamamış sayılacağı veya davada tahkikatın sürdürülmesi yönünden olumsuz etkisi olacağına dair bir uyarı yapılmamış olması durumunda, açıklama yapmayan tarafın aleyhine değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, yargılama sürecinde, dava malzemesine dair olmak üzere, hâkimin hukuki sebepleri de dikkate alarak davanın tarafları ile tartışabilmesi, yargılamada bu yönde değerlendirmeler yapması gerektiği, bunlar yapılmaksızın veya tartışma dışı bir sebeple beklenmedik bir karar verilmesi sürpriz karar olarak kabul edilmiştir, hatta Avrupa Medenî Usûl Model Kanunu Tasarısı'nda da hukuki tartışma yükümü hâkime yüklenmiştir[396]. Alman Hukukundaki sürpriz karar yasağı, hâkimin,

[392] Liu, s. 84
[393] Karaaslan, s.239, Akkan-Avukatla Temsil, s. 147
[394] Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 185
[395] Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 187-188
[396] Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 188, dn. 292

dava süreci içinde hukuki ve maddi vakıalara dair görüşlerinde bir değişiklik olması halinde bile bu değişikliğin taraflarla paylaşılmasını, bu yönde bilgi verilmesi ve müzakere edilmesini, taraflara bu konuda kendi düşüncelerini de açıklamalarına izin verilmesi gerektiği yönünde anlaşıldığı öğretide belirtilmektedir, buna gerekçe olarak da gene hâkimin davayı aydınlatma ve bu konuda da ilgili uyarıları yapma, işaret etme ödevini düzenleyen ZPO 139. maddesi gösterilmektedir[397]

Türk Hukuku açısından "tartışma ödevi", mevzuatta yer alan bir ödev olarak karşımıza çıkmamaktadır. Öğretide savunulurken, hukuki tartışma yükümünün sınırlarının çizilmesi sırasında dikkat edilmesi gerektiği, davanın taraflarına olası hukuki gerekçeler ile ilgili açıklamada bulunma hakkı tanınması, yeni bir hukuki gerekçeden yola çıkılıyor ise bu gerekçeye dair taraf düşüncelerinin alınması gerektiği vurgulanmıştır[398]. Bir başka değerlendirme ile de, hâkim tarafından, bir vakıa hakkında bir değerlendirme yapıldığında, bu değerlendirmenin odaklandığı temellerin yanlış öngörülmesi ya da bilinmemesi nedeniyle bir karar beklenmedik-sürpriz olarak tarafın karşısına çıkmaması için her tarafın davada sunmadıkları ve açıkça gözden kaçırdıkları, ya da taraflardan biri veya her ikisinin de davada sunmakla beraber, bizzat ilgili tarafça ya da diğer tarafça açıkça odak olarak değerlendirilmediği belirli olan ya da hâkimce taraflardan biri ya da her ikisinden bu odağı farklı değerlendirdiği bir bakış açısı hakkında tarafları bilgilendirmesi gerektiği belirtilmiştir[399].

Öğretide, Alman Hukuku temelinde yapılan değerlendirmede, davanın taraflarının umulmadık bir nihai kararla karşılaşmalarını önlemek için, hâkimin taraflarca hiç öngörülmemiş bir hukuki sebebi kabul etmesi ya da taraflarca öngörülen hukuki sebebi değiştirmesi durumunda, bunu taraflara bildirmesi ve onları bu hukuki sebep karşısında,

[397] Koch, s.55, Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 34
[398] Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 189
[399] Liu, s.385

hukuki bir tutum alabilmelerinin sağlanması için gerekli olduğu, bu gereğin de hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesine hizmet ettiği ifade edilmiştir[400].

Sürpriz karar yasağı ile gerçekleştirilmek istenilen hakkın, hukuki dinlenilme hakkı olduğu belirtilmiştir[401]. Öğretide, gene Alman Hukuku temelinde yapılan incelemeden elde edilen sonuçlarla belirtilmiştir ki, davasını özenle takip eden taraf yada vekilinin öngöremedikleri ve mahkemenin nihai karar verilirken önemli kabul ettiği konularda tarafların bilgilendirilmesi ve onlara beyanda bulunma olanağının tanınması gerektiği ifade edilerek, hâkimin iki taraftan farklı yorumlaması karşısında uyarıda bulunması ve açıklama yapmalarına yol açılması gerekmektedir[402].

b. Düzenlenişi

Sürpriz karar yasağı, Türk Hukukuna HMK 27.maddesinin gerekçesi ile terimsel olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki dinlenilme hakkı Türk Hukukunda 27.madde ile düzenlenmiştir. Aynı şekilde, İsviçre Hukuku da sürpriz karar yasağını kabul ederken hukuki dinlenilme hakkı içinde değerlendirmiştir. Bağımsız bir normda, her iki hukuk da düzenlememiştir[403]. Avusturya Hukukunda 2002 yılında yapılan değişiklik ile Avusturya Medenî Yargılama Yasası 182. Maddesine 182a maddesi eklenmesi ile Alman Medenî Yargılama Yasası 139. Maddeye eş bir madde yasalaştırılmıştır[404]. Avusturya Medenî Yargılama Hukuku'nun bu anlamda bir diğer önemli özelliği, 2002 yılı değişikliği ile teksif ilkesinin göz ardı edilmesi, tarafların işbirliği ilkesi getirilmiş olması, davada odak noktası[405],

[400] Alangoya, İlkeler, s. 97
[401] Baumbach/ Lauterbach/Hartmann, m.139,kn.39; Karaaslan, s. 205; Özekes, s. 185 vd.
[402] Karaaslan, s. 205; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 248; Schilken, s. 55; Özekes, s. 192
[403] Karaaslan, s. 277
[404] Alangoya, Dava Temeli, s. 307, Karaaslan, s. 209
[405] Rechtliche Gesichpunkt

karara esas hukuk gibi temel kavramların bu doğrultuda benimsenmesidir[406]. Alman Hukukunda ise aşağıda inceleneceği gibi, ayrıntılı normlar ile düzenlemesini bulmuştur.

Alman medenî yargılama hukukunda ZPO 278/III. maddesinde sürpriz karar yasağından söz etmektedir. Anılan hükme göre, hâkim hüküm kuracağı uyuşmazlığın dayandığı vakıalara dair taraflarla müzakerede bulunarak, dikkatten kaçmış uyuşmazlık konularını değerlendirecektir[407]. dZPO ile ilgili 1.1.2002'de yürürlüğe giren reform yasası, müzakere ilkesi ile sürpriz karar yasağı ilkelerini, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bünyesine yani 139. maddesine katmıştır.

Öğretide, 2002 Reformu'nun sonucunda 139.maddede yapılan değişiklik ile yani müzakere ve işaret etme ödevlerinin[408] hâkimin davayı aydınlatma ödevine katılması ile, taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesinin zayıflatılmadığını, sadece hâkimin yetkilerinin arttırıldığı ifade edilmiştir. Böylece, taraf egemenliği daraltılmamış, ancak hâkimin yetkileri arttırılmıştır[409]. Bu yetki artışı ise, hâkimi, davanın tarafları ile işbirliğine yönlendirmiştir[410]. Bu konuda Alman Hukuku'nda müzakere ilkesi ve işbirliği ilkesi arasındaki bir birinin yerine düşünülüp düşünülmemesine dair görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda incelenmesi gereken görüşlerden biri işbirliği ilkesinin medenî yargılama hukukuna konulması lehine müzakere ilkesinden vazgeçilmesi düşüncesidir[411]. 1923, 1931 ve 1977 reformlarından sonra ZPO'nun, taraf egemenliği kavramı aracılığıyla nitelendirilmesini yasaklayacak bir biçime kavuştuğu görüşünü savunulmuştur. Aynı görüşe göre, medenî yargılama hukukunun liberal yargılamadan sosyal yargılamaya geçmesi gerekir. Bu dönüşüm yani davadaki serbest enerjinin serbest hareketinden, hâkim denetimi ve özenliliği altında davada işbirliğine dönüş; müzakere ilkesinin geçerliliğini sarsmıştır, günümüzdeki dava

[406] Alangoya, Dava Temeli, s. 307, Rechburger, İlkeler, s. 3
[407] Leipold, Stein-Jonas, p.278IV, Rd. N.44
[408] Bkz.yuk.dn.52
[409] Alangoya, Dava Temeli, s. 303
[410] Becker-Eberhard, s.59
[411] Wassermann, s. 108

modeli artık hâkim ve taraf egemenliği olarak değil çalışma ortaklığı ve iş birliği olarak karakterize edilebilir[412].

Alman medenî yargılama hukuku açısından, sürpriz karar yasağı, müzakere ve hâkimin taraflarla işbirliği ilkeleri[413], hâkimin davayı aydınlatma ödevinden ayrı değerlendirilmemektedir ki, Alman Medenî Usûl Kanunu 139.maddesinde birlikte düzenlenmiştir.

Türk Hukuku açısından somut düzenleme, sürpriz karar yasağı yönünden HMK'nın madde metinlerinde yer almasa da, 27.maddesinde gerekçede düzenlenmiş bulunan "hukuki dinlenilme hakkı" ile ilgili olarak şu şekilde bir tanımlama yapılmıştır; " …bu hakkın üçüncü unsuru, tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesidir. Bu değerlendirmenin de kararların gerekçesinde yapılması gerekir. Eksik şekli ve görünüşte gerekçe yazılması bu hakkın ihlali sonucunu doğuracaktır. Yargı organlarını her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip hangi maddi ve hukuki sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerine yansıtmalıdırlar. Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlara tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum sürpriz karar yasağı olarak da ifade edilmektedir. Yargı organları özellikle yerleşik içtihatların dışında bir karar verebilirler. Ancak bu konuda

[412]Wassermann, AnwBl 1983, s.482, Medenî yargılamada sosyal hukuk devletini somutlaştırması gereken hâkim bundan dolayı, liberal düşüncenin davayı içine soktuğu hukuki soyutlamaları yarıp geçmek ve gerçek-somut insanlara ve davanın gerçek problemlerine yönünü çevirmek zorundadır. Davanın sosyal bağlamı olarak adlandırılabilecek şeylerin açıklığa kavuşturulması gerekir. İş; sadece tarafların maddi-hukuki çekişmesinin temelinde yatan gerçekliklerle değil aynı zamanda davanın bizzat kendi gerçekliğine de bağlıdır. Sosyal devlet ilkesinden; davayı, genel olarak insana ve özel olarak da o devletin yurttaşlarına düşmanca bakmayan bir biçimde düzenleme ve taraflar arasındaki iletişimi hukuki ve maddi bir görüş alış-verişine doğru genişletme yükümlülüğü ortaya çıkabilir.

[413] 1967 Basitleştirme Ek Kanunu'yla; davayı ilerletme görevinin getirilmesi, sadece bir vurgu değişikliği sonucuna götürdü. Taraflar dava malzemesini sunmak konusunda özenli olmak ve (karş: ZPO md. 282 ve 296) mahkemenin uyarılarına dikkat etmekle yükümlüydüler. Mahkeme de davayı ilerletmek zorunda olduğundan taraflar ve mahkeme; anlaşmazlığın verimli ve hızlı bir biçimde sonlandırılması amacıyla birlikte çalışmak zorundaydılar. Bundan dolayı da kesin olarak bir "işbirliği ilkesi"nin geçerliliğinden söz edilebilirdi. Bu ilke tarafların getirme ilkesinde değişiklikler yapıyordu ama tarafın bizzat kendisine hâkimin uyarısından sonra bir iddia ileri sürmek veya ortaya koymak zorunluluğu getirmediği için, kesinlikle onun yerine geçmiyordu, Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl, §77, Rn.5

gerekçelerini tam olarak ortaya koymalı ve tarafların gerekçelerini tam olarak değerlendirmelidirler."

Kanımızca bu hükmün gerekçesindeki sürpriz karar yasağı tanımı ile, Alman Hukuku öğretisinin ve bu öğretideki görüşler, ve ZPO 139. Madde ile aynı doğrultudaki prensipler ile değerlendirme yaparak elde edilen tanımlar farklıdır. Öğretinin tanımlarında yargılama süreci ile karar arasındaki uyuma işaret edilirken, HMK 27. Madde gerekçesi, gerekçe ile kısa karar arasındaki uyumu esas almış görünümdedir.

c.Uygulanışı

Sürpriz karar yasağının uygulanabilmesi için, hâkimin taraflarla müzakeresi ve bunun yanı sıra uyuşmazlığın çözümü için işbirliği gereklidir. Bu esaslar yani müzakere ve işbirliği ilkeleri, Alman Hukuku'nda, dZPO 139. maddesinden[414] Türkçe'ye çevirisinde şu şekilde yer almaktadır: *"Mahkeme başkanı, taraflar uyuşmazlık için önem taşıyan ve uyuşmazlığı çözümüne yarayacak bütün vakıaları dermeyan etmeye yöneltmeli, bilhassa ileri sürülen eksik vakıaları tamamlamak ve delilleri nitelendirmelidir. Bu amaca ulaşmak üzere, gerekiyorsa başkan, taraflarla birlikte uyuşmazlığın esasını ve hukuki boyutunu gerçeğe ve hukuki yönüne göre müzakere etmeli ve onlara sorular sormalıdır"*[415].

Bu hükümden, hâkimin taraflarla işbirliği ilkesinin genel ilke olarak medenî yargılama hukukunda yer alması gerektiğinin savunulamayacağı ifade edilmiş, buna gerekçe olarak, hâkimin sadece tarafları, gene tarafların getirdiği vakıaları tamamlamaya yönlendireceği, ancak davaya hâkimin vakıalar getiremeyeceği yani resen vakıa katamayacağı

[414] *"Das Gericht hat das sach-und Streitverhältnis sowiet erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen . Es hat dâhin zu wirken, dass die Parteien sich rechzeitig und vollständing über alle erheblichen Tatsachen erklören, inbesandere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Bewiesmittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen"*
[415] Schilken, Eberhard: Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü, çev. Nevhis Deren Yıldırım, İlkeler Işığında, s. 54

değerlendirilmiştir[416]. ZPO 139/1. maddesi açısından belirtilen bu yoruma katılmak bizce olanaklıdır, zira madde metninden hâkime "vakıa katmak" ödevi yüklenmediği anlaşılmakta, eksik vakıa tamamlanması ise, "ileri sürülen" ile sınırlı kalmaktadır; taraflarla müzakere ile çözüm getirecek vakıa arayışı, taraflarla birlikte, işbirliği, teşvik eylemleri ile kendisini göstermektedir.

Alman medenî yargılama hukukundaki bu düzenleme ile hâkim taraflara davaya dair, tarafların öngöremediği ancak dava için temel karar noktası, dava malzemeleri içinden karar için gerekli esas beyan veya delile işaret etmesi, açıklaması gerekir. Ancak tarafların farklı düşünce ile, bir savunmada veya iddiada bulunmaları halinde bu dayandıkları vakıalar veya deliller, uyuşmazlık konusu olaya ve olaydan doğduğu iddia edilmiş, hak ile ilgili olarak, hâkim tarafından yapılan değerlendirmede farklı ele alınmış olabilir. Bu durumda, davada bir tarafça getirilmesi gerekli olan ve bu nedenle de değerlendirilememiş bir dava malzemesinin sırf getirilmemiş olmasından dolayı taraflardan biri için olumsuz bir sonucun doğmaması amaçlanmaktadır. Bu sırada önemli olan, hâkimin tarafsızlığını da koruyarak uyarı ödevini yerine getirmesidir, hâkimin açıkladığı görüş, davanın sonundaki nihai görüş olmayıp davada, dava malzemesine dair geçici görüştür[417]. Mahkemenin bu noktada esas aldığı dava malzemesi, hüküm açısından önemli maddi ve hukuki tüm konular olup, deliller açısından yapılacak değerlendirmede karar gerekçesinde yer alacak, tüm hukuki değerlendirmelerin taraflarla müzakeresine gerek olmadığı, sadece ilgili delile dair şüpheleri ve neden ilgili delile itibar etmediği, bu delile dair vereceği işaret müzakerede esas alınması gerektiği belirtilerek, karar gerekçesinin temelini taraflarla tartışmasının beklenmediği ifade edilmektedir[418].

[416] Schilken, s. 54
[417] Karaaslan, s. 199, Baumbach/ Lauterbach/Hartmann, m.139,kn.46
[418] Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Zivilprozessordung, 22.bask.B.1, Tübingen 2005,s.m 139, kn.66, (nakleden Karaaslan, s. 201)

Alman Hukukunda, hâkimin ZPO 139/1. maddesindeki müdahalesinin koşulları açısından, mahkemenin nihai kararını, tarafların gözden kaçırdıkları ya da önemsiz olarak değerlendirdikleri konuya ya da olaya dayanarak vermesinin, hukuki veya maddi konuya dair olsa da, buna işaret ederek, bu konuda beyanda bulunmalarına olanak tanınması koşulu ile kabul edilebileceğinin yönünde düzenlemesi söz konusudur. Bu işarete konu noktanın da, mahkemenin vereceği karar açısından temel nokta olması aranmakta olduğu belirtilmiştir [419].

Tasarruf ilkesi, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ve taleple bağlılık ilkesi gereğince; hâkimin, dolaylı olarak önemli olan maddi gerçekler ve hâkimin kendiliğinden ikame etmesine cevaz verilmiş deliller dışında, belirli ve tam olmayan taraf getirilerini değerlendiremeyeceğinden dolayı, ZPO md.139 par.1 fıkra 2 asıl olarak sürpriz kararlardan sakınmayı hedeflememektedir. Tarafların belirleyiciliği ve tarafların getirdikleriyle sınırlı olma ilkesi çerçevesinde; net olmayan bir taraf beyanının mahkemece hatalı değerlendirilmesi sonucunda da sürpriz kararlar alınması mümkün dür. ZPO yd md.139 par. 1 fıkra 2 gene de ZPO yd md.139 par.2 anlamında maddi veya hukuki bakış açılarının; mahkemenin kendiliğinden verdiği öngörülemez veya ayrışık değerlendirmesi yüzünden alınan sürpriz kararlardan sakınmayla ilişkilendirilemez. Bundan dolayı ZPO md.139 par.2 anlamındaki maddi nitelendirme ile bağlantılı sürpriz kararlardan sakınma ya da mahkeme kararının maddi hukukla ilgili duruma ve maddi olgulara denk düşmemesi adına ZPO yd md.139 par.1 fıkra 2 gereği olan hâkimin uyarma görevi genişletilemez ve olası itirazlar konusunda hâkimin uyarma görevi olduğu kabul edilemez[420].

Tarafların açıklama yapma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmeleri için bundan başka kararda ağırlığı olan olaya ilişkin hâkimin bakış açısını fark etmeleri gerekir. Sadece farklı hukuki görüş değil aynı zamanda önceden değinilmeyen olay ve kanıt sonuçlarının

[419] Karaaslan, s.201
[420] Liu, s. 229

değerlendirmeleri de beklenmedik kararlara yol açabilmektedir[421]. Böyle durumlarda eğer olaya ilişkin bakış açısı hakkında bilgilendirme yapmazsa, mağdur olan taraf gözden kaçan veya ağırlıksız varsayılan olay ve kanıt takdirine ilişkin görüş bildirme hukuki ve olaya ilişkin beyanını açıklığa kavuşturma ya da tamamlama fırsatı bulamaz. Bu tarafa yanlış olay veya delil takdiri ya da yetersiz olay betimlemesine ilişkin ve hukuki temelden dolayı mağduriyet doğabilir. Dolayısıyla mahkeme sadece taraflardan birinin gözden kaçırdığı veya uyuşmazlıkta hukuki sebep olarak dayanmadığı bir hukuki bakış açısına değil aynı zamanda bir olaya ilişkin bakış açısı hakkında da bilgilendirme yapmalıdır. Taraflar, mahkemenin kararına temel oluşturmayı düşündüğü hukuki, maddi vakıaya ilişkin ve yoruma açık bakış açılarını ne kadar erken öğrenirlerse , davayı yürütmelerini mahkemenin değerlendirmesine uygun hale getirmeye veya buna kendi hukuki ve maddi vakıaya ilişkin beyanlarıyla karşı çıkmaya da o kadar çabuk muktedir olurlar[422].

Hâkim tarafından taraflara yapılacak işarette, yapılacak olan uyarıda, taraflara açıklama yapacakları maddi ve hukuki konu da belirtilmeli, bu uyarı ve işaret de tarafların bilgi, anlayış ve eğitim seviyeleri ile uyumlu olmalıdır[423].

Öğretide, Türk Hukuku açısından da, HMK 27. maddesi yani hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili olarak sürpriz karar verilmesi gene bu hakkın ihlali olarak ifade edilirken, davada tarafların iddia ve savunmaları, hâkimin soru ve incelemeleri, hükme esas tuttuğu hukuki sebebin varlığının araştırılması ve tartışılması temelinde sürmüşken, mahkemenin, hiç tartışılmamış hukuki sebepten karar vermesi sürpriz karar sayılmış, mahkemenin bu yaklaşımının da yargılamanın sonunda kabul ettiği taraflar yönünden algılanan ve iddia

[421] Laumen,s.250
[422] Liu, s.349
[423] Karaaslan, s. 208

olunan niteliğine, savunma yapmalarına olanak tanınmamış olduğunda, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğinden söz edileceği belirtilmiştir[424].

Öğretide, Türk Hukuku açısından, hâkimin resen hukuku uygulama görevinin amacının dışına çıkarak tarafı olumsuz bir sürpriz ile karşılaştırmaması gerektiği, doğru normun bulunup uygulanması gerektiği ancak farklı bir hukuk kuralı uygulanmak istenirse, davanın taraflarının bundan bilgilendirmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna, ilaveten de, taraflara beyanda bulunma olanağının tanınması gerektiği değerlendirilmiştir[425]. Yargılama sırasında tartışılan vakıa ya da deliller dışında bir değerlendirme ile karar verilmesi sürpriz karar olarak kabul edilmiştir[426]. Sürpriz karar yasağına dair, HMK 27. maddesi gerekçesi dışında bir normatif atıf yer almasa da, HMK 31. madde gerekçesindeki davanın maddi anlamda sevk ve idaresi içinde müzakere ilkesinin, davanın olgusal ve hukuki yönünden taraflarla birlikte ele alınmasına dair ifadelerin, her iki ilkenin de Türk Hukuku'ndaki yerini almasında önemli olduğu açıktır. Burada Alman Hukuku gibi, Türk Hukuku'nun açıkça müzakere ilkesi ve sürpriz karar yasağını yasa metni içine almamış olması, gerekçeyi yorumlamakta kolaylaştırıcı hale getirmesi, aslında belirsizlik yaratmıştır. Öğretide, bu sakıncaya karşın, sürpriz karar yasağının HMK 31. maddesinde, açıkça bir düzenleme ile giderimi önerilmiştir[427].

Gerçekten de, Karaaslan'ın belirttiği gibi, Türk uygulaması Yargıtay kararlarının incelenmesinden de görülebilir ki, sürpriz karar yasağı ve müzakere ilkeleri konusunda çekingen bir tutum içerisindedir[428]. Bu çekincenin sebebi, ihsası reyde bulunmak, taraflara yol göstermek, bunların sonucunda tarafların algısındaki tarafsız konumunu yitirmek, korkusu olabilir, zira hâkimin bu yönde bir faaliyeti olacaksa adeta sanat eseri yaratırken, bir

[424] Umar, Şerh, s. 120-121
[425] Alangoya, İlkeler, s.96
[426] Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 188
[427] Karaaslan, s. 214
[428] Karaaslan, s. 213

sanatçının titizliği ve seçiciliğinde, bir çocuk ile konuşan psikoloğun sözcükler üzerindeki hassaslığındaki gibi her bir sözcüğünü seçerek müzakere etmesi gereklidir. İş yoğunluğu ve kimi zaman tarafların çatışmacı tutumları bu faaliyetin gerçekleşmesini ne yazık ki sağlayamayabilir. Ayrıca, teksif ilkesindeki katı yorum ısrarı hâkimin davayı aydınlatma ödevinin delil isteme yönündeki esnetici olanağının kullanımını da önlemektedir. Bu temelde, genelde, yargı organlarında hâkimin hukuku resen uygulama ilkesinin, müzakere ilkesini ve sürpriz karar yasağını neredeyse yok sayarcasına uygulamaları nedeniyle açık normatif düzenleme olmadıkça bu iki ilkenin AİHS'deki adil yargılanma hakkının içeriğine karşın açık yollama olmaması karşısında Türk uygulamasında yerleşmesi olanaklı görünmemektedir.

ZPO 139. Maddesinde düzenlenen bir başka ilke de, hâkimin taraflarla işbirliği ilkesidir. Alman öğretisinde, "kooperationmaxime" olarak belirtilen bu ilkeye göre, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile, maddi gerçek ilkeleri, işbirliği ilkesi ile kaynaşmıştır[429]. Uluslarüstü medenî yargılamaya dair , UNDROIT ilkelerinde ise, 14. maddesinde hâkimin yetkileri içinde birinci fıkrasında mahkemenin yargılamayı hızlı, dürüstlük kuralına uygun etkin şekilde, makul sürede çözümü için takdir yetkisini kullanması gereği ile beraber, ikinci fıkrasında yargılamanın makul sürede sonuçlanmasına ve "taraflarla işbirliği içinde" yapılması gereği ifade edilmiştir[430]. Müzakere ilkesiyle karşılaştırıldığında işbirliği ilkesi altında; hedefi aşan delillerin takdiri, yanlış bir ikrarın yetersiz bağlayıcılığı, hukuki ve maddi unsurlarla ilgili olarak mahkemenin yükümlülüğü ve sosyal bakımdan daha zayıf olana karşı hâkimin daha fazla dengelemeci olması ilkesi kabul edilmiştir[431].

ç.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi içinde, Türk yasa koyucusu, HMK 31. madde son cümlesi ile "delil sunulmasını" isteyebilecek, böylece hem taraflarca dava malzemesinin

[429] Hahn, B., s. 88 (nakleden Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 10)
[430] www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-turkish.pdf, erişim tarihi 19.5.2016
[431] Wassermann, s. 103

getirilmesi ilkesinin hem de teksif ilkesinin katı uygulamasından doğacak sakıncaların önlemesini sağlamak istediği düşünülebilecektir. Getirilmiş bir vakıadaki hem hukuki hem de maddi belirsizlik ve çelişkide de, hâkimin pasif kalmayıp, kanaat getirebilecek duruma vakıayı getirtecek yol da aynı maddede açık olarak düzenlenmiştir. Bunların dışında, hâkimi taraflarla daha yakın bir ilişki içinde konumlandırmak adeta sesli düşünmesini beklemek, hâkimi taraf çatışmalarının içine sürükleyebilecektir. Ön inceleme aşamasında, hâkim, olay betimlemesi yapmakta ve buna dair taraf görüşlerini sormaktadır. Tarafların usûlüne uygun olarak davet edilmeleri sonucunda ön inceleme duruşmasına katılmaları halinde, olay betimlemesi, çekişmeli konuların taraflarca kabulü ve imzası olmadıkça, tutanaksız, tahkikata geçilmemektedir[432]. Hâkim, ön inceleme aşamasında taraflarca getirilmiş dava malzemesini değerlendirmekte, uyuşmazlığı da tespit etmektedir, bu tespitlerinden farklı değerlendirmelerden farklı olarak olaya dair kanaati olur ve bunu taraflardan gizleyerek karar verirse sürpriz karar yasağına da aykırı olacaktır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, mahkeme eğer, karar verinceye kadar tartışılmamış bir hukuki sebebi kararının dayanağı yapmış ve bu şekilde davaya, bundan etkilenen bir tarafın davanın o zamana kadarki gidişine göre davada tartışılmamış yeni bir yön vermiş ise, yasaklanmış böyle bir sürpriz karar var olduğu netice olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[433].

CI. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN SOSYAL DEVLET İLKESİ İLE BAĞLANTISI

Anayasal açıdan hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kökenlerinden biri de Sosyal Devlet ilkesidir[434]. Liberal devlet organizasyonlarında yaşayan insanların gerek eğitim gerekse ekonomik nedenlerle eşit koşullarda bulunmadığı ancak hukuken eşit konumlarda

[432] Karslı, s. 455
[433] Maunz/Dürig, s. 140
[434] Karaaslan, s.84

hukuki ilişkilerde bulunduğu bilinen bir gerçektir. Avrupa aydınlanmasından yani Reform ve Rönesans'tan Anadolu'da XIII.yüzyıl düşünce akımlarından da kaynağını bulan hümanist düşünce, Anayasal metinlerde bireyden topluma, toplumdan siyasal akımlara, siyasal düşüncelerden hukuki metinlere yansımış, "insan için devlet" düşüncesi, "devlet için insan" düşüncesine baskın gelerek yerini almıştır.

Alman medenî yargılama hukuku öğretisinde sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olarak sosyal usûl hukuku düşüncesi ileri sürülmüştür[435]. Bu görüşe göre, bir uyuşmazlığın sadece tarafları arasında kalan ve değerlendirilen bir olgu olarak kabul edilemeyeceğini, toplumsal bir olay olarak kabul edilmesi gerektiğini, taraflar arasında tam anlamıyla eşitliğin sağlanamayacağını, buna bağlı olarak da bir yargılamada hak kaybının söz konusu olmamasının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir[436]. Yukarıda da belirttiğimiz gibi insanlar arası eşitliğin yasa karşısında eşitliği sağlamakla yeterli olamayacağı, böylesi bir eşitliğin, hak savunmak yolunda yeterli olmayacağı belki en fazla yargılama hukukunda kendisini gösterebilmektedir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin konusu olan belirsiz ve çelişkili olay ve ifadeler, hukuki terim ve nitelendirmeleri sunmakta eğitim ve ticaret hayatı deneyimsizliği nedeniyle zorluk çeken, bununla da birlikte avukat yardımından da yararlanmakta da zorlanan kişilerin dava dosyasına sunduğu delil ve ifadelerde fazla rastlanabilecektir. Bu durumda da hak kaybı olması kaçınılmaz olacaktır.

Avusturya medenî yargılama hukuku öğretisinde Wasserman'dan önce Klein tarafından sosyal hukuk düşüncesi ileri sürülmüştür. Yazar, medenî yargılama hukukunu sosyal bir kavram olarak değerlendirmekte, bir davanın tarafları arasında da ötede bir kamu sorunu olduğunu, bireysel çıkarların üzerinde toplumsal düzene katkı yükümlülüğü taşıdığı, kamu barışının bir parçası olduğu düşüncesindedir. Bu doğrultuda Klein, bireyler arasındaki uyuşmazlığın çözümü ile meydana gelecek huzurun, toplumsal huzur ve mutluluğa olan

[435] Wassermann, Rudolf: Der Soziale Zivilprozess, Neuwies Damstadt 1978, s.85
[436] Karaaslan, s. 85

katkısını önemsemektedir. Böylece, refah ve mutluluğu sağlamaya katkıda bulunmanın toplumun korunması için de yararına işaret etmektedir. Bu bağlamda, medenî yargılamanın öncelikle bir bütün olarak hukuk düzeninin korunması amacının olduğu düşüncesindedir. Bu düzende, bireyler arası hukuki ilişkiler birer unsur ve parça olarak yer almaktadır[437]. Bu doğrultuda, Klein devletin, bir uyuşmazlıkta ayrıştırıcı düşüncelerin, husumetlerin artışını önleyici bir konumda olmasını savunmaktadır.

Taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu yargılamada, hâkimin doğrudan delil toplaması, tarafların ileri sürmedikleri konuları araştırması, taraflarca dava dosyasına sunulmak istenmemesine rağmen delillerin toplanmasına dair giderlerin devlet tarafından karşılanmasına karar verilmesi söz konusu olamamaktadır; ancak bu durumda yukarıda belirttiğimiz gibi taraflar arası eşitsizliğin olabileceği bir gerçek olduğu kadar, eşit taraflar arasında da hukuki bir dille istemlerini açıkça ve anlaşılır ortaya koyabilmekte taraflar arası beceri eksikliği ya da yetersizlik olması hayatın olağan akışında beklenebilir bir durumdur. Hatta her iki tarafın benzer yetersizlikler içinde olması, hâkimi uyuşmazlığı çözmekten uzaklaştırmamalıdır.

Sosyal devlet kavramı ile paralel olarak devletin, haksızlıklara yer vermemek için, olayların ve kanıtların, belirli ve tam anlaşılır olarak davaya katılması, tarafların bu konulardaki açıklama hakkının olması ve bu hakkın kullanılma engellerinin olmaması gereklidir[438]. Bu doğrultuda eşitsizliğin giderimi, dengenin sağlanması, devletin üç erkinden biri olan ve ana görevlerinden olan yargının üzerindeki özen yükümlülüğü de[439] bunu gerektirecektir. Bu yükümlülük de haksızlıktan arınmış olarak yerine getirilmelidir. Haksızlıktan arınmışlık, doğru hüküm kurulması olarak ifade edilmiştir; doğru hüküm

[437] Klein, Franz/ Engel, Friedrich: Der Zivilprozess Österreichs, Mahheim, Berlin, Leipzig, 1927, s. 188
[438] Koch, Melanie: Die richterliche Prozessförderrungspflicht nach dem ZPO- Reformgesetz, Hamburg 2003, s. 31; Stürner, Rolf: Die Richterliche Aufkläurung im Zivilprozess, Tübingen 1982, s. 38; Spickhoff, Andreas: Richterliche Aufkläurungpflicht und materielles Recht, Stuttgart 1999, s.42; Meriç, Nedim: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof.Dr.Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C.II,Özel Sayı 2009,Y.2010, s.387 (Aydınlatma)
[439] Meriç- Aydınlatma, s. 387

kurulamamasının nedenlerinden biri de çeşitli nedenlerle güçsüz konumda olan tarafın gerek usûli gerekse maddi bir hukuk kuralını bilmemesinden kaynaklanabilir. Öğretide böyle bir durumda, hâkimin, güçsüz olarak tarafa usûli olanağı hatırlatabileceği [440] belirtilmişse de HMK 36/I-a bendi uyarınca hâkimin bu hatırlatması bir öğüt veya yol gösterme olarak değerlendirilecektir[441].

Sosyal usûl hukuku görüşünün ve hâkimin davayı aydınlatma ödevinin değerlendirilmesi ve uygulanmasında, hâkimi, zayıf olanın tüm yönleriyle koruyucusu, güçlü olan ile adeta vekilvari bir tutumla savaşçısı olarak kabul etmek veya bu hale getirerek bir uygulama yolu izlemek kanımızca HMK genel sistemi yönünden kabul edilmeyecektir. Bu anlamda hâkimin yaklaşımı, yasanın kendisine verdiği aydınlatma ödevini adil yargılanma hakkının korunması, özellikle de taraflar arası delil-beyan sunumlarındaki dengenin sağlanarak, dava konusu olayı soyut ilgili norm ile bağdaştırabilecek, böyle bir norm yoksa bile, Medenî Kanun'un ona yüklediği hukuk yaratma, boşluk doldurma yetkilerini kullanabilecek, sonuçta tarafların hasım olarak yer aldığı uyuşmazlığı çözebilecek bilgiye ulaşmasını sağlayacak bir faaliyette bulunabilecektir. Bu anlamda, sosyal devlet ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi yer yer ortak bir uygulama zemini bulabildiğindendir ki, ilkenin Anayasal köklerinden sadece birini oluşturmuştur. Ancak, bir davada, sırf tarafın gerek eğitim, gerekse ekonomik nedenlerle zaafiyetine göre korunması, hâkimin bir vekillik benzeri yaklaşıma yönetilmesi kanımızca HMK 31. madde lafzında öngörülmediği gibi, beklenilmemelidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, taraflarca getirilme ilkesinin bir istisnası olmadığını, aksine, tamamlayıcısı olduğunu düşündüğümüzü belirtmiş olmakla, bu temelde " zayıf taraf" gibi bir anlayış belki, "belirsizlik veya çelişkinin" nedeni olabilir, fakat

[440] Meriç-Aydınlatma, s. 388; Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 240; Leipold, Dieter: Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980), Heft 2, s.264

[441] Çon, Ömer: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Ankara 2013, s.56-57, bu anlamda öğüt vermek davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan bir durumda, hâkimin tarafı yönlendirmesi, yol göstermesi ise hâkimin bir tarafa davayı nasıl kazanabileceğini belirtmesi olarak anlaşılmaktadır. Bu durumda, zamanaşımı definde bulunmamış tarafa bulunması yararına olacak bir savunma ileri sürmesini belirtmesi veya önermesi bir red sebebi olarak da değerlendirilebilmektedir; Yılmaz-Şerh,s. 415

hâkimin davayı aydınlatmasının ana gerekçesi olamayacaktır. Bu noktada, sosyal devlet ilkesi, ekonomik veya eğitim nedeniyle zayıf olan bir tarafın, hukuki nitelendirmede bir hata yapması, avukat yardımından, vekillik hizmetinden de yararlanmadığı bir durumda, hâkimin HMK 32. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca dilekçe reddine yönelmeyerek, tarafça sunulmuş olan beyan ya da delil türünde dava malzemesini, hâkimin en verimli şekilde olay- norm örtüştürmesi için anlamaya çalışması sırasındaki soruları, istemleri bu kapsamda değerlendirebilir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, sosyal devlet ilkesinden doğrudan kaynaklanan bir ilke olmasa da işlevsel açıdan sosyal devlet düşüncesinin gerçekleşmesine, hâkimin kamusal konumu nedeniyle hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesine mi, yoksa kendiliğinden araştırma ilkesine mi tabi olan bir davada uygulaması gerektiği yönünde yapılacak bir tartışma sonucunda, kendiliğinden araştırma ilkesine tabi davalarda, hâkimin etkin konuma geçmesinin, hatta kendiliğinden araştırma ilkesine tabi davaların amacının sosyal nedenlerden kaynaklandığı ileri sürülür, kendiliğinden araştırma ilkesine tabi davalarda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kuvvetlendirici etkisi olduğu kabul edilirse[442], sosyal devlet ilkesinin, hâkimin davayı aydınlama ödevinin kökenlerinden olan adil yargılanma hakkı gibi, bir diğer kökü olduğuna dair yapılacak bir yorum da temelsiz kalacaktır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin egemen olduğu davalarda, bu ilkenin geliş amacıyla bağlantılı olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevine göre yetkilerinin çok daha geniş olduğunun da ileri sürülebileceği gibi, ilkenin Anayasal kökeni yönünden, örneğin velayete dair konularda hâkimin taraf talepleri ile bağlı olmadan kendiliğinden çocuk yararını araştırmasında olduğu gibi, hâkimin taraflara soracağı sorular, yapacağı araştırmalarda sosyal devlet ilkesinin de adil yargılanma hakkı gibi doğrudan etkileyici nitelikte olmasa da, dolaylı olarak etkileyen bir ilke olduğu belirtilebilir.

[442] Karaaslan, s.116

Öğretide de, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, sosyal bakımdan zayıf ve bilgisiz olanların dava kaybetmesini önlemek için kabul edilmediği, hâkimin davayı aydınlatma ödevi yerine getirilirken tarafların sosyal güçlerine ve konumlarına değil, ödevin gereğine neden olan belirsizlik ve çelişkiler olup olmadığına bakılması gerekeceği ifade edilmiştir. Bu anlamda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir amacının zayıfın korunması olmadığı fakat bunun ödevin yerine getirilmesiyle meydana gelen bir sonuç olduğu belirtilmiştir[443]. Bu görüşe katılmaktayız zira belirsizlik ve çelişkinin giderimi soysal devletin değil adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır[444].

§ 5. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNUN AMACININ VE YARGILAMAYA EGEMEN İLKELERİN HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ İLE İLİŞKİSİ

A-MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNUN AMACI İLE İLİŞKİSİ

[443] Karaaslan, s. 86-87; Alangoya, Yavuz: Anayasanın Medenî Usûl Hukukuna Etkisi, Makaleler, İstanbul 2012, s. 154 vd.
[444] Karaaslan, s. 87, karşı görüşte Meriç, s. 387

I-Medenî Yargılama Hukukunun Amacına Dair Görüşler

1.Genel Olarak

Medenî yargılama hukukunun amacı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bağlantılarını incelemeden önce, medenî yargılama hukukunun amacına yönelik öğreti görüşlerinin değerlendirilmesi, ilke ile ilkenin yer aldığı hukuki yerin ilişkisinin doğru analizi için gerekli olacaktır. Yargılama hukuku normları kimi zaman açık olmayabilir ya da yeterince somut uyuşmazlıklar bakımından yol gösterici olmadığı düşünülebilir. Böylesi durumlarda normun amacının bilinmesinin daha ilerisinde, yorum yaparken yargılama hukukunun amacının da bilinmesi ve yorumda kullanılması yararlı olabilmektedir[445]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, yargılamaya egemen ilkeler içinde düzenlenmesinin gerektirdiği, yol gösterici norm olma niteliğini değerlendirdiğimizde, normun hem yansımalarının tüm yargılama içinde yer aldığını, hem de tek başına da yeri geldiğinde kullanılabildiğini görmek olanaklıdır. İçeriğinin yalın olması, uygularken hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde zaman zaman duraksama yaratabilecektir. Bu amaçla da, yargılama hukukunun amacı ile bağlantılı olarak kimi zaman yorum yapmak gerekli olabilir. Özellikle hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırlarının belirlenmesinde, yargılama hukukunun amacının da bu sınırın çizilmesinde gerekli bir yorum unsuru olacağı düşüncesi bizi bu amacı incelemeye sevk etmektedir. Örneğin, bir vasiyetnamenin yorumlanmasında vasiyet metninde geçen bir konunun, söz gelişi "Gölbaşı'ndaki yazlığın bahçesinde bulunan çapa makinası" ifadesindeki yazlığın ada ve parselinin bilinmemesi karşısında hâkimin konumu ve bu belirsizlik karşısında tutumunun nasıl olması gerektiği hem hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, hem de taraflarca iddia ve savunma sunma yükümlülüklerinin konusudur. Tarafların somutlaştırma ödevi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kesişmesinin yorumlanmasında, yani taleple bağlılık ilkesi ile çelişki doğmaması için bir

[445] Yılmaz, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Değiştirilmiş 2.baskı, Ankara 2010, s. 28

değerlendirme yapılırken, yargılamanın amacı olduğu düşünülen amaçlardan, maddi gerçeğin araştırılması amacının benimsendiği bir yorumda, hâkimin tarafların talebi olmasa da, ölenin Gölbaşı'ndaki tüm taşınmazlarının tapu sicilinden sorulmasını isteyebileceği, hatta Gölbaşı adı ile yer alan tüm ilçe ve beldeler yönünden araştırmasını genişletebileceği yorumu yapılabileceği gibi, yargılama hukukunun kamu hukukundan farklı olarak bu kadar geniş bir yetkiyi hâkimden beklemeden, taleple bağlılık ilkesini öne çıkarak, aydınlatma ödevinin, taraf talebini belirginleştirmek amacıyla ilgili tarafa bu konuda soru yöneltebileceğini düşünmek de olanaklı olabilecektir. Medenî yargılama hukukunun amacı ile çalışma konumuzun bağlantısı bu esasta incelenmeli ve değerlendirilmelidir.

Medenî yargılama hukukunun amacı[446], yargılama hukukçularının eserlerinin hemen hemen tamamında tartışılan ve değerlendirilen bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır[447]. Değerlendirmeler sonucu oluşan görüşleri izleyen başlıklarda ele almış bulunuyoruz.

2.Kendiliğinden Hak Almanın Yerine Geçmek Amacı

İnsanlık tarihi içinde, bağımsız mahkemeler öncesinde kendiliğinden hak alma yani ihkakı hak, bir diğer anlatımla kişinin kendi hakkını yine kendi gücü ile koruma yöntemi, hakların korunması ve yerine getirilmesinde başvurulan ilk yol olarak karşımıza çıkmıştır. Roma İmparatorluğu zamanında da görülen bu uygulamanın Oniki levha kanunları

[446] Ayrıntılı inceleme için bkz. Taşpınar, Sema: Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 759 vd.; Gaul, Hans Friedhelm: Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu, Çev. Nevhis Deren Yıldırım, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, Der. M.Kamil Yıldırım, İstanbul 2006, s.72 vd.

[447] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.52; Üstündağ, Yargılama, s.1 , Pekcenıtez, Pekcanıtez Usûl, s. 26 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.3; Tanrıver, Usûl, s.125 ; Karslı, s.52; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.39; Budak/Karaaslan, s.3; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.54; Arslan, Aziz Serkan: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s.65; Yıldırım, s.207; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s.265; Ulukapı, s.6

zamanında da devam ettiği görülmektedir. Borcunu yerine getirmeyen borçlunun alacaklısı tarafından zincire vurulmasında, öldürülmesinde, ya da alacaklıların birden fazla olması durumunda borçlunun cesedinin parçalara ayrılması gibi insanlık dışı uygulamaları görmek mümkün olmuştur. Bireylerin haklarının bu şekilde korunamayacağı zamanla kabul edilmeye başlamıştır. Bu uygulamadan sonra ise hakem uygulaması gelmiş, hakemler zorunlu ve ihtiyari tahkimde görev almışlardır. Kurumsal olarak mahkemelerin yargılama için başvurulan makam olarak daha sonraları görülmeye başladığını görmek mümkün olmuştur[448].

Maddi hukuk alanında düzenlenen hakların ihlali halinde hakkın gerçekleştirilmesini ve tespitini yapacak olanın belirlenmesi önemlidir. Günümüzdeki anlamıyla devlet mekanizmasının kurulmasından öncesinde kişiler haklarını kendileri korumakta ve gerçekleşmesini sağlamaktaydılar. Ancak kişilerin haklarını gerçekleştirirken fizik güçlerinin öne çıkması ve önem kazanması bir yana gerçekten hak sahibi olup olmadıkları da belirsiz kalmaktaydı, bu durumun kamu barışını bozduğu ve bu nedenle de üçüncü bir kişiye veya mekanizmaya gereksinim duyulduğu açıktır. Hukuk devletinin gelişmesiyle bu işlevi devlet ve yargı erkinin bağımsızlığının kabulü ile birlikte bağımsız mahkemeler üstlenmiştir[449].

Kendiliğinden hak almanın önlenmesi amacı ile hukuk barışının sağlanması medenî yargılamanın amaçları birlikte değerlendirildiğinde bu barış işlevi ile davanın gidişatı ve hâkimin aktifliği öngörülemez olmaktan çıkacaktır. Hâkimin nasıl davranacağının öngörülebilir olması gerekir. Hukuk yargılamasında hâkimin sosyal politika yapmak görevi yoktur aksine onun görevi, tekil bireylerin hakkını korumak ve gerçekleştirmektir. Hâkim tarafsız olmak zorundadır. Bu; onun koruyucu ve tavsiyelerde bulunacak biçimde işe el atabileceği ama en fazla, taraflılık sınırına kadar bunu yapabileceği anlamına gelir. Hukuk devletinde bir hâkim; sosyal bakımdan daha zayıf olanların hem yargıcı hem de avukatı

[448]Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s. 29 - 31
[449]Pekcanıtez / Atalay/ Özekes, s. 48

olamaz. Gerçek bir fırsat eşitliği yaratılması istemiyle, hâkimin önüne medenî yargılamanın işlevine ters düşen, hukuk dışı amaçlara ulaşılmasının önlenmesi görevi konulmuş olacaktır[450].

Çalışma konumuz açısından yani hâkimin davayı aydınlatma ödevi için medenî yargılama hukukunun amacı hâkimin, hüküm vermesi için önüne gelen bir davada dava malzemesinin toplanması ve hâkimin davadaki yetkilerinin sınırı açısından önemini göstermektedir. Bu açıdan taraf iradesi ve tarafların davadaki konumları da önem kazanmaktadır. Öğreti de dava malzemesinin toplanmasında, belirli sorunlarda yetkinin hâkime mi taraflara mı ait olacağı konusunda medenî yargılama hukukunun amacından hareket edilmesinin yararlı olacağı ifade edilmiştir[451]. Hâkimin davadaki konumu ile medenî yargılama hukukunun ilişkisi ise, aslında temelde devletin varlık sebebi ve yargı erkinin varlık sebebi ile doğrudan ilgilidir. Özellikle, bireyler arası ilişkilere kamusal müdahalenin ne kadar ve nasıl olacağı erkin konumlanması yönünden önem taşımaktadır. Yargı kavramı ile medenî yargılama kavramları iç içe geçmiş kavramlar olup, hukuki uyuşmazlıklar hakkında karar verilmesi, çekişmesiz yargı işlerinde yurttaşa temel hak ve özgürlükler alanında yürürlükteki hukuk kurallarının korumasının sunulması ve gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik mahkemelerin emredici faaliyetleri olarak yargı kavramı tanımlanmıştır[452]. Bu kapsamda yargı erkinin ve dolayısıyla medenî yargılama hukukunun ilk ortaya çıkış amacının ihkak-ı hakkın önlenmesi yani kendiliğinden hak alma yasağı olarak karşımıza çıktığı belirtilmiştir[453]. Buna bağlı olarak da medenî yargılama hukukunda amaç sorunu tartışılmaktadır.

---

[450] Sticken, Gunnar: Die neue materalle Prozessleitung (§139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, Diss. Kiel 2004, s. 48

[451]Alangoya, İlkeler, s.84

[452]Pohle, Kommentar zum Zivilprozessordung,19.Aufl,1963,s.3 (Nakleden, Sungurtekin Özkan,Meral: Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medenî Yargılama Hukuku, Bilge Umar Armağanı Özel Sayı,DEÜHFD,C.11,2009, s.560)(Sungurtekin Özkan,Armağan)

[453]Taşpınar,s.764, ancak aksi yönde görüşler de söz konusudur, örneğin Gaul,"Dava ise, hakkın bizzat yerine getirilmesii ikame eden bir husus değildir. Birçok hakkın bizzat yerine getirilmesine imkan yoktur, bilakis hukuki bir işlemin yapılması talebinde ve bir çok fikri ve sınai hakta olduğu gibi haklar yargılamaya muhtaçtır. " demektedir.(Gaul, Yıldırım-İlkeler,s.89) Benzeri bir yaklaşım için, bkz. Schumann, Ekkehard: Die

Objektif hukuk düzeninin sağlanmasından yana olanlar; medenî yargılama hukukunun oluşturulmasında sübjektif hakların korunması amacının açıkça öne çıkarıldığını belirtmektedirler; bunun sonucu; dava kavramının tarafların diğer hak arayanlarla herhangi bir soysal bağlantıdan yoksun bir halde tek başlarınaymışlar gibi düzenlenmiş olduğuydu. Onlar davayı kendi istedikleri yöne sürükleyebilir ve beyanlarına gerçek olmayan olayları dayanak yapabilirlerdi. Hâkim, sadece resmi kurallara uyulmasına bakan bir hakem olarak algılanmış, sadece şekli gerçeğe uygun olarak karar vermek zorunda kalmıştır. Dava hakkındaki bu anlayış, mahkemelere başvuran yurttaşların isteğine cevap vermez olmuştur. Maddi olarak doğru ve icra edilebilir olan kararlar verilmesinin amaçlandığı ileri sürülmüştür[454]. Medenî yargılamada, bireysellikten daha ötede toplumsal yarar düşüncesinin öne çıktığı bir süreç ve toplumsal dava hedeflerinin, sübjektif dava hedeflerine oranla davada maddi gerçeklere ulaşılmasını daha fazla sağladığı düşünülmüştür.

3.Özel Hukuktan Doğan Hakların Korunması

Medenî yargılamanın amacı tartışılırken, ilk olarak belirtilen görüşlerden 19. Yüzyılda ileri sürülen liberal hukuk anlayışını temsil eden bir görüşte medenî yargılamanın amacı olarak özel hukukun hakların korunması yoluyla gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmiş, bu görüş kapsamında temellendirme yapılırken, davacının hakkını talep etmesi, davalının da hakkını savunması olarak belirtilmiş, ayrıca maddi gerçeğin, yargılama hukukunun rastlantısal bir sonucu olarak karşımıza çıktığını ancak esas amacı olarak

---

Prozessökonomie als rechtsethies Prinzip, Festscrift für Karl Larenz zum 70.Geburstag, München 1973, s.279 vd. devlet, hakkın kendiliğinden yurttaş tarafından elde edilmeye çalışılmasını yasaklamakta ve dava yoluyla maddi hukukta sağlanan hakları güvenceye bağlamak istemektedir. Buna göre devlet aynı zamanda yurttaşlar için olabilecek en az yükümlülük yükleyerek ve mümkün olan en az gecikme ile hukuku ve adaleti gerçekleştirmek zorundadır.

[454] Zettel, Günther: Der Beibringungsgrundsatz, Berlin 1977, s.153Alman hukukunda, objektif hukuk düzeninin sağlanmasından yana olanlar; 1877 Alman medenî yargılama hukukunun oluşturulmasında sübjektif hakların korunması amacının benimsendiğini ifade etmilerdir.

görülemeyeceği ifade edilmiştir[455]. Bu yönde, daha yetenekli ve hâkimi daha fazla ikna edebilecek tarafın davayı kazanması düşüncesi egemen olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan görüşe göre medenî yargılamanın amacının sübjektif değil objektif bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği, yargılamanın amacı olarak özel hukuktan doğan hakların sağlanması olduğu ileri sürülmüştür; bireysel hukuki korunmanın sağlanması düşüncesi liberal düşünceyle paralel olarak bu şekilde gelişmiştir. Bu düşünce Alman öğretisinde "kızılhaçsız savaş" olarak değerlendirilmiştir[456]. Bu düşüncenin yarattığı en büyük sakınca olarak tarafların her zaman bir birine ekonomik ve sosyal durumları ile eğitim yönünden aynı seviyede bulunmadığı hallerde sadece şekli gerçeğe ulaşmak amaçlandığında adaletin gerçekleşmesi söz konusu olamayabilecek ve bu kapsamda hukuki korumanın maddi gerçeğe aykırı gerçekleşmesi veya hiç gerçekleşmemesi sonuçları doğabilecektir. Bu düşünce günümüze kadar usûl kanunlarında etkinliğini korusaydı doğaldır ki bazı sorunlar doğabilecekti. Örneğin eğitim seviyesi yüksek olmayan bir kişinin açtığı bir davada, davayı ikamesi sırasında dava dilekçesini düzenlerken hukuki tanımlamaları ve istemlerini dava öncesi meydana gelen davaya konu olayların yarattığı adalet duygusunun incinmesinden doğacak psikolojik sebeplerle belirsiz veya çelişkili olarak sunması halinde ve de delillerini sunarken gene aynı belirsizlik olması durumunda, ya da örneğin tanıklarının beyanlarında olaya dair çelişkili beyanların bulunması durumunda ya da bilirkişi raporunda çelişki ve belirsizlik bulunması halinde hâkimin usûli olarak yapacağı işlem uyuşmazlığın çözümünde kritik öneme sahiptir. Hâkimin bu çelişkiyi giderecek bir faaliyette bulunmaması yani tanıkları yeniden çağırıp sorgulamaması ve tanık beyanları ile davanın aydınlanmadığını, tanık ifadelerinin yetersizliğini gerekçe olarak belirterek tanık deliline dayanan tarafın aleyhine karar vermesi gerçekten adaletin tecellisi açısından büyük sakıncalar doğuracak ve toplumsal barış da ilgili olay açısından onarılmamış olacaktır.

[455]Wach, Adolf: VortrageüberdieReichscivilprozessordung, 2.Aufl,Bonn 1896, s.149

[456] Tercan, Erdal: Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001, s.40; Alangoya, İlkeler, s.86

Medenî yargılama hukuku, nitelik olarak hukukun süje olarak tanımladığı unsurlar arasındaki uyuşmazlıklar karşısında yargı organlarının uyuşmazlığı çözmedeki yöntemlerine ve bu yöntemlerde izlenecek yollara, uyuşmazlığın tarafları ile yargı organlarının bu çözüm sürecindeki usûli işlemlerinin sınırlarına dair kuralları içeren bir hukuk dalı olarak karşımıza çıktığını söyleyebiliriz. Bu kapsamda yargılama hukuku, yargı organının uyuşmazlığa müdahalesine dair kurallarda önemini en belirgin olarak göstermekte olduğu üzere müdahale sınır ve içeriğini de düzenlediği ölçüde çalışma konumuzla ilgi içerisinde bulunacaktır. Zira hâkimin etkinliği ve yetkilerinin niteliği, aydınlatma ödevinin sınırlarını ve hukuksal temellerini oluşturmaktadır. Kamusal bir müdahalenin uyuşmazlığın çözümü sürecindeki görünümü uyuşmazlığa bakan hâkimde yansımaktadır. Bu anlamda belirtmek gerekir ki, hiçbir hukuk düzeninde hakların yani maddi hukuk anlamında hakların düzenlenmesiyle yetinilmemiştir. Hakların ihlali söz konusu olduğunda hukuk düzeni tarafından da korunması hem beklenecektir hem de gerekecektir; bu sayede sübjektif hakların tanınması işlev kazanacaktır. Yasa koyucu, somut olaydaki hakların gerçekleşmesi ve tespiti için yargılama hukuku kurallarını düzenlemiştir; bu anlamda medenî yargılama hukuku özel hukuka hizmet eden bir hukuk dalı olarak ifade edilmiş, özel hukuka ilişkin hakların gerçekleştirilmesine ve haklarına korunmasına hizmet ettiği belirtilmiştir[457].

Medenî yargılama hukukunun amacının özel hukuktan kaynaklanan sübjektif hakların korunması olduğu ifade edilirken[458] bir başka amacının da hukuki barışın ayakta tutulması olduğu, kendiliğinden hak alma yasağının sonucu olarak toplumsal barışın kurulmasını sağlayacağı, bunun oluşması için de devletçe oluşturulmuş bir yargılamanın varlığının gerekeceği ifade edilmiştir[459]. Böylece, meydana gelen uyuşmazlık kesin hükme ulaştırılmakla taraflar arasındaki hukuksal belirsizlik ortadan kalkar ve hukuksal barış da bu

[457] Karslı, s. 55; Pekcanıtez /Atalay/ Özekes, s. 48, Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz /Gottwald : Zivilprozessrecht, 16. Aulf., München 2004,s.5, Grunsky, s.1-2
[458] Üstündağ, s.2
[459] Üstündağ, s.12

şekilde yeniden kurulmuş olur. Kesin hüküm elde etme amacı olarak da ifade edilen bu görüşe göre[460] kesinleşen mahkeme kararı ile kararın haksız olduğu kural olarak yeniden ileri sürülemeyecek, böylece hukuki barışı sağlama amacı ile maddi gerçeğe ulaşma amacı sınırlanmış olacaktır[461]. Bu yönde olmak üzere ileri sürülen bir görüşe göre, bir uyuşmazlık nedeniyle açılan bir davada sonuca vararak kesin hüküm elde edilmesi maddi gerçeğe ulaşmaktan daha önemli görülmüş, bu kapsamda hukuki barışın ve hukuk güvenliğinin elde edilmesi amaçlarının öne çıktığı belirtilmiştir. Hatta doğru olmayan bir karar verilmesi halinde bile bu amacın değişmeyeceği ileri sürülmüştür[462]. Bu kapsamda yargılamanın amacı bireysel hukuki korunma olarak ifade edilmiş, bu anlamda maddi hakkın gerçeğe dayalı olarak elde edilmesi gereğine işaret edilmiştir[463].

Bir başka açıdan yapılan değerlendirmelerde sübjektif hakların temini, objektif hukukun gerçekleşmesi ve maddi gerçeğin bulunması ile toplumsal barışın korunması kavramları birlikte değerlendirilerek medenî yargılama hukukunun amacı değerlendirilmiştir[464]. Bu şekilde birden fazla amacın ileri sürülmesinin nedeni olarak da bu hedeflerin diğerlerini kapsadığı ya da bir amacın diğerinden yerine göre daha öncelikli olduğu

[460]Üsütündağ, s.14; Alangoya,Vakıalar/Deliller,s.86

[461]Alangoya, Vakıalar/Deliller,s.86

[462] Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden: Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2007, s. 5; Gaul, Yargılamanın Amacı, s.101; Rosenberg, Leo /Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 16.,neubearbeitete Auflage, München 2004 s. 1055; Schilken, Eberhard: Zivilprozessrecht 5., neubearbeitete Auflage Köln, Berlin, München 2006 s. 517-518

[463]Özkaya-Ferendeci, s. 5; hatta yazar bu konuda *"Zira doğru olmayan bir kararı verme endişesi, hukuk güvenliğinin ve barışının sağlanmasından daha ağır basamaz. Bu anlamda devletin doğru karar verilebilmesi için tüm şartları yerine getirmesi yeterlidir. Bu kapsamda devlet, örneğin hâkimlere iyi bir eğitimi temin etme ve hâkim seçerken titiz davranmak, ayrıca yargılama aşamasında maddi gerçeğe ulaşmak için gerekli düzenlemeleri öngörerek, özellikle tarafların dinlenme hakkını teminat altına almak ve verilen birkararın bir üst mahkemece kontrol edilmesini sağlamak ile yükümlüdür. Devlet, buşartları yerine getirmekle sorumludur ve ancak o zaman doğru bir kararın verilmesi içintüm şartları yerine getirilmiş sayılmaktadır. Bundan sonra esas olan, nihai bir karar ilehukuk güvenliğinin ve barışının sağlanmasıdır"* diye belirterek görüşünü açıklamaktadır. Bu anlamda klasik görüşe yakın ancak devletin sosyal barışı temin işlevinden de uzaklaşmayan karma bir görüşün ileri sürüldüğünü söylemek kanımızca mümkündür. Aynı yönde,Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 90 vd.;Grunsky, Wolfgang: Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer ZZP Band 76, 1963s. 5; Rosenberg /Schwab /Gottwald, s. 2 ve s.1055; Schilken,s. 6-7 ve s.106

[464]Stürner, Rolf: Die Aufklärungpflicht Der Parteiendes Zivilprozesses, Tübingen 1976, s.48 vd.; Tercan, Erdal: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenilmesi, s.4, MİHDER,C:7,S.18,2001 (Tercan, Aydınlatma)

kanısı olduğu ifade edilmiştir[465]. Bu kapsamda bir çok amacın varlığına karşı çıkan bir görüşe göre, bir çok amacın varlığını ileri sürmek işlevsel bulunmamıştır. Bu görüşe göre, dava kural olarak davacı tarafından sübjektif hakkının korunması amacıyla açılmaktadır. O nedenle medenî yargılama hukukunun asıl amacı maddi hukuktan doğan sübjektif hakkın korunması olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, maddi gerçek bulunmadan sübjektif hakların korunmasının mümkün olamayacağı ve bu kapsamda diğer amaçların da gerçekleşmeyeceği belirtilmiştir[466].

Bir başka ileri sürülen görüşe göre ise, hiçbir hukuk sisteminin günümüzde gerçeğe ulaşmayı tek amaç halinde görmediğini ifade etmektedir. Buna gerekçe olarak da yargılama masraflarının artmasını önleme, uyuşmazlıkların uygun ve kabul edilebilir bir sürede çözülebilme çabası, yasal yollara başvuru hakkının parasal miktarlar itibari ile sınırlandırılmalara tabi tutulması gibi nedenler yargılamanın tek bir amacı olamayacağını göstermektedir[467].

Amaç yönünden yapılan bir başka değerlendirmede ise, birden çok amacın bir araya gelerek maddi gerçeğe ulaşma amacına yöneldiği belirtilirken, medenî yargılama hukukunun amacının, başta gelen amacının sübjektif hakların korunması ve gerçekleşmesi, kendiliğinden hak almanın önlenmesi temel amaçlar arasında ifade edilmiştir[468]. Subjektif hakların gerçekleştirilmesinin kimi zaman hedeflenmeden, objektif hukukun gerçekleşmesinde de kişinin hukuki yararı olduğu durumlarda bu amaca göre de yargılama yapılabildiği ileri sürülmüştür. Bununla beraber, sübjektif hakların korunmasıyla hukuki barışında korunmuş olacağı ifade edilmiş, sübjektif haklar gibi bireysel bir amaç ile hukuki barış olarak ifade edilen kamu düzenine dair amaçların birlikte ve bir arada gerçekleşebileceği

[465] Akkaya, Tolga: Delillerin Hasrı, Eskişehir 2003, s.22
[466] Tercan, Aydınlatma, s.4-5
[467] Yılmaz-Islah, s. 30; Arslan, Aziz Serkan: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s. 12
[468] Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Atalay / Özekes, Muhammet : Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2019, s. 8

belirtilmiştir[469]. Bu amaçların ulaşacağı son kavramın da maddi gerçeği tespit olduğu, henüz yargılama yapılmadan da var olan maddi gerçeğin, yargılama sonucunda adli gerçek ile örtüştüğü oranda adalet kavramı ile örtüşeceği ileri sürülmüştür. Adli gerçeğin maddi gerçek ile örtüştüğü var sayılmasından dolayı, adli gerçek ile maddi gerçek örtüşmediğinde adaletin zarar göreceği ileri sürülmüştür[470].

Subjektif hakların korunmasının da, objektif hukuktan bağımsız değerlendirilemeyeceği, hukuksal barış korunurken, özel hakların da korunmasının da bir birine zıtlık oluşturmayacağını, tam tersine gerçek amacın özel hakların korunması olduğunu, subjektif haklar korunduğunda objektif hukukun da korunmuş olacağı düşünülmüştür[471].

Öğretide de işaret edildiği gibi, her ne kadar HMK genel gerekçesinde maddi gerçeğe ulaşmak yasanın amacı olarak belirtilmiş olsa da, ceza hukukundaki maddi gerçeğe ulaşma amacı ile medenî yargılamadaki şekilsel gerçek amacı arasındaki farkın medenî yargılama yönünden ortak zeminde her zaman kabul edilmesinin olanaklı olmamasıdır. Medenî yargılamada ulaşılan şekilsel gerçeğin ötesinde bir gerçeğin arayışını yasa koyucu öngörmemiştir. Her iki hukuk sisteminin amaçlarındaki farklılık yani medenî yargılama hukukunun taraf çıkarlarını korunması öne çıkması, ceza hukukunun ise kamu yararının esas alınması bu yoruma yönlendirmektedir. Bu farklılık karşısında, medenî yargılama hukuku, objektif hukukun bireylere tanımakla beraber, başkaları tarafından ihlal edilen sübjektif haklarının gerçekleşmesini ve korunmasını meydana getirmek, toplumsal hukuk barışını sağlamak, bunu yerine getirirken de adil yargılanma hakkını gözetmek amaçlarını taşıması gerektiği ileri sürülmüştür[472].

---

[469] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 9

[470] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 10

[471] Yılmaz- Islah, s. 30, dn.31

[472] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz / Hanağası, s.52-53, Pekcanıtez/Atalay/ Özekes, bu görüşe karşı çıkarken dış dünyada oluşagelen somut gerçeği bulmak ve gerekli kararı vermeyi adaleti sağlamak olarak kabul etmekte, bir önceki paragrafta da belirttiğimiz gibi, maddi gerçek ile adli gerçeğin örtüşmesine önem vermeyi adaletin gerçekleşmesinde kriter olarak kabul etmektedirler. Bu görüşe katılamadığımız nokta ise, tarafların bilerek ve isteyerek gerçek dışı bir vakıayı, gerçekmiş gibi yargılamaya getirmesi ya da gerçek dışı bir vakıanın gerçekmiş gibi kabul edilmesine karşın yargı organlarının aksini ileri sürerek kendiliğinden harekete geçip maddi gereceğe

4. Toplumsal Barışın Korunması

Bireyler arası ilişkilerin onarılmasının toplumsal yapının korunmasındaki önemini gören yazarlarca da medenî yargılama hukuku bir araç olarak görülmüş, Wach'ın görüşlerine karşıt olarak, hâkimin daha fazla yetkilendirilmesi ile sosyal barışın sağlanması amaçlarının gerçekleştirilmesi gereği ileri sürülmüştür[473]. Bu kapsamda dava da idari bir işlem gibi değerlendirilerek özel ilişkiler amacının daha ötesinde değerlendirilmiştir[474].

Davanın; sübjektif hakkın korunması yanında hukuk barışının gerçekleştirilmesi amacına da ulaşmaya çalıştığı ileri sürülmüştür[475]. Böyle olunca, davanın tarafları arasında sarsılmış olan düzeni yeniden kurmak ve taraflar arasında bir hukuk barışına hizmet edecek bir düzenleme için çabalamak da medenî yargılamanın ödevleri arasında olduğu düşünülmüş, sadece hukuk barışından hareketle, mahkemenin niçin davanın her aşamasında tarafları sulhe teşvik ettiği ve niçin, ispat yükünün hangi tarafta olduğuna işaret eden kararlar alabileceği kolayca anlaşılabilecektir.

5.Kesin Hükme Ulaşma

Bir başka görüş, medenî yargılamanın amacını, kararın uyuşmazlığı somutlaştırma ve somut olayda hakkın tespit ve uygulanması yoluyla doğru hukuki değerlendirme ve uygulanması olarak görür ve de maddi hakkın, davadan önce henüz kesinleşmiş olarak var olmadığı düşüncesindedir[476]. Bu görüşe göre dava konusu olan olayda somut olarak neyin hak olduğunu tespit edebilmek için dava gerekir, yargılama bir araç olarak

göre yargılama sonucuna veya aşamalarına müdahale edemeyecek olmaları durumunda bu görüşün bir çözüm getirememesidir, zira bu görüş, arabuluculuk yolu veya sulh ile çözülen uyuşmazlıklarda maddi gerçeğin aksine ya da maddi gerçekten farklı taraf kabulleri ile uyuşmazlığın çözülebileceğini, bunun da maddi gerçeğe ve hukuka uygun bir karar olmayacağını da belirtmektedir.

[473]Klein, Franz: Zeit-undGeisterströmungen im Prozess, 1901, s.26 (Naklen Gaul, Yıldırım-İlkeler,s.82)

[474]Klein,s. 82 (Naklen, Gaul)

[475] Stein, Friedrich/ Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 12.Aufl, Tübingen 1925, s. 7

[476] Pawlowski, Hans-Martin: Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80, 1967, s.368

değil, doğrudan bir amaç olarak değerlendirilmiştir[477]. Davanın varlığından önce, hakkın evrende gerçekten olayın bir hak doğurmasının önemli olmadığı, davanın varlığı ile somut olayın hukuk dünyasında var olarak kabul edilebileceği, davaya konu edilmiş olayın sübjektif hak doğurup doğurmadığının tespitinin de ancak dava edilmekle söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Hak, dava ve karar olmadan belirsiz ve sadece sübjektif olarak çeşitli şekillerde ortaya çıkar ve bu şekilde de objektif genel olarak toplumsal alana çıkmamış olarak kalır. Sürekli olarak değişikliklere uğrayan hakkın belirli bir zamana bağlanması gerektiği zaman dava gerektiğini aynı görüş belirtmiştir.

6.Hakları Korumak, Tespit Etmek ve Gerçekleştirmek

Öğretide savunulan ve Klein'ın bireyler arası ilişkilerin onarımının toplumsal barışın sağlanmasının yararına olduğu ve medenî yargılama hukukunun buna bir araç olarak hukuki yerini aldığı düşüncesinden yola çıkan bir diğer görüş de medenî yargılama hukukunun amacının hakları korumak, tespit etmek ve gerçekleştirmek olduğuna dair görüştür. Bu görüş çerçevesinde sosyal bir yargılama hukukuna hakların tespiti ve uygulanmasına yönelen bir yargılama anlayışından yola çıkılarak ulaşılabileceği ifade edilmiştir[478]. Yargılama hukukunun amacının sosyal olarak daha zayıf olanın sadece şekilsel olarak eşit olmasını yeterli görmeden gerçekte de mahkeme önünde haklarını savunabilmesi, ispat olanaklarının tanınması ve hakkın icrasını gerçekleştirmesi noktalarında toplanması gereğine işaret edilmiştir. Bu görüşün kanımızca en tutarlı ve günümüz gerçeklerine uygun yönü de davanın yanı sıra alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılması ve tahkim yollarını işaret ederek da yargılamada hakların tespiti, gerçekleştirilmesi şeklindeki yargılama hukuku amacına uygun düşmekte olduğunu göstermektedir[479], örneğin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk sisteminde tarafların uzlaştırılması ile hakkın

[477] Goldschmidt: Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925, s. 151, 503 (naklen Yılmaz, Islah, s. 29)
[478] Taşpınar, s.778
[479] Taşpınar, s. 779

gerçekleştirilmesinde meydana gelebilecek olası tüm olumsuzluklar, mesela zamanında delillerin sunulamaması, delil avanslarının ödenmesinde gecikme meydana gelmesi nedeniyle hak kayıpları gibi durumlar meydana gelmediğinden, yargılama sürecindeki uzun süreçler gibi nedenlerle kesin hükme ulaşmanın gecikmesi gibi durumlar önlenmektedir. İcra edilebilirlik noktasında da böylesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kuvvet ve değeri de belirtilen görüşün geniş olarak yaptığı yorumu da bizce isabetli bir konumda tutmaktadır. Bu anlamda, yargı organının medenî yargılama hukukuna ilişkin kuralları uygulayarak davaya konu edilen hukuki fiilden ya da hukuki ilişkiden doğan hakların sahibini belirlemek, devletin en önemli görevlerinden biri olarak değerlendirilmiştir. Bu anlamda, hem soyut normların uygulanması sağlanmış olacak hem de sübjektif haklar saptanıp, tespit edilip gerçekleştirilmesi olanaklı kılınacaktır. Bu yolla da, hukuki güvenlik ve barış da temin edilmiş olacaktır[480]. Mahkemelerin temel işlevi de zaten subjektif hakların tespiti ve ifası olarak kabul edilmektedir[481].

Hakların tespiti etmek, korumak ve gerçekleştirmek ya da bir diğer ifadesi ile sübjektif hakların korunması ve gerçekleştirilmesi amacı[482], aslında kendiliğinden hak almanın önlenmesi amacının bir diğer yüzüdür. Maddi hukuk tarafından bireylere tanınan hakların, uyuşmazlık durumunda elde edilmesi için yargı organları dışında bir makamın veya konumun bu hakkı tespit etmesi, koruması ve gerçekleştirmesi, cebir yetkisini sahip olmakta yasal tekeli olan liberal bir devlette beklenmemektedir[483]. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ya da tahkim yolu da gene yasal olarak yargı güvencesi altında hak tespit ve değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu iki amaç arasında bir öz farkı olmadığını düşünmekteyiz. Mahkemelerce bu işlevlerin yerine getirilmemesi halinde diğer medenî yargılama hukuku amacı olarak düşünülen amaçların varlıklarının anlamı da kalmayacaktır. Örneğin maddi gerçeğe ulaşma

[480] Arslan, s.38; Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 90; Karslı, Abdurrahman: Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 54-56
[481] Üstündağ, (Ders Kitabı), s.2
[482] Alangoya/ Deren Yıldırım/ Yıldırım, s. 4, Karaaslan, s. 45
[483] Gaul, Hans Friedhelm: Zur Frage nach dem Zweck des Prozesses, AcP 1968, B. 168, s. 46

amacının tek başına kabulü halinde, bunun gerçekleşmesi için devletin yargı erki tarafından yapılacak işlemler ile hak tespiti ve korunması işlevine bürünmediğinde, gerçeğe ulaşmanın somut sonucu da maddi dünyada yerine gelemeyecektir. Maddi gerçeğe ulaşmanın öncesinde hak tespiti ve korunması amacının yerine gelmesi söz konusu olmalıdır ki, tespitin maddi gerçeğe uygun olup olmadığının ya da uygun olması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi meydana gelebilsin. Bir başka değerlendirme ile de denebilir ki, yargı organı, bir hak tespitinde bulunurken, mevzuatta hâkim tarafından doldurulacak bir boşluk olmadıkça zaten yürürlükteki normlara göre karar vermek zorundadır. Bu nedenle uyuşmazlık konusu olaydan doğan hakkın tespiti ve karar verilirken öncelikle norma dayanma amacı kanımızca ana amaç olarak belirtilebilecektir.

Öğretide, subjektif hakların korunmasının her koşulda istisnasız olarak düşünülemeyeceği, örneğin yargılama sırasında sürelerin kaçırılması ya da dava hakkının kullanılmaması ile hak kaybı meydana gelmesi halinde yargı organlarının yapabileceği bir şey olmadığı ifade edilmiştir[484]. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir, zira süre kaçırılması ya da dava hakkının kullanılmaması durumunda ilkinde yargılama sırasında süre kaçıran tarafın karşı tarafı lehine usûli kazanılmış hakkın doğabileceği, dava hakkının süresinde kullanılmaması durumunda hak düşümü söz konusu olduğunda, kişinin hakkı düştükten sonra da yargı organlarına başvurması durumunda yargı organlarının hakkın düştüğünü tespit ederek davalı lehine karar vermesinin de uyuşmazlığı sonlandıran bir işleve sahip olacağını belirtmek kanımızca yanlış olmayacaktır. Hakka dair bir tespiti yapmak, önüne gelen bir uyuşmazlık olması koşuluna bağlı olması subjektif hakkın tespit ve korunması amacından uzaklaşıldığı anlamına da gelmeyecektir. Taleple bağlılık konusu da zaten genel olarak medenî yargılama hukukunda egemen ilke olarak düzenlense de, velayet ve benzeri bazı istisnaları olan bir ilkedir. İstisnalar olmasaydı bile, bu durumda hukuk yargılaması ve ceza

[484] Karaaslan, s. 46

yargılaması arasındaki yargı organının harekete geçmesindeki farklılık yönünden konu değerlendirilebilirdi. Harekete geçtikten sonra yöneleceği hukuksal yön açısından hak tespitinin temel amaç olmaması görüşüne katılamamaktayız.

7. Maddi Gerçeğin Bulunması

19. Yüzyıldan sonra liberal düşüncenin etkisinin azalması ile serbest delil sistemi benimsenmeye başlamıştır. Bu kapsamda da hâkimin yargılama sırasında daha fazla etkinlik gösterebilmesi amaçlanmıştır. Medenî yargılama hukukunun amacının şekli gerçeğin bulunmasından daha öte, maddi gerçeğin bulunması olduğu ileri sürülmüştür[485]. Bu görüşün temelinde taraflar arasındaki uyuşmazlık nedeniyle görülen bir davada toplumsal barışın bozulmasının önlenmesi düşüncesi yer aldığı ifade edilmiştir[486]. Maddi hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak olayları tespit ve ilgili olaya uygun kuralı uygulama biçiminde gerçekleşen yargılamayı kabul etmiş olan her yargılama sisteminde söz konusu maddi olayların gerçekten, gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemenin ve buna göre hüküm vermenin, bu anlamda maddi gerçeğin amaç olduğu ileri sürülmüştür[487]. Bu kapsamda, gerçeğin bulunması amacı açısından medenî yargılama hukuku ile ceza yargılaması hukuku arasında bir farkın bulunmadığı, hâkime dava malzemesi açısından verilen yetkilerin yargılama hukukunun amacını değiştirmeyeceği ifade edilmiştir[488]. Burada söz konusu edilen gerçeğin, hem maddi hem şekli hukuka ilişkin hükümler ile sınırlı bir gerçeği arama çalışmasından farklı olarak usûli bir gerçek olduğu ifade edilmiştir; bu bakış açısıyla beraber gerek ceza gerekse medenî yargılamadaki gerçek arayışının farklı olmadığı, sadece yöntemlerin farklı olduğu belirtilmiş, hatta ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılamadığı

[485]Schmidt, Eike: Der Zweckdes Zivilprozessesundseineökonomie, Frankfurt 1973, s.38 ; Schmidinger, Anton: DieeidlicheVernehmung der Partiennach dem Entwurfeiner Zivilprozessordung, vergleichen mit dem Parteieid der Reichzivilprozessordungund der österreicischen Zivilprozessorung Erlangen 1933, s.1; Tercan (İsticvap),s.41
[486]Stürner,s.50
[487]Alangoya,s.86
[488]Alangoya,s.87

noktada şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği araştırmanın sınırlandığı belirtilmiştir[489]. Ceza yargılaması ile hukuk yargılamasının bu anlamda aynı düzeyde maddi gerçeği amaçladığını ileri süren aynı doğrultudaki bir görüşte ise ceza yargılaması ile hukuk yargılamasının farklı yöntemler ve yollar kullanılmasının bu amacı değiştirmediği ifade edildikten sonra maddi gerçek ve adli gerçek[490] örtüşmediği durumda bir yargılama yapılıp karar verilmesinden sonra bu durum anlaşıldığında yargılamanın yenilenmesi yoluyla adli gerçek olarak tespit edilen kararın maddi gerçeğe uygun hale getirilmesi faaliyetinin gerçekleştirildiği ifade edilmiştir[491].

Öğretide, davalarda, maddi hukukun sağlanamadığı olaylar olduğunu iddia edilmiş olup, davacı dava temeli olan olayları, teksif ilkesinin bir gereği olarak usûli ilgili zaman kesitinde zamanında ileri süremezse davada gerçek maddi durumla uyuşmayacak bir karar ortaya çıkabilir. Davada maddi gerçek, yargılama sırasında yapılacak tespit ve verilecek kararlar ile somutlaşabilecektir, yargılama hukuku ise, bu somutlaşmaya, hakların hayata geçirilmesinin düzenlenmesine çalışır. Yazara göre, medenî yargılama hukukunun amacı; sübjektif hakların hayata geçirilmesinde değil tersine hakkın yerine getirilmesinde yer almaktadır, gecikmiş dava malzemelerinin reddedilmesinin, mahkemece verilecek kararı gerçek olmayan bir vakıaya dayanmak zorunda bırakması sonucunu doğuracağını ve bununla adil bir karar verilmesi amacına ulaşılamayacağını belirtmektedir. Karar sadece maddi hukuka uygun olmakla adil olmuş olmayacaktır, Hakkın yerine getirilmesini, tarafların ve bütün toplumun çıkarlarına uygun olması için düzenlenmiş bir yöne yerleştiren yargılama hukuku normları aynı zamanda adalet hedefine ulaşılmasına da hizmet eder. Teksif ilkesi gereğine aykırı olarak getirilmiş bir vakıa ya da delilin gecikmiş olarak davaya getirilmiş

[489]Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 96

[490]Usûli gerçek anlamında yazarca kullanılmıştır.

[491]Pekcanıtez /Atalay/ Özekes, s. 51, yazar tarafından belirtilen bir başka önemli gerekçe de dava malzemelerinin getirilmesi yükümlülüğünün medenî yargılama hukukunda taraflara bırakılmış olmasının şekli gerçek ile yetinilmesi anlamına gelmediğini, kabul edilen yargılama ilkesi ne olursa olsun yani hem taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesi veya kendiliğinden araştırma ilkesinden hangisinin uygulanması gerekirse gereksin hâkimin maddi gerçeği araştırması gerektiği, hukuki barışın sağlanabilmesi için kesin hükme gereksinim bulunduğu, bu konuda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bu amaca hizmet etmesi gerektiği yönünde olmuştur.

olması nedeniyle dışlanması, davanın asıl hedefini engelleyen bir yaptırım değil tersine korunmaya değer çıkarların gerçekleştirilmesinde haklı bir vasıta olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiştir[492]. Bu bakış açısı ile hem gerçeğin aranması gerekirken, keyfilikten de uzak durulması gerektiği belirtilmiş olmaktadır.

Maddi gerçeğin amaçlanması eleştirilirken, bizim de katıldığımız bir görüşte davanın taraflarından bir diğerinin yükümlülüklerini yani usûli yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde diğer taraf lehine hak doğacağını bu kapsamda yargılama hukukunun işlevinin de kolay ve anlaşılır hükümlerle taraflara yardımcı olmak, hâkimin de bu kapsamda tarafların sahip olduğu usûli olanaklardan yararlanmalarını sağlamada ve amaca uygun istemlerini sunmalarında, dava konusu olayları ve olguları dava için gerekli ayrıntıları ile birlikte sunabilmeleri, delillerini sunabilmeleri ve dürüstlük kuralına uygun olarak doğruyu söylemelerini engellememesi gerektiği ifade edilmiştir[493].

Alman Hukuku'nda 1930'lu yıllarda ileri sürülen nasyonal sosyalizm etkisindeki görüşlerde bireyin hakkının korunması düşüncesi halkın tamamına yönelik objektif hukukun sağlanmasının bir gereği olarak kabul edilmiştir, ki bu görüşlere göre medenî yargılama sadece taraflara değil ulusun yani kamunun hukuksal güvenliğine hizmet etmesi gerekmekteydi[494].

Aynı görüş kapsamında, hâkimin liberal saf görüş dönemindeki gibi sınırları çok net olarak belirlenmiş bir ispat sisteminden dönülmüş, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebileceği bir sistemde şekli gerçek ve maddi gerçek ayrımlarının önemini yitirdiği

[492] Henckel, Wolfram: Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, s.63-64

[493] Taşpınar, s. 768, bu kapsamda yazarca belirtilen kanımızca önemli bir başka nokta da korunmaya değer hukuki yararın bulunduğu, kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda yargılama hukukunun bazı önlemler aldığı ifade edilmiştir. Tarafların sahip oldukları usûli olanaklardan yararlanmalarının sağlanması, yalan beyanda bulunmalarının önlenmesi ve yargılama hatalarından dönebilme yolunun yargılama sisteminde yer alması ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi gibi düzenlemelerin maddi gerçeğin amaç olarak kabul edildiği konusunda dayanak olarak gösterilmesinin isabetli olmadığıdır. Bu kapsamda anılan durumların genel olarak emredici normlardan oluşan bir kamu düzeninde zayıfların ve üçüncü kişilerin korunması gibi gerekçelerle kabul edilen istisnai hükümler olduğu ifade edilmiştir. Taşpınar, s. 784

[494] Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 83, hatta dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme ödevlerinin bu görüşler etkisinde mevzuata katıldığını belirtmiştir. Tarihsel gelişim için bkz. Arslan, Ramazan: Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 12-13

ifade edilmiştir. Bu açıdan, aranması gereken gerçeğin, olayın kökeninden çok, önceden belirlenen kurallarla hukuki koruma amacına uygun olarak aranmış gerçek olduğu, fakat bu belirlenmiş kurallara aykırı olarak bulunmuş gerçeğin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir[495].

8.Adaletli Karar Vermek

Medenî yargılamanın birden fazla amacının ortak bir zeminde buluştuğu, tek bir amaç ile ifade edildiği bir yaklaşımda, medenî yargılama hukukunun amacı adaletli karar vermek olarak belirtilmiş, adaletli karar vermenin unsurları açısından da taraflar arasındaki uyuşmazlığın , tarafların adalet duygusunu karşılayan bir şekilde sonlandırılması, toplumsal barışın sağlanması, kararın maddi gerçeğe uygun, bu karara ulaşırken de ucuz, basit ve çabuk bir sürecin götürülmesinin gerektiği belirtilmiştir[496]. Bu görüş, temellendirme yaparken, medenî yargılamaya gereksinim duyma gerekçelerini, medenî yargılamanın toplumsal yaşamda yani hukuk düzeni içinde toplum ve bireye neler kattığı ve katması gerektiği sorularına dair yaklaşımda bulunurken, toplumsal ilişkilerin zaman içinde gelişiminin göz önünde bulundurulması gerektiği, buna bağlı olarak da nisbi olarak toplumsal ilişkilere ve zamana göre değişen[497] adalet kavramının da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu esasta, neyin adil olduğu, ilgili toplumun değer yargılarından yola çıkılarak tespit edilebilecektir[498]. Bu görüşün özellikle belirttiği, hâkimin, iki kişi arasındaki özel hukuk ilişkisi nedeniyle ortaya çıkan dava nedeniyle yapılan yargılamada kamu adına ne yönde

[495]Gaul, Hans Friedhelm: Fragenach dem Zivilprozzesses, (AcP 168), 1968, s.49 (Naklen Taşpınar,s.767), aynı yönde Gaul, Yargılamanın Amacı, s .95 :*"...yani davada ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşma söz konusu olamaz."* Davaların uzamaması amacıyla yapılacak her reformun yargılama hukukunun amaçları ile çelişmemesi gerektiği ifade edilmiş, bu kapsamda da Kıta Avrupası ülkelerinde usûl kanununu değiştirmek amacı ile toplanan komisyonların öncelikli olarak hâkimin yetkilerini arttırmayı ve genişletmeyi hedeflediği belirtilmiştir, Üstündağ, s. 4

[496] Yılmaz-Islah, s. 31, Pawlowski, s. 346-347

[497] Yılmaz – Islah, s. 33, adalet kavramının durağan değil, devingen olması nedeniyle bu görüşün benimsendiği belirtilmiştir. Hatta, yargılamanın amacının ne olması gerektiği noktasında yargılama sisteminden daha farklı olarak yargı organına şekil veren, yasama organının hukuk siyasetinin nasıl olması gerektiğinin değerlendirileceği ifade edilmiştir, Bu temelde de, toplumsal algının değişmesi ile adalet anlayışı da değişecek, ancak adaletli karar verme amacı değişmeyerek kalacaktır düşüncesi savunulmuştur.

[498] Yılmaz- Islah, s. 31-32

etkinlik göstereceği yani müdahale edip etmeyeceğinin toplumsal anlayış ile bağlantılı olduğu düşüncesi hâkimin davayı aydınlatma ödevi noktasında oldukça önemlidir.

İleri sürülen görüşlerden birine göre ise, gerçeği bulmak önemli bir ara amaç olarak değerlendirilmiştir. Bu görüşe göre davanın taraflarınca, tartışma dışı tutulmak istenen konular ve bu konuların gerçek olup olmadığının mahkemece incelenmesi önlenebilecektir. Böylece uyuşmazlığı sınırlayabilecek ve sınırladığı ölçüde mahkemenin gerçeğe olanaklarla sınırlı olarak ulaşmasına giden yolu açacaklardır. Bu halde, anılan görüşe göre asıl amaç tarafların serbestçe karara varabileceği bir ortamın yaratılmasıdır[499].

Türk öğretisinde ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, amaç konusu yargı erkinin varlık sebebi ile ortak gerekçeleri içermektedir. Görüş paralelinde maddi hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak somut olayların tespit edilerek uygun hukuk kuralının somut uyuşmazlık çözümünde uygulanması şeklinde gerçekleşen medenî yargılama hukuku anlayışında, normun unsur olaylarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilerek doğru şekilde yani gerçek olaylara göre karar verilmesinin sağlanması olarak ifade edilmiştir[500]. Bu görüş gerçeğin bulunmasının amaç olmasında gerekçe olarak medenî yargılamanın, kendiliğinden hak almanın yasaklanmasının yarattığı sakıncaları gidermesi gerektiği ve bu kapsamda, medenî yargılamada amaç konusunun önem kazandığı belirtilmiştir. Bu yönde olmak üzere, mahkemece verilen hükmün doğruluğunun, dayandığı olayların gerçekliğine bağlı olarak söz konusu olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe temel olarak da medenî yargılama hukukunda tarafların doğruyu söyleme ödevinin ve dürüstlük kuralının varlığı gösterilmiştir[501]. Bu görüş, medenî yargılama hukukunun başlı başına amacının toplumsal barışın korunması olduğu görüşüne karşı çıkmakta, gerekçe olarak da öğretideki benzer görüşlerle paralel olarak gerçek duruma uygun hükümler tesis edildikçe hukuksal barışın

[499]Brehm,Wolfgang: Die Bindung des Richters an der Parteivortrg- Grenzenfreier Verhandlungswürdigung, Tübingern 1982, s. 27-28 (nakleden Yıldırım, Mehmet Kamil, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 34)
[500] Sungurtekin Özkan,(Armağan), s. 561
[501] Sungurtekin Özkan,(Armağan), s. 562

korunabileceği, toplumsal barışın korunmasının adaletli karar vermek kadar önemli olduğu, ancak bunun sağlanması için mahkemenin kararda gerçekleri konu edinmesi gerektiği belirtilmiştir[502].

Savunulan bir başka görüşe göre, medenî yargılamanın asıl amacının; mahkemenin, hasmın ve diğer adalet arayanların çıkarlarını da gözönünde bulundurarak, maddi bakımdan doğru ama kesin olmayan kararlarla bireyin sübjektif hakkını ölçülü bir kapsam içinde etkin olarak korumasında ve uzlaşma yoluyla tarafların maddi hakkın kullanımı ve tasarrufunu sağlamasında olduğu, mahkemenin ; sübjektif hakların korunması yanında, davada sulh yoluyla bireysel anlaşmazlıkların çözümlenmesine ve hukuk barışının güvenceye alınmasına da özen göstermek zorunda olduğunu, Medenî yargılama hukuku'nun, bütün tarafların, hakkını elde edebilmesi veya anlaşmazlıklarının çözülmesi için çeşitli olanaklara sahip olmasını sağlaması gerektiği ileri sürülmüştür[503].

Bu görüşler ışığında medenî yargılama hukukunun amaçlarından biri olan gerçeğin bulunması ve tespiti ile toplumsal barışın korunması amaçlarının doğrudan çalışma konumuz ile ilgili olduğu kanısındayız. Zira bu anlamda izleyen başlıklar altında da ayrı ayrı inceleneceği gibi, gerçek kavramı ile dava malzemesi kavramlarının aydınlanması ve belirlenmesi aynı zihinsel ve fiziksel çabayı gerektirmektedir. Dava malzemelerinden olan olayı aydınlatmak ya da delillerdeki belirsizlikleri, çelişkileri gidererek somut olayın içeriğine dair bir düşünceye ulaşma çabası içinde medenî yargılama hukukunun amacını da bulmak mümkündür. Medenî Yargılama Hukuku da amacına uygun olarak bir toplumsal olayın gerçekleşmesi esaslarını değil, bir toplumsal uyuşmazlıkta uyuşmazlığın çözüm ve onarımında yargı organlarının çalışma ve uyuşmazlığı çözme esaslarını düzenlemektedir. Bu durumda yargı organlarınca davanın yani uyuşmazlığın öncelikle herhangi bir soyut norm ihlalini içerip içermediği incelenmeden önce, olayın varlığının tespitini aradığını görmek

[502] Sungurtekin Özkan,(Armağan), s. 563; aynı yönde Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 6-7, Yılmaz-Islah, s.6
[503] Liu, s.46

mümkündür. Zira usûl kanunları içerisinde olayın kanıtlanması esasından hareket edilmiş, olayın kanıtlanmasından sonra ihlal edildiği ileri sürülen normun veya doğduğu iddia edilen hakkın doğup doğmadığının kanıtlanan olay karşısında değerlendirilmesi hâkime bırakılmıştır. Örneğin komşularının gürültü yaptığından ve buna bağlı müdahalenin meni isteminde bulunan davacının istemi incelenirken ilk önce dava şartları ve ilk itirazlar değerlendirildikten sonra uyuşmazlığa esas olay incelenecektir. Olay yani gürültü yapılması eyleminin varlığının tespitinden sonra bu eylemin hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilmek zorundadır[504]. Olayın varlığı kanıtlanmadan olay hakkında değerlendirme yapılmayacaktır, zira hâkim hukuku HMK 33. maddesi gereği doğrudan ve resen uygulayacak, hukuki değerlendirmeyi kendisi yapacak ,davacının ya da davalının hukuki değerlendirmesi ile bağlı kalmayacaktır. Ancak bu durumda hâkimin sadece hukuki açıdan tarafın işaret ettiği norma sadece dava dilekçesinde iddia edilmiş olay yönünden HMK 189. maddeye göre tarafa ispat hakkını kullandırmadan karar vermesi doğru olmayacaktır. Medenî yargılama hukukunun burada amacı olayın kanıtlanması noktasında bir eylem akışını düzenlemektir. Olay kanıtlamasının ötesinde diğer belirtilen amaçları yani toplumsal barışın sağlanması başta olmak üzere, hukuki güvenliğin ve kesinliği gerçekleştirmek, maddi gerçeğe ulaşmak, adaleti sağlamak, taraflar arasındaki mevcut hakları tespit etmek ve de hakları ve özel hukukça korunan yararları gerçekleştirmek ve taraflar arası uyuşmazlığı ortadan kaldırmak ile hukukun gelişmesini sağlamak, kendiliğinden hak almayı önlemek ve hukuk düzenini gerçekleştirmek amaçlarının[505] varlığı da kanımızca tartışmasızdır.

Hâkimin davaya yönelik olarak yapacağı aydınlatma çalışması da, bu amaçları gerçekleştirecek etkinliktedir. Doğruyu, gerçeği arayan, berrak bir algılama amaçlayan aydınlatma çalışması da, yukarıda ulaşılmak istenen amaçlarla aynı yönde ilerleme kaydedilmesi sonucunu doğuracaktır.

[504]Kofmel, Sabine: DasRecht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern Heidelberg 1992, s. 15 (nakleden Taşpınar, s.769)
[505] Taşpınar, s. 763

II-Medenî Yargılama Hukukunun Amaçlarına Dair Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Medenî yargılama hukukunda amaç sorunu, öğretide bir çok yazar tarafından yukarıda sunulduğu şekilde incelenmiş ve görüşler ileri sürülmüş bir konudur. Görüşlerin incelenmesinde, yargılamanın işlevi ile, devletin yargı erkinin işlevi arasında, bu erkin işlevselliği ve işlevinden bekleneni vermesi yönünden esas alınacak yöntemlerin taşıması gereken ana amacı araştırdıklarını görmek olanaklıdır. Medenî yargılama hukuku yönünden amacın değerlendirilmesinde, öne çıkan görüşler, öncelikle kendiliğinden hak almanın önlenmesi, kesin hükme ulaşma amacı, sübjektif hakların korunması, adaletli karar vermek, maddi gerçeğe ulaşmak, adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi, kamu düzeninin ya da toplumsal barışın yerleşmesinde etkinlik olarak belirtilebilir. Bu görüşleri kimi yazarlarca bir kaçının birlikte de olduğunu ileri süren yazarlar da yukarıda incelenmiştir. Medenî yargılama hukukunun amacının değerlendirilmesinin çalışma konumuz ile bağlantılı olarak değerlendirmemiz ise hukuki yardımdan yoksun olan daha zayıf tarafın hâkimin yardımına daha fazla ihtiyacı vardır. Hâkimin harekete geçerken sadece egemen ilke olan HMK 31. maddesi ya da mevzuatın tamamı ile yetinmemesi, somut olaylara göre müdahale eylemini medenî yargılama hukukunun amacı ile örtüştürerek yapması, eylemini hukuki zeminde daha sağlam olarak ilerletebilmesi içindir. Bunun için hâkimin, taraflara, karar için muhtemelen önemli koşulları belirtmesinin önemli olduğu ifade edilmiştir. Hâkimin, taraflara, ortaya koydukları şeylerle ilgili yol göstermesi ve sonra bunlardaki boşluklara işaret etmesi, bunlardaki belirsizlik ve karmaşıklıkların aydınlatılması, eksik beyanların tamamlanması ve gerekli delillerin sunulması için tarafları teşvik etmesi gereklidir. Hâkimin tarafların, bilgisizliğinden ve çaresizliğinden ve aynı şekilde bir yanılgısından veya unutkanlığından dolayı, ileri sürdükleri hak taleplerinin maddi durumunun tespiti için zorunlu olan

aydınlatmaların eksik kalmasını engellemesi gerektiği ifade edilmiştir[506]. Tek tek bireylerin korunması bütünün bir yansıması ve parçası iken, medenî yargılamanın öncelikle hukuk düzenini bir bütün olarak koruduğundan hareket ederek bu görüşe varıldığı anlaşılmaktadır[507].

HMK genel gerekçesinde, yasa koyucu, bir yargılama yasası olan bu yasanın amacı olarak, yeni bir yargılama yasası hazırlanması gerekçesini ifade ederken, adil yargılanma hakkının sağlanmasının amaçlardan biri olduğunu, bunun bir unsuru olarak makul sürede yargılama yapılabilmesi için gerekli düzenlemelerin yapıldığını, yürürlükten kalkan 1086 sayılı yasadaki aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit ve en az giderle etkin bir şekilde görülmesinin sağlanması olduğu belirtilmiştir. Gerekçede, bir diğer amaç olarak da, maddi gerçeğe ulaşmaktan ödün verilmemesinin amaçlandığı açık bir ifade ile ortaya koyulmuştur. Türk medenî yargılamasında, mevzuat temelinde, maddi gerçeğe ulaşmak, usûl ekonomisinin gerçekleştirilmesi, adil yargılaman hakkının sağlanmasının amaç olarak yasa koyucu tarafından benimsendiği de açık olarak belirtildiği için Türk hukuku yönünden amaç sorunu çözülmüş olmaktadır düşüncesindeyiz.

Hukuk yargılaması kapsamında, amaç sorunu yönünden tüm görüşlerin analizi ile ulaştığımız sonuca göre, medenî yargılama hukuku, temel amaç olarak adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi hedefine ulaşmak istemekte olduğu düşüncesini benimsemekte olduğumuzu belirtmek isteriz. Bu amaca en yakın görüş olan adaletli karar vermek görüşü ile karşılaştırdığımızda, adalet gibi göreceli bir kavramın her döneme göre değişken olsa da, görüş olarak "adaletli karar" düşüncesinin kalıp olarak kalacağı görüşüne katılmakla birlikte, her iki taraf iradesinin "gerçeği aramak yönünde" oluşup oluşmadığı her davada tam olarak tespit edilemeyeceğinden yargılama faaliyetinin temelini aldığı anayasanın işareti ile doğru bir işlevde gerçekleşmesi için adil yargılanma hakkının doğru uygulanması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının amaç olarak benimsendiği bir hukuk yargılaması sisteminde,

[506] Klein, Franz: Zeit- und Geistesströmungen, Dresden 1901, s.16-17
[507] Klein, Franz/Engel Friedrich: Der Zivilprozess Österreichs, Mannheim, Berlin, Liepzig 1927, s. 188

tarafların bu hakkın içeriğindeki gibi hukuki dinlenilme haklarının korunduğu, yani açıklama ve ispat haklarının ihlal edilmediği, usûl ekonomisi ilkesinin de gözetilmesiyle adalete erişimin daha kolaylaşmasının sağlandığı, tarafların adaletin sağlanmasında etkin bir konumda bulunmasının önüne engeller konulmadığı bir durumda, hem özel hukuktan doğan hakların korunması, hem gerçeğe ulaşma hem de toplumsal barışın korunması amaçları gerçekleşmesinde bir engel de olmayacaktır. Yargı organlarının işlevi, tüm toplum adına bir devlet organı olarak bir uyuşmazlıkta karar vermek olup, bu karar da toplumca da, yasaca da meşru görülmektedir. Bu işlevin "adil" olarak gerçekleşmesi, zaten hukuk uygulayıcısı bir kurumdan beklenen bir durumdur, bu beklentinin hukuk dünyasındaki somutlaşması adil yargılanma hakkı olarak kendisini gösterdiğindendir ki, hem medenî yargılama hukukunun hem de yargı organlarının belki tamamının amacı kanımızca bu hakkın gerçekleşmesidir. Her ne kadar HMK, kendisi açısından adil yargılanma hakkını göz ardı etmeden maddi gerçeğe ulaşmayı hedef olarak gösterse de, adil yargılanma gerçekleştirilmeden maddi gerçeğe ulaşmak da insan haklarının temel alındığı bir sistemde hukuki olarak kabul edilmeyecektir. Yargılama faaliyetinin adil yargılanma hakkı ihlal edilerek gerçekleştirilmesi sonucunda ulaşılan hâkim kararı, maddi gerçek ile örtüşse bile, yargılama hukukunun dünyasında varlığı kuşkulu olarak görülecek, adil yargılanma sonucunda doğru karara ulaşılmadıkça verilen kararın taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmesi de toplumsal barışa hizmet etmeyecektir. Davadaki tarafların subjektif haklarını tespit ederken ya da objektif hukuku korurken de adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi söz konusu değilse, maddi gerçek şekli gerçeğin evreninde varlığını meşru hale getiremeyecektir. Şekli gerçeğin içerisinde konumunu bulamamış olan ya da adil yargılanma hakkın uyulmak suretiyle bu konumu bulmayan bir maddi gerçeğin de, hukuk aleminde değerinden söz etmenin olanaklı olmayacağından söz edilebilecektir.

III- Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile Medenî Yargılama Hukukunun Amaçlarının İlişkisinin Değerlendirilmesi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, bir ilke olarak amaçları ile medenî yargılama hukukunun amaçlarının bir birinden ayrılması, özellikle egemen ilkeden söz etmekte iken, olanaklı görülmemektedir. Medenî yargılama hukukunun amaçlarının, özellikle Türk medenî yargılama hukukunun temel normatif düzenlemesi olan HMK yönünden, genel gerekçede belirtilmemiş olması durumunda, bu amaçları zaten yargılamaya egemen ilkeler olarak belirtilen maddeler içerisinden tespit etmek gerekecekti. Bu nedenle hem hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amaçları ile Medenî yargılama hukukunun amaçlarının birlikte incelenmesi gerekli ve yararlı olacaktır.

Medenî yargılama hukukunun amaçları ile ilgili görüşler incelendiğinde, özet olarak özel hukuktan kaynaklanan subjektif hakların tespiti ve korunması, kendiliğinden hak almanın önlenmesi, objektif hukukun korunması, adaletli karar vermek ve maddi gerçeğin bulunması amaçlarının, adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi amaçları ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ne ölçüde amaçsal olarak örtüştüğünün tespiti de önem kazanmaktadır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, yargılamaya egemen ilkeler içinde inceleyeceğimiz, yukarıda da adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olarak incelediğimiz üzere yargılamada uyuşmazlığın aydınlanmasında gerekli konular, olaylar ve delillerin doğru olarak hâkim tarafından analiz edilmesi ve değerlendirilmesi, bu değerlendirme soncunda maddi ve hukuki açıdan önemli olayların saptanması ile, taraflarca bilinçli ya da bilinçsiz şekilde bu analiz ve ayrımdan uzak bir şekilde sunulan dava malzemesinin toplanmasında gereksiz giderlerin yapılmasının önlenerek, usûl ekonomisinin sağlanması söz konusu olabilecektir. Doğru olayın içinde doğru detayların belirlenmesi de hem uyuşmazlığı maddi gerçeğe uygun

çözmeye hizmet edecek, hem de bu tespitin yapılmasıyla taraflarca da verilecek karara duyulacak güven ile toplumsal barışın sağlanmasında yararlı olacaktır[508].

HMK 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkı da içerik olarak adil yargılanma hakkı kapsamında düzenlenen bir haktır. Türkiye Cumhuriyeti anayasasının 36. maddesinde ve AİHS 6. maddesinde güvence altına alınmıştır. Tarafların yargılama ile ilgili bilgi sahibi olma hakkı, açıklama ve ispat hakkını, mahkemece, kararda yapılan açıklamaların ve delillerin dikkate alınarak karar verilmesi hakkını içermektedir. Belirsiz ve çelişkili olduğu halde, hâkim tarafından hâkimin idrak ve algısının içinde anlaşılır ve tereddütsüz olarak yer almadan kalan dava malzemesi ile yapılan hukuki değerlendirme ve sonucunda verilecek karar, tarafların her ne kadar birinin lehine gibi görünse de maddi gerçek ile uyuşmayabileceğinden adil olmaktan uzak, toplumsal barışı da zedeleyici olacaktır. Bu nedenle hâkimin öncelikle dava malzemesine dair algısında somutlaşma yaşayamadığını taraflara belirtmesi bilgilendirme ödevidir ve tarafların de bilgilenme hakkı vardır. Bunun sonucunda da taraflara "açıklama yapmaları veya delil sunmalarını" da istemesi gerekmesi de aslında açıklama ve ispat hakkı ile ilgilidir. Bu açıklama ve ispat araçlarının dikkate alınması da gene HMK 27. maddesinin bir gereği olarak hukuki dinlenilme hakkının bir parçası olmaktadır. Aslında burada, HMK 31. maddenin adil yargılanma hakkı ile işlevsel bağlantısının kurulmuş olduğunu söylemek mümkündür. Buradan yapabileceğimiz analiz ve yukarıda hukuki dinlenilme hakkı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ilişkisini incelediğimiz ve elde edeceğimiz sonuçlarla da birlikte değerlendirdiğimizde medenî yargılama hukukunun bizce ana amacı olarak gördüğümüz adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi amacı, aslında hâkimin davayı aydınlatma ödevinin de ana amaçlarındandır. Gene adil yargılanma hakkı içinde düzenlenen silahların eşitliğinin sağlanması da aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecek olup, gene hâkimin tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına,

[508] Karaaslan, s. 63

dilbilimsel becerilerine, iletişim yeteneklerine bağlı olmaksızın dava malzemesini getirmekte zayıflığa uğradıkları alanda dengeyi sağlamak adına yasadan kaynaklanan aydınlatma ödevi ile müdahil olacaktır[509].

Medenî yargılama hukukunun normatif olarak benimsenen bir diğer amacı olan maddi gerçeğe ulaşma amacı da, aslında hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir diğer amacı olarak ifade edilebilir. Hâkim, hukuki ve maddi olarak belirsizlik ve çelişkilerden dava malzemesini arındırmak isterken, aslında ulaşmak istediği yalnızca gerçektir. Sadece taraf iradelerindeki yönlenmeyi bulması beklenseydi, bu durumda "maddi belirsizlik ve çelişki" halinde "delil sunulmasının istenilmesi" söz konusu edilmezdi. Sadece tarafların sözlerinin belirginleştirilmesi, aslında bir dilbilgisi faaliyeti ile sınırlı kalacaktı. Maddi gerçeği aramayan bir hâkimin davayı aydınlama ödevinin davada egemen bir ilke olması da gerekli olmazdı.

Sonuç olarak, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amaçları ile medenî yargılamanın amaçları arasındaki ortak amaçlar, maddi gerçeğin bulunması, her yönü ile adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi, adaletli karar verilmesi ve bunların sonucu olarak da verilecek kararın taraflarca benimsenmesi ile toplumsal barışın korunmasına hizmet edilmesi olarak belirtilebilecektir. Subjektif hakların korunması ve objektif hukukun korunması, kendiliğinden hak almanın önlenmesi ve buna ikame olarak yer alması amaçlarının da doğrudan olmasa da dolaylı olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantısı olduğu kabul edilebilecektir. Hâkimin davayı aydınlatmasının doğru uygulanması sonucunda yapılacak hukuki değerlendirme bu amaçların da gerçekleşmesini sağlayacaktır.

B-YARGILAMAYA EGEMEN İLKELER İLE İLİŞKİSİ

1.Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesi

1.Genel Olarak

[509] Karaaslan, s. 64

Medenî yargılama hukukunda dava malzemesinin taraflarca getirilmesi kavramının tartışılmasından ve incelenmesinden önce, dava üzerinde tarafların egemenliğinin bulunup bulunmadığı ve dava kavramı kapsamında yargı organlarının etkinliğinin ne ölçüde olduğu değerlendirilmelidir. Bu nedenle öncelikle Medenî Yargılama Hukukunun amacı açısından değerlendirme yapılması ve daha ötesinde taraf iradesinin dava üzerinde etkisini incelemek gereklidir. Bu anlamda dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi ile tasarruf ilkesi arasında büyük öneme sahip bir ilişki vardır. Ayrıca dava malzemesinin davaya getirilmesinde hâkimin mi yoksa tarafların mı etkin olması sorusu ile medenî yargılama hukukunun amacının ne olduğu sorusu arasında kanımızca önemli bir bağ söz konusudur.

Medenî yargılama hukukunun maddi hukukun tamamlayıcısı[510] olduğuna yönelik olarak ileri sürülen görüşler açısından baktığımızda dava hakkının maddi hukukun, hukuk süjesine tanıdığı hakka bağlı olarak var olduğu görüşü kabul edilmiştir. Buna göre, taraflarca getirilme ilkesi, dava hakkına sahip olan tarafın yani davacının ve savunma hakkına sahip olan davalının, sübjektif hakklarını korumakta bir külfetini ifade etmektedir. Bu külfet de davaya bakan mahkeme huzurunda sübjektif hakkını maddi hukuktaki gibi korumaya devam etmek iradesini mahkeme dışında ve öncesindeki gibi sürdürmekte ise bu halde dava malzemesini de kendi yararına olduğu sürece getirmek zorunluluğunu ifade eder. Ancak bu durumda, dava malzemesini davaya getirmemesi, usûli açıdan bir hak kaybından daha öte maddi hukuk anlamında bir hak kaybına neden olacaktır; yani sahibi olduğunu iddia ettiği ve belki de gerçekten sahibi olduğu hakkını yitirecektir. Yargı organlarının varlık sebebinden yola çıkarak görüşü değerlendirdiğimizde toplumsal barışın sürdürülebilir olması ve hukuki barışın da bu anlamda toplumsal barıştaki yerini alabilmesi için sübjektif hakkın, uyuşmazlık sürdüğü sürece belli merciiler önünde ileri sürülebilmesi ve bu ileri sürülen hakkın da aynı

[510] Arslan, Ramazan: Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s.39, dn.121'deki yazarlar

merciiler önünde savunulması gereklidir. Aksi takdirde uyuşmazlık çözülmeyecek, çözülmeyen uyuşmazlık da toplumsal barışı tehdit etmeye devam edecektir.

Taraf egemenliğinin medeni yargılamada ana kural olduğunda duraksama yaşamasak da, hâkimin tarafın iradesi ile hukukun bu iradeye ne yanıt verdiğini bu iradeden bağımsız olarak araması gereğinin de kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Hâkim, hukuku kendiliğinden uygularken, kural olarak bunu kendisine sunulan dava malzemesi ile sınırlı olarak yapacaktır. Tarafın egemen olduğu nokta, kendi çıkarı doğrultusunda dava malzemesini sunarken serbest olması, leh veya aleyhine olan dava malzemesini seçerek sunmakta yasanın bir engeli ya da iradesinin dışında bir müdahalesinin olmaması durumudur. Tarafın, dava malzemesini sunduğu usûl aşamalarından itibaren, o dava malzemesi artık kamusal bir alandadır. O alanda da sunulan dava malzemesi, yargılamanın sevk ve idaresi içerisindeki hâkim değerlendirmelerinin emri altına girmiştir. Taraf, kastan belirsizlik veya çelişki yarattığında ise, bu iradesinin dışında, hâkim kendiliğinden araştırmaya geçmeyecek, tarafın iradesine bu durumu sunarak belirsizlik ve çelişki karşısında ilgili yükümlülükleri yerine getirmediğinde gene taraf, maddi olay açısından ve maddi hukuk yönünden hak sahibi olsa da, bu hakkını yargı organı önünde elde edememiş olacaktır, bu da yasal olarak o hakkı etkin bir hukuki koruma altında tutamayacağı anlamına gelecektir. Hâkimin tarafa sağlayabileceği, adil olarak yargılama yapmaktan ibarettir.

HMK kapsamında İkinci Bölüm, Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler başlığı altında sistematik açıdan ele alınmıştır. Bu kapsamda tasarruf ilkesi, HMK kapsamında, egemen ilke olarak kabul edilmiştir, tüm ilkelerden daha önce düzenleme sırası altında düzenlenmiştir. Yasa koyucunun ilkelerden hangisine daha fazla önem verdiği ya da ilkeler arası ilişkiler açısından ana kural esası taşıyıp taşımadıkları yönünden bir değerlendirme yapılmak istendiğinde öncelikle hüküm içerikleri değerlendirilecektir, ancak bu sırada kanımızca sistematik açıdan ilkelerin yasadaki yeri de göz ardı edilmemelidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi arasındaki ilişkinin önemi mülga 1086 sayılı HUMK 75. Maddesinde her iki ilkesinin birlikte düzenlenmiş olması, daha sonra da 6100 sayılı HMK döneminde taraflarca getirilme ilkesinin düzenlendiği 25. Madde gerekçesinde de hâkimin davayı aydınlatma ödevine yapılan atıf nedeniyle iki ilke arasında yasanın oluşturduğu niteliksel bir bağın varlığından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme ilkesinden sistematik olarak daha önce düzenlenmiş olsa da, biz burada çalışma konumuz ile bağının kuvvetini daha fazla gördüğümüz için taraflarca getirilme ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki ilişkiyi daha önce inceleme gereği duyduk.

2.Yasada Düzenlenişi

Taraflarca getirilme ilkesi, HMK kapsamında normatif düzenlemeye tutulurken, HMK 25. maddesinde düzenleme altına alınmıştır :“ (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.” sözü ile, mülga HUMK 75/1. maddesinin[511] karşılığı olarak düzenlenmiştir.

Madde metni incelendiğinde, ilk fıkrası itibariyle yasal istisnaların saklı olduğunu belirterek, tarafların getirecekleri dava malzemesini vakıalara ve davaya ilişkin “şeyler” ibaresi ile davaya ilişkin tüm deliller olarak belirlemiştir. Bu belirlemenin sonucu olarak da vakıaların ve davaya ilişkin şeylerin davanın hâkimi tarafından kendiliğinden karara etki edecek şekilde değerlendiremeyeceği ve hatta olay- vakıa ve davaya dair ilgili hiçbir olgunun hatırlatılamayacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkrası ile de gene yasal istisnaları saklı tutarak, delil toplanması konusunda da aynı esasların geçerli olacağı görülmektedir.

[511] *“Madde 75 – 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.”*

Bir ilkenin yasada açıkça varlığı yasa koyucu tarafından ismen ve normatif düzenlemeye verilen isimle tabi tutulmasa bile yasadaki yansımalarından varlığı anlaşılabilir. Zira, medenî yargılama yasalarında örneğin konumuz kapsamında taraflarca getirilme ilkesinin birer yansıması olan hükümler vardır. Bu hükümlerden yola çıkarak yasadaki egemen olan ilkenin yasa koyucu tarafından kabul edilmiş olduğu çıkarımına varılabilmektedir. Örneğin çalışma konumuzu oluşturan hâkimin davayı aydınlatma ödevi 1086 sayılı HUMK kapsamında 75. maddesinde düzenlenmekte iken yasa koyucu hüküm içerisinde veya başka bir hükümde bu ilkenin varlığını ismen tanımamıştır. Bu nedenle de öğretide de aşağıda incelemeye çalıştığımız gibi hâkime verilen bir ödev mi yoksa yetki mi olduğu tartışılmıştır. Bu tartışmanın özünde de, aslında, ilkenin yasada ismen belirlenmemiş olması yer almıştır. Yasadaki yansımalarından yola çıkarak öğreti ve yargı kararlarında çıkarımlarda bulunulduğu görülmektedir.

Hükmün gerekçesinde HMK 25. maddesinin 1086 sayılı mülga HUMK 75. maddesinin ilk fıkrasını karşıladığı ifade edilmektedir. Bu halde, HUMK 75. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının hâkimin davayı aydınlatma ödevini düzenlediği düşünüldüğünde ilkeler arası ilişkinin tespitinin de çalışmamız açısından önemli olduğunu düşünüyoruz.

Hükmün Hükümet Gerekçesinde[512] HMK 25. maddesinin ikinci fıkrasının yeni bir düzenleme olduğu, delillerin toplanması açısından genel kuralın ifade edildiğini belirtmiştir.

[512] Budak, Ali Cem: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medenî Usûl Kanunu ve Alman Medenî Usûl Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011, s. 56 , gerekçe metninde der ki, *"Maddede, dava malzemesi olan vakıaların, taraflarca getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Maddenin birinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 75 inci maddesinin birinci fıkrasını karşılamaktadır. İkinci fıkra ise yeni bir hüküm olup, delillerin toplanması bakımından genel kuralı ifade etmektedir. Maddede 1086 sayılı kanunun 75 inci maddesindeki "hatırlatacak hallerde dahi bulunamaz" ibaresi muhafaza edilmiştir. Bununla yasaklanan husus, somut olaya, vakıaya işaret edilmesi, vakıa getirilmesinin telkin edilmesidir. Hâkim getirilen olayın olgularının, vakıaların soyut hukuk normunun unsurlarını karşılamadığını beyan edebilecektir. Hâkimin vakıalar yönünden yetkin kılınması veya sınırlanması hususu, tasarının 36 ıncı maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Maddede dava malzemesinin, davanın temelini teşkil eden vakıalar ve delillerin getirilmesi konusunda tarafların mutlak yetkisi vurgulanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrası, 1086 sayılı Kanunun 75 inci maddesinin üçüncü fıkrasına nazaran dar kapsamlı olan ve hâkime yeni delil emredebilmesi yetkisi veren 36 ıncı madde ile birlikte değerlendirilmelidir."* Görüldüğü gibi, yasa koyucu açıkça ve ısrarla hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile taraflarca getirilme ilkesini doğrudan ruhu ile birbirine bağlamıştır. Tasarının 36.maddesi HMK 31. maddesi olarak yasalaşmıştır. Bu nedenle 36. madde olarak geçen ifadeden 31. maddenin anlaşılması gerekecektir.

6100 sayılı HMK kapsamında yasa koyucu, yargılamaya egemen ilkeleri, yansıdığı maddeler ile felsefi olarak yasaya dahil etmektense hem düzenlediği maddelerde bu yansımaları ortaya koymayı hem de yargılamaya egemen ilkeleri ayrı bir bölümde düzenlemeyi tercih etmiştir. Mahkeme nezdinde görülen bir davada, dava malzemesini soyut norma göre haklılığını ispat edecek düzeyde mahkemeye sunamamış olan taraf, hâkimin normun aradığı dava malzemesini değerlendirememesinin ve hükme esas bir dava malzemesi ile bu halde davanın kendi aleyhine sonuçlanmasına katlanacaktır. Örneğin, maddi tazminat talebi ile asliye hukuk mahkemesinde dava ikame eden bir taraf, eda hükmü verilmesini gerektirecek olgu ve olayları, delilleri sunmadığı takdirde hâkim tarafından kendiliğinden davacı tarafın günlük yaşamı, başından geçen olaylar gibi talep sonucunun kaynağını oluşturan soyut norma uygun olayı bulmaya ve tespit etmeye yönelik bir yaklaşımla araştırılmayacaktır, zira hukuk yargılamasında böyle bir araştırmayı yapacak örgütlenme de bulunmamaktadır. Bu örgütlenme yokluğu HMK 25.maddesinin taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesinin bir sonucudur.

HMK 25. maddesinin son fıkrasına dair Hükümet Gerekçesinde; yasada belirtilen durumlar dışında hâkimin kendiliğinden delil toplayamayacağı belirtilen fıkrayla ilgili olarak, HUMK 75. maddesinin 3. fıkrasına göre daha dar kapsamlı olan ve hâkime yeni delil emredebilme yetkisi veren Tasarı'nın 36. maddesi ile birlikte [513] değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu halde yasa koyucu, HMK 25/son maddesi ile HMK 31. maddedeki delil gösterilmesini emretme ödevi arasında kural - istisna ilişkisi kurmuş olmaktadır. Ancak burada tam anlamıyla bir istisna yaratma amacının bulunduğunu veya işlevsellik yönünden aslında bir istisna gelişmeyeceğini söylemek mümkündür düşüncesindeyim.

3.Karşılaştırmalı Hukukta Gelişimi

[513] HMK 31. Maddesi olarak yasalaşan tasarının 36.maddesi kastedilmektedir.

İsviçre Hukukunda, schZPO 55. maddesinde delillerin değerlendirilmesi ve resen araştırma ilkesi başlığı altında düzenlenmiştir. Madde, açıkça HMK 25. madde ile doğrudan örtüşen bir içerikte değildir. Maddenin ilk fıkrasında tarafların iddia ve savunmalarını, bunu destekleyen delilleri sunacaklarını, ikinci fıkrasında ise kendiliğinden araştırma ilkesi ile yapılacak hâkim faaliyetine dair hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir[514].

İsviçre hukukunun da etkilendiği, bazı ispat kuralları ve öğreti görüşleri yönünden Türk hukukuna da etki eden ZPO'da dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi açıkça madde başlığı altında HMK 25. maddesi gibi düzenlenmemiştir[515].

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi, Alman medenî yargılama yasalarında kabulünden önce, Roma- Kanonik Yargılama sistemini temel alan ortak hukukta ve 19. Yüzyılın ilk yarısında Alman yasalaştırma çalışmalarında geçeli olmuştur. Ancak Prusyalılar, 1793 tarihli Genel Mahkemeler Kanunu'nda bu ilkeden uzaklaşarak resen araştırma ilkesini esas almışlardır[516]. Alman Medenî Yargılama Kanunu'nda ise açıkça, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi adı ile bir düzenleme söz konusu olmamış, ancak ZPO 138. maddesi ile taraflardan birisinin getirdiği ve diğerinin açıkça itiraz etmediği vakıalar ikrar edilmiş sayılmakta, mahkemece de hükme esas alınmaktadır[517].

Çalışma konumuz açısından da hâkimin davayı aydınlatmadaki amacı isabetli hüküm kurabilmek için öncelikle çekişmeli konuyu tespit etmektir. Taraf beyanlarındaki

---

[514] Maddenin özgün hali : *"**Art. 55** Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz*
(1) Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben.

*(2) Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen"*kaynak : https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi 1.8.2019

[515] Alman yasa koyucusu açısından medenî yargılama hukukuna hâkim ilkelerin öne çıkarılmasının Alman Medenî Usûl Kanunu'nun hazırlandığı dönemlerde alışılagelen ve benimsenen bir durum olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Becker-Eberhard, Ekkehard: Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, Der. M. Kamil Yıldırım, İstanbul 2006, s. 16; Karaaslan, s. 105 vd.

[516]Becker- Eberhard, s. 20; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 78, 1-2; Zettel, Günther: Der Beibringungsgrundsatz, seine Strukturund Geltung im deutschen Zivilprozessrecht, Berlin 1977, s. 46

[517]Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 78 I 4 ve II; Blomeyer, Arwed: Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Bası, Berlin 1985, § 14; Jaunernig, Othmar: Zivilprozessrecht, 28. Bası, München 2003, § 25

belirsizlikleri ya da deliller kapsamındaki belirsizlikleri, çelişkileri gidererek dava konusu somut olayın soyut normun düzenlediği soyut olayla örtüşüp örtüşmediğini tespit edecektir. Alman Hukuku'nda, 2001 Medenî Yargılama Reformu Kanunu ile kanun koyucu; hemen ilk derece mahkemesinde daha güçlü bir uyarma görevi aracılığıyla maddi ve hukuki dava malzemesinin daha kapsamlı bir değerlendirmesine ulaşmayı denemiştir . Bunun için, şimdiye kadar ZPO'nun değişik yerlerinde bulunan hâkimin uyarma görevi ile ilgili düzenlemeler (ZPO eski metin md. 139, md. 278 par. 3) merkezi bir normda (ZPO md. 139) genel ilkeler biçiminde bir araya getirilmiştir[518]. Davanın sonuçlanması hüküm kurulmasına bağlı olduğundan, hâkimin davayı aydınlatmaması da geciken ya da yanlış tesis edilen bir adaleti ifade edecektir ki, bu da toplumsal barışı bozacaktır. ZPO-Reform Yasası özünde, üç ayak üzerine kuruludur: birince derece mahkemesinin güçlendirilmesi, temyiz davaları sürecinin yeniden düzenlenmesi ve hızlandırılması ve hukukun geliştirilmesi ve hukuk birliğinin korunması amacıyla temyiz makamının yeniden düzenlenmesini amaçlamıştır. Bundan dolayı mahkemenin ZPO md.139'daki mahkemenin maddi dava yönetimi ve uyarma görevini genişletiyor. Hâkimin; kendi değerlendirmesi her iki tarafın beyanından farklılaşmışsa, maddi ve hukuki durumu taraflarla net biçimde tartışması ve tanımlaması gerekir[519].

4. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından ise HMK 31. maddesi, dava malzemesinde yani vakıa ve delil açısından hukuki veya maddi açıdan belirsizlik söz konusu ise hâkime, taraflara açıklattırma, soru sorma ve delil göstermelerini emretme yükümü yüklemektedir. Bu halde taraflarca getirilme ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasında aslında temel bir zıtlık veya ana kural-istisna ilişkisinden söz edilip edilmeyeceği

[518] Liu, s.104
[519] Ayad, Patrick: Optimierung des Rechtsschutzes und effektiverer Richtereinsatz, ZRP 2000, S. 299, s. 231

incelenmelidir. Bu konuda, öğretide taraflarca getirilme ilkesi konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Taraflarca getirilme ilkesi ile resen araştırma ilkelerinin hangisine ağırlık verileceği, bu kapsamda dava malzemesinin toplanmasında taraflara mı yoksa hâkime mi görev yükleneceği yasa koyucunun yargılama hukukuna dair bir seçimi olarak karşımıza çıkmaktadır[520]. Bu halde öğreti, dava malzemesinin[521] toplanmasında hâkime değil de taraflara ağırlık verilmesi esas alınmışsa bu halde taraflarca getirilme ilkesinin medenî yargılama hukuku açısından esas alındığından söz etmektedir[522]. Bu anlamda taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesine "ileri sürme", " ortaya koyma ilkesi" adı da verilmektedir[523].

HMK 25. maddesinin gerekçesinin, hâkimin aydınlatma ödevi ile, belki doğrudan ilişkilendirebileceğimiz yönü de vardır. Bu yön, gerekçede "hâkim, getirilen olayın olgularının, vakıalarının soyut hukuk normunun unsurlarını karşılamadığını beyan edebilecektir." şeklinde ifade edilmiştir. Temelde bu ifade, hâkimin hukuku uygulama

[520]Pekcanıtez/Atalay/Özekes,s.244

[521]*"Buradaki dava malzemesinden kasıt iddia/savunma, her türlü talepler, vakıalar ve deliller gibi mahkemenin uyuşmazlığı görürken değerlendireceği hususlardır"* şeklinde ifade edilmiştir. Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.261

[522]Alangoya, ilkeler, s. 3; Karslı; s.261, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir içtihadında, HMK 31. maddesinin sadece hâkimin kendliğinden araştırması ilkesine tabii davalarda uygulanacağına dair gerekçe ile verilen bir direnme kararına karşı bozma kararı verirken şu şekilde karar vermiştir: "Mahkemece hukuk yargılamasında hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olduğu ve taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu, tarafların talep etmediği konuda mahkemenin kendiliğinden delil araştıramayacağı, davacı vekilinin dava dilekçesinde veya delil listesinde emsal ücret araştırılması talebinin bulunmadığı, dosyanın bilirkişiye verilmesinden önce davacı vekilinin 11.01.2012 havale tarihli dilekçesinde dosyada herhangi bir eksiklik kalmadığını bildirerek dosyanın bilirkişiye verilmesini talep ettiği, davacı vekilinin bilirkişi raporuna karşı itirazlarını içeren beyan dilekçesinde ve hatta temyiz dilekçesinde dahi emsal ücret araştırılmasına dair bir talebinin bulunmadığı, HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma görevinin taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulanmayacağı, bu maddenin ancak kamu düzenini ilgilendiren ve re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda geçerli olduğu gerekçesiyle ve önceki gerekçeler de eklenmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.(…) Davacının ücretinin miktarı konusunda taraf beyanları arasında ciddi farklılık bulunmaktadır. Bu itibarla, yukarda belirtilen ilkeler doğrultusunda bozma kararında değinildiği şekilde emsal ücret araştırması yapılmalıdır. Diğer taraftan, mahkemece davacıya ait hesap özeti için bankaya müzekkere yazılmış, bankadan gelen yazıda maliyet tutarının yatırılmasından sonra kayıtların inceleneceği belirtilmiş ancak mahkemece bankaya yeniden müzekkere yazılmamıştır. Davacıya ait imzasız bordrolardaki ücret miktarları ile bankaya yatırılan miktarın uyumlu olup olmadığının belirlenmesi açısından kayıtların yeniden istenilmesi gerekmektedir. Hâl böyle olunca, emsal ücret araştırması yapılmaksızın ve banka kayıtları getirtilmeden sonuca gidilmesi isabetsizdir. " (HGK, 26.4.2017,E. 2015/22-1060 K. 2017/865), http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html, erişim tarihi 2.3.2019

[523]Schilken- Hâkimin Rolü, s. 39; Karslı, s.262

görevini ifade eden *iura novit curia* ilkesi ile örtüşen bir yaklaşımı göstermektedir. Davaya konu edilen somut olayda uygulanacak hukuk kuralını belirlemek HMK 33. maddesi çerçevesinde sadece mahkemeye ait bir görevdir[524]. Bu kapsamda taraflar dilekçelerinde uygulanacak hukuk kuralını yanlış belirtseler bile hâkim tarafından davaya konu edilen olaya uygulanacak hukuk resen belirlenecektir. Bu halde, uygulanacak hukuk normu bir dava malzemesi olarak değerlendirilmemekte, dava malzemesi kavramı kapsamında olaylar ve deliller yer almaktadır. O halde, bir tarafın dayandığı hukuk normu konusundaki beyanlarında bir çelişki bulunursa, bu durumda hâkim tarafından soyut hukuk normunun aradığı olay açısından taraf sorgulanabilecek, fakat dayandığı norm açısından beyanlarında ne şekilde bir düzeltme veya netleştirme yaparsa yapsın HMK 33. maddesi karşısında bu durum hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında değerlendirilmeyecektir, zira dayanılan norm bir dava malzemesi değildir, tarafların getirmekle yükümlü oldukları dava malzemesidir ve bu anlamda deliller ve olaylardır. HMK 33. maddesi bu anlamda Türk Hukuku açısından resen uygulama ilkesi getirmiştir.

Gerekçede HMK 25. maddenin yani taraflarca getirilme ilkesinin de, HMK tasarısının 36. maddesi ile hâkimin vakıalar yönünden yetkinliği ve sınırlandırılması konusunun birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde yol göstermesi söz konusudur. Türkiye Büyük Millet Meclisi genel kuruluna HMK Tasarısı görüşmeye sunulurken, Tasarıda 36. madde hâkimin aydınlatma ödevini düzenlemekteydi. Bu kapsamda gerekçede 36. maddeye yapılan atıf da bu

[524]Pekcanıtez/Atalay/Özekes,s.244, bu görevin yerine getirilmesinde Yargıtay'ın 23. Hukuk Dairesi'nin bir kararı yol göstericidir, "Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsili istemlerine ilişkindir. Hukuki uyuşmazlığın çözümü için mahkemece, öncelikle tarafların ileri sürdüğü ve savunduğu hususlar çerçevesinde maddi olayın denetime de elverişli olacak şekilde aydınlatılması ve bundan sonra hukukun somut olaya uygulanması gerekmektedir. 6100 sayılı HMK'nın 31/1. maddesi gereğince hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. Somut olayda, davacılar vekilinden sorularak ve bağımsız bölümlerin edinilmesine ilişkin sözleşme, mirasçılık belgesi ve diğer ilgili belgelerin dosya içerisine girmesi sağlanarak, davacılardan hangilerinin arsa payı inşaat sözleşmesinin tarafı, mirasçısı ve/veya temellük edeni olduğu, arsa sahiplerinden ve yükleniciden bağımsız bölümü alan davacıların kimler olduğu ve bu kişilerin daireyi aldıkları kişinin haklarını temellük edip etmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. "(E. 2012/2694 K. 2012/4743 T. 9.7.2012, www. kazanci.com, erişim tarihi : 8.5.2018)

doğrultuda değerlendirilmelidir. Hükümet gerekçesinde belirtildiği gibi, davanın taraflarınca dava malzemesi olarak bir olay getirilecek ve olayla bağlantılı olarak, medenî yargılama hukukunun amacına[525] uygun olarak hâkim tarafından bir hak tesisine veya hakkın yerine getirilmesine karar verilmesini isteyecektir. Bu anlamda, bizce adil yargılanma hakkının tam olarak tesisi için çalışma yapacaktır. Bu konudaki tartışmalar yukarıda sunulmuştur.

Öğretide, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile ilgili olarak, bu ilkesinin hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile temas ettiği noktaların tespitinde de değerlendirilebilecek bir duruma işaret edilmiştir[526]. HMK 29. madde gereğince davanın taraflarının doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevleri söz konusudur[527]. ZPO 138/I.

---

[525] Taşpınar, Sema: Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 759 vd.

[526] Schilken- Hâkimin Rolü, s. 53

[527] Yargıtay'ın 21. Hukuk Dairesi'nin bir içtihadında, bu noktaya önem vererek işaret ettiğini görmek mümkündür; "Dosya kapsamından, 24/06/2015 tarihli celsede davacı vekilinin davalılardan ... ile uzlaşmaya vardıklarını, bu davalı yönünden kendisine isabet eden kusur oranında davanın konusuz kaldığını, diğer davalı yönünden ıslah dilekçesi doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmesini istediği, davalı ... vekilinin ise davacı tarafla kendilerine isabet eden kusur oranında maddi manevi zararların giderilmesi ve yargılama giderleri noktasında haricen ve sulhen anlaştıklarını, ödemelerini yaptıklarını beyan ettiği, diğer davalı vekilinin talepte bulunmasına karşın uzlaşmaya varan tarafların hangi miktarlar üzerinde uzlaştıklarının taraflardan sorulmadığı, talebin gerekçesi açıklanmaksızın reddedildiği anlaşılmaktadır. (…)6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Hâkimin davayı aydınlatma görevi" başlıklı 31.maddesine göre, "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir."
Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenleme ile doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar "açıklama yaptırabilir" denilmişse de, bunun, hâkimin davayı aydınlatması için bir "ödev" olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir (Pekcanıtez H., Atalay O., Özekes M., age, s. 248 vd).
Ayrıca, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü" başlıklı 29. maddesine göre, "Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara dair açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler."; 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun "Dürüst davranma" başlıklı 2. maddesinde de, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." denilmiştir. Dürüstlük ilkesi Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli maddelerinde yer alan önemli bir kavramdır.
Türk Medenî Kanunu'nda yer alan dürüstlük ilkesi genel bir hukuk ilkesi olup medenî usûl hukuku ve iş hukukunda da geçerli olan bir kavramdır. Dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde ahlaka, örf ve adet kurallarına uygun davranmadır. Adil bir yargılamanın yapılabilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesi dürüstlük kurallarına uyulması ile mümkündür.
Doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerinden biridir. Hukukun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir. Yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Yargılamada taraflar bir mücadele içinde olsalar da bu mücadelede her şeyin geçerli sayılacağı kabul edilemez. Muhakeme sürecine dair değişik maddelerde de dürüstlük kuralına aykırı kötü niyetli davranışların önüne geçmek için bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Tüm bu hükümlerin temelinde dürüstlük kuralına uygun

Maddesinde düzenlenen bu ödev gereğince tarafların uyuşmazlık konusu olayların tamamını gerçeğe uygun bir şekilde ileri sürmelidir. İşbirliği ilkesi görüşü yandaşları, mahkeme kararının gerçek olayla olabildiği kadar iyice örtüşmesi için tarafların doğru bilgi verme görevinin ve hâkimin aydınlatma ve gerçeği araştırma görevinin güçlendirilmesi gerektiğini öne çıkarırlar[528]. Bu kapsamda, taraflardan beklenen, objektif gerçeğin ortaya çıkması için faaliyette bulunmasının beklenmemesi, ancak sübjektif gerçeğin ise ileri sürülmesi gereği ifade edilmiştir. Bu amaçla, tarafların yalan söylemeleri yasaklanmıştır. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi gereğince davanın her iki tarafı da davayı kazanmak amacı ile lehlerine olan olayları ileri sürmek zorunda kalmakta ve çoğunlukla da olayların net olmaması nedeniyle, delillerin sunulması aşamasında değerlendirilebileceğinden şüpheli olayların da sunulmasının engellenmemesi gerektiği ileri sürülmüştür[529]. Bu durum dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesine yönelik bir sınırlama olarak değerlendirilmiştir. Bu sınırlamanın ise, sadece taraflardan biri veya her birinin gerçek dışı olaylar getirmesi halinde söz konusu olacağı ifade edilmiştir.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi gereğince mahkeme, nihai kararını verirken, sadece taraflarca sunulan olayları dikkate alabilecektir. Hâkim, taraf dilekçelerinden ayrı olarak haberdar olduğu olayları karar esas alabilecek, ancak haricen öğrendiği olayları davaya dahil etmeyecektir . Bu kapsamda olmak üzere, hâkim tarafından, davaya getirilmiş

---

davranmayı sağlama amacı yatmaktadır. Taraflar yargılamada kendi menfaatlerine uygun olarak neleri ileri sürüp sürmeyecekleri konusunda serbesttir. Ancak ileri sürdükleri hususların doğru olması, beyan ve açıklamalarının gerçeğe aykırı olmaması gerekir. Taraflardan aleyhlerine olan hususları da beyan etmeleri beklenemez. Ancak gerek kendilerine, gerek karşı tarafa dair hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekir. Doğruyu söyleme ödevi, hem yazılı hem de sözlü beyan ve açıklamalar için geçerlidir. Bu ödeve aykırılık hâlinde beyanlar mahkemece dikkate alınmamalı ve değerlendirilmemelidir.
Doğruluk, dürüstlük ve iyi niyet kuralları sadece yargılamanın tarafları için değil, yargılama ve inceleme yapan hâkimler için de getirilmiş evrensel bir hukuk kuralıdır. Yargılamanın ve yargılama sonucunda verilen hükmün adil olabilmesi için dürüstlük ve hakkaniyet kurallarına uyulması, hükmün yeterli, tutarlı ve tatmin edici makul gerekçeler içermesi zorunludur. Dürüstlük kuralı, işlemlerin yorumlanması, tamamlanması, yeniden gözden geçirilmesi ve değerlendirilmesinde göz önünde tutulması gereken bir ilkedir.
Tüm bu yukarda yapılan açıklamalara göre somut olayda, sonucu davalı ...'nin durumunu doğrudan etkileyeceğinden, uzlaştıklarını beyan eden davacı taraf ve davalı ...'nden hangi kalemler üzerinde, hangi miktarlarda anlaştıkları açıklattırılmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olmuştur.” (E. 2015/18583 K. 2017/588 T. 6.2.2017)

[528] Schmidt, Eike: Partei und Amstmaxime im Zivilprozess, DRİZ 1988, s. 157

[529] Schilken, s. 53

bir olayın gerçekliğinin incelenmesi ise ancak o olayın çekişmeli olması halinde mümkün olacaktır[530].

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin söz konusu olduğu davalarda mahkeme sadece taraflarca ileri sürülen olayları inceleyebilir ve hükme esas alabilir. İleri sürülmemiş olayları kendiliğinden araştıramaz. Bu kapsamda, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalardaki ispat usûlü de yalnızca dosya kapsamında sunulmuş olayların kanıtlanmasına yöneliktir. Mahkemenin, bu anlamda delilleri kendiliğinden araştırmaya yönelik bir örgütlenme içinde olmaması da aslında dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin esas alındığına bir karine niteliğindedir[531]. Davanın maddi materyalini hazırlama; öncelikle tarafların ödevidir. Bu noktada mahkemeye sadece tamamlayıcı bir işlev düşer. ZPO yd md.139 par.1 ve 2 gereği olan hâkimin uyarma görevi; taraflarla sadece onların getirdikleriyle sınırlı olarak müzakere etme ilkesine aykırı değildir tam tersine maddi vakıanın hazırlanması çerçevesinde taraf özgürlüğünü ve taraf sorumluluğunu tamamlar. Taraf hâkimiyetini sağlamaya yarayan müzakere ödevi de; medenî yargılamadaki sübjektif hakkın korunması amacına uygundur. Resen araştırma ilkesine tabi olmayan hukuk davaları; en başta tarafların çıkarlarına hizmet eder. Deneyimler göstermiştir ki; taraflar maddi vakıayı, en azından ana hatlarıyla, mahkemeden daha iyi açıklığa kavuşturabilir. Mahkeme ve taraflar; dava materyalinin toplanmasında sorumluluğu birlikte ve aynı ölçülerde taşımazlar. Çoğunlukla bütün materyalin toplamasından sadece taraflar yükümlüdür[532]. Maddi olayları eksiksiz olarak mahkemeye beyan etmek tarafların işidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile hâkimin belirsizlik ve çelişkiye dair uyarıya uyup-uymamak ise tarafların tercihine kalmıştır. Hâkim, uyarısını yaptıktan yani belirsizlik ve çelişkiye dair işaret ettikten sonra veya delilleri aldıktan sonra kendiliğinden davaya yeni

[530]Becker-Eberhard, s. 17
[531]Jauernig, § 25 VIII 1, Becker-Eberhard, s. 21
[532] Liu, s. 145

vakıalar katamaz. Delil ikamesinde ortaya çıkan olgulara; sadece belirsizlik ve eksikliğin taraf beyanında giderilmesi gerektiği sürece, işaret edebilir[533].

Son olarak, maddi gerçek ile tarafların ortaya koyduğu gerçek arasında hâkimin ikrarı aşarak maddi gerçeğe ulaşmaya yetkisi olup olmadığı tartışılmalıdır[534]. Konuya dair incelemelerimizde maddi gerçekten çok adil yargılanma hakkının esas alındığını medenî yargılamanın tarafların hukuki himayeden en etkin yararlanmasının önündeki engellerin kaldırılmasının amaçlandığı düşüncesinde olduğumuzu belirtmiştik. Bu temelden yola çıkarak hâkimin kendisine sunulan dava malzemesi içindeki ikrar beyanını HMK 31. madde doğrultusunda, çelişkiler ve belirsizlikler içermemekte ise, gerçekliği konusunda beyanı ve tarafın bu konudaki fiil ehliyetinden de kaynaklanan irade özgürlüğünü aşarak araştırma yapamayacaktır. Bu durum, bir tarafın bir vakıayı, gerçek olmasa bile, davayı sona erdirmek istemeden çekişme dışı tutmak istemesi durumundaki tasarruf yetkisi içinde değerlendirilmelidir. Belirsizlik veya çelişki olmadığı durumlarda hâkimin tarafın dava malzemesi olarak davaya getireceklerini seçmeye dair hakkını ihlal etmemesi gerekecektir.

II.Re'sen Araştırma İlkesi

[533] Musielak/ Stadler, §139 Rn.1

[534] Kiraz, Taylan Özgür: Medenî Yargılama Hukukunda İkrar,Ankara 2017, Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırları ve aydınlatma konuları üzerine yapacağımız incelemelerde ikrarın bir beyan olarak belirsizlikler içermesi halinde hâkimin tutumunun ne olması gerektiğini de inceleyeceğiz. Bu doğrultuda tasarruf ilkesine göre ikrarın hâkime çizdiği sınır ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırları aynı olguda buluşmaktadır. Hâkim, maddi gerçeği bulmak adına gerçekte olmayan ancak tarafların davada var olduğunu kabul ederek usûli bir gerçek oluşturmaları durumunda çekişme dışında kalmış böylesi bir oluşumda artık aydınlatma ödevi ile yükümlü olduğu kanımızca söylenemez. Zira biz yukarıda da sunduğumuz gibi, medenî yargılama hukukunun amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu kanısında değiliz. Davanın taraflarının ikrar ettiği ve taraf iradelerinin bir konuyu çekişmesiz olarak bu ikrarları ile nitelediği bir konu hâkimde varlık bulmuş kamusal araştırmanın da dışında kalacaktır. Aslında tasarruf ilkesinin, Medenî Yargılama Hukuku açısından egemen ilkelerin başında düzenlenmesi de özel hukuk- kamu hukuku ayrımının da bir başka yansıması olsa gerek diye bizi düşündürmüştür. Maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin egemen olduğu ceza hukukunda hâkim, sanığın ikrarı ile de bağlı olmayacaktır. Bu durumda bir uyuşmazlık üzerinde kamusal bir çıkarın olması, kamusal bir müdahalenin gerçekleşebilmesi için yeterli olup olmayacağı konusu kamu hukukunun da ilgilenmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Birey-devlet ilişkisinde, ilişkinin unsurlarının konumlanışını ve bireyin eylem ve işlemlerinin kamu düzeni ve güvenliğine yönelik etkisine bağlı normatif ilişkiler kamu hukukunu ilgilendiren bir alan olup, bu alanda bir uyuşmazlığın birey olan tarafının dava konusu ya da uyuşmazlık üzerindeki tasarruf yetkisi, yerine göre ya hiç yer almamakta ya da özel hukuka göre daha sınırlı olmaktadır. Özel hukukta ise ana ilke, tarafların kendi hakları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin olmasıdır.(Yavaş, Murat: Mehaz Kanun İle Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Ve Hakimin Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s.285)

Medeni Yargılama Hukuku düzenlemeleri yapılırken iki ana ilkeden biri seçilerek ya da iki ilke ana kural-istisna şeklinde uygulanarak kanunlaştırma yapılır ve hukuk yargılaması sistemi kurulur. Bunlardan biri liberal hukuk anlayışının getirisi olan taraflarca getirilme ilkesi, diğeri de toplumcu hukuk anlayışlarının eseri olan kendiliğinden (re'sen) araştırma ilkeleridir. Taraflarca getirilme ilkesinin tam karşıtı olan[535] re'sen araştırma ilkesi, HMK kapsamında açıkça madde başlığı altında düzenlenmiş bir ilke olmasa da[536] terimsel olarak 385/2. maddesinde[537] yasakoyucu tarafından işaret edilmiş olup, aşağıda inceleyeceğimiz üzere yasada açıkça düzenlenen uyuşmazlık ve konularda uygulanır. Medeni yargılama hukukuna egemen ilkeler içinde temel norm olarak taraflarca getirilme ilkesi 25. maddede düzenlenmiş, ikinci fıkrasında *"Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz"* şeklindeki düzenlemesi ile hakimin kendiliğinden araştırmasını istisnai bir durum olarak kabul etmiştir.

Re'sen araştırma ilkesi, kararda esas alınacak dava temeli olaylar ile ispat araçlarının toplanmasında, tarafların ya da istemde bulunanın yanı sıra, hâkimin de etkin olmasını öngören yargılama hukuku ilkesi olarak tanımlanmıştır[538].

Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu dava ve işlerde, taraflarla birlikte hâkim de dava malzemesinin toplanmasında görevlidir, hâkim tarafların getirmediği ancak uyuşmazlığı çözmek için gerekli olan olay ve delilleri kendiliğinden gözetmek, araştırmak ve kararında gerekli ise esas almak zorundadır[539]. Re'sen araştırma ilkesi kamu düzeni gerekçesiyle

---

[535] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 155
[536] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 155
[537] ***"Yargılama usulü***
MADDE 385- *(1) Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır.*
(2) Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça ***resen araştırma ilkesi geçerlidir****.*
(3) Mahkemeler dışındaki resmî makamlara bırakılan çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak usul, ilgili özel kanunlarında belirtilen hükümlere tabidir."
[538] Tanrıver-Usûl, s.361
[539] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 185

getirilmiş bir ilkedir[540]. Burada hedeflenen, soyut normu uygularken hâkimi daha etkin[541] hale getirerek, delil ve vakıa yönünden toplanması gereken dava malzemesini daha kolay toplayabilmesidir[542]. Bu ilkenin uygulandığı davalarda, taraflarca üzerinde tasarruf edilemeyecek, bu doğrultuda davaya son veren taraf işlemleri olan sulh, feragat ve kabul işlemi uygulanamayacaktır[543]. Yazılı yargılama usûlü ya da basit yargılama usûlünden hangisi uygulanırsa uygulansın farklılık göstermeden iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanmayacaktır. Böylece, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda yargılamaya yeni vakıaların getirilmesi mümkün olabilecektir[544]. Sadece vakıalar yönünden değil, deliller yönünden de hâkime delil toplamakta serbesti getiren bir ilke olmasının sonucu olarak, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikinci tanık listesi verilmesi yasağı da uygulanmayacaktır[545].

Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkim, tarafların ileri sürdükleri ve fakat kendisinin gerçek olduğuna kanaat getirmediği vakıaların söz konusu olması halinde, maddi gerçeğin ortaya çıkması için kendiliğinden isteme bağlı olmaksızın araştırma yapmak zorundadır[546]. Bu nedenle uyuşmazlığın taraflarından birinin isticvap edilmesi ve isticvap sırasında tarafın ikrarda bulunarak bir konuyu ya da olayı çekişmesiz hale getirse de bile hâkim, tarafın beyanı ile bağlı olmadığı[547] için aynı konuya ya da olaya dair kendliğinden

[540] Özmumcu, Seda: Re'sen Araştırma İlkesi, SDÜHFD Mihbir Özel Sayısı Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı –XII, C. 4, S. 2, Isparta, 2014, s.146; Saldırım, Mustafa: Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005, s.63; Sabır, Serkan: Cumhuriyet Savcısının Hukuk Davalarında Yer Alması, Ankara 2019, s. 86; Tanrıver-Usûl, s.361

[541] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 155
[542] Saldırım, s.63
[543] Tanrıver-Usûl, s.361

[544] Özmumcu, s. 147; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 267,271
[545] Özmumcu, s. 149
[546] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 286
[547] Bu temelde, ikrarın delil niteliği taşımamasına örnek olarak re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin ikrar ile bağlı olmaması gösterilmiştir, Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 329

araştırma yapma yetkisine sahip bulunmaktadır[548]. Bu durumda sadece HMK 144. madde kapsamında tarafın dinlenilmesi ile yetinilecektir[549].

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, kesin deliller yani yemin ve senet delilleri de hakim için bağlayıcı değildir[550]. Ayrıca hâkimin takdir yetkisini sınırlamamak için bu ilkenin uygulandığı davalarda delil sözleşmesi de yapılamayacaktır[551]. hâkim, re'sen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın aydınlatılması için maddi ve hukuki konularda gerekli hallerde , bir delilin getirilmesini isteyebileceği için, tarafların yapmış oldukları delil sözleşmeleri işlevsizleşmektedir[552].

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkimin kendiliğinden keşfe karar verdiği hallerde, keşif giderlerinin taraflarca ödenmemesi durumunda, hâkim bu giderlerin devlet hazinesi tarafından ödenmesine karar verebilir[553].

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalara örnek olarak, öncelikle kural olarak çekişmesiz yargı işlerine ilişkin olarak uygulanmakla[554] birlikte, Cumhuriyet savcısının taraf olduğu ve onun tarafından açılan davalar[555], soybağına ilişkin davalar[556], ayrıca öğretide

[548] Karslı, s. 261; Özmumcu, s. 148; Tanrıver-Usûl, s.361
[549] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 298
[550] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 364; Tanrıver-Usûl, s.361
[551] Tanrıver-Usûl, s.361
[552] Özmumcu, s. 148
[553] Karslı, s. 469
[554] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 36
[555] TMK'da yer alan, evliliğin butlanı davası (156. md.), evlenmeyle soy bağının kurulmasına itiraz davası (294. md.), tanımanın iptali davası (297. md.), babalık davası (301. md.), evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası (317. md.), derneklerin feshi davası (89.md), derneğin kendiliğinden dağıldığının tespiti davası (87. md), vakfın dağıtılması davası (116. md), 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda yer alan yaş düzeltme davası, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin aile içi veya herhangi bir kişi tarafından şiddete maruz kaldığını Cumhuriyet başsavcılığına bildirmesi üzerine Cumhuriyet savcısı yine bu Kanun'un 8'inci maddesine göre gerekli tedbirlerin uygulanması için aile mahkemesi hâkimine başvurabilmesi, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda, 31. maddesi ile açılacak sendika kapatma davası, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesine Dayanan Çocuğun Meskene İadesi Davası örnek olarak sayılabilecektir, ayrıntılı bilgi için bkz. Sabır, s. 102-232; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 112
[556] TMK 284/1. md, Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 156

uygulamadan örnek olarak hizmet tespit davaları, kadastro davaları[557], velayetin kaldırılması davası[558], iflasın ertelenmesi istemi[559] re'sen araştırma ilkesine tabi dava ve işler olarak sayılmıştır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile, hâkimin re'sen araştırma ilkesi arasındaki ilişki, her iki ilkenin niteliklerini yitirmeden ve de her aydınlatma ödevi uygulamasının re'sen araştırma olarak kabul edilmesinin önlenmesi açısıdan önemlidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, yargılamaya egemen ilkeler içerisinde düzenlenmiş olup, re'sen araştırma ilkesi, yargılamada istisnai olarak uygulanan bir ilkedir. Hâkim, yasanın kendisine tanıdığ davayı aydınlatma ödevinden doğan yetkisi ile kendiliğinden olay ve delil toplama faaliyetine yönelemez[560], sadece taraflara eksikliği, belirsizliği ve çelişkiyi işaret edecektir ve de taraflara iddia, somutlaştırma ve ispat yüklerinin gereğini yerine getirmesi için faaliyette bulunacaktır. Re'sen araştırma ilkesinde, hâkimin faaliyeti tarafların yapacağı açıklamalar ya da göstereceği deliller, ya da sorulacak sorularak verecekleri yanıtlar ile yetinmeden maddi gerçeği tereddütsüz bir vicdani kanaat ile tespit edinceye kadar sürecektir. Oysa ki aydınlatma ödevinde iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi, ikinci tanık listesi sunulması, taraflara yol gösterme yasağı gibi sınırlamalar mevcuttur. Taraflardan aydınlatma ödevi ile istenilen delilin getirilmemesi durumunda hâkim delil toplama faaliyetine girişemeyecektir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu davalarda ilkesel olarak hâkim sunulacak dava malzemesini "bekleyen, değerlendiren", taraflar ise, ileri sürdükleri iddia ve savunmalar için "sunan ve delil ve olayları istemlerine uygun olarak kanıtlamak isteyen" konumdadır. Re'sen araştırma ilkesine tabi davalarda ise, hâkim "

[557] Karslı, s. 106, Kadastro Kanunu 30/2. maddesine göre kendiliğinden delil toplanacak durumlar düzenlenmiştir.
[558] Özmumcu, s. 165
[559] Özmumcu, s. 171
[560] Karaaslan, s. 114; Börü-Somutlaştırma, s. 106

araştıran, gerçeği arayan" konumda, taraflar ise "delil göstererek hukuki yarar ve hukuki amaçlarına, istemlerine ulaşmayı dileyen, mahkemeye yardım eden" konumdadır.

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar bakımından, taraflarca sunulan dava malzemesi, tamamen yok sayılıp tüm araştırma hâkimin faaliyeti sonucu elde edilen vakıa ve deliller üzerine hasredilmeyecek, tarafların istem ve dava malzemeleri yol gösterici olacaktır, buradan hareketle hâkim eksiklikleri tespit ederek değerlendirme yapabilecektir[561]. Bir görüşe göre, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkimin faaliyetinin kaynağı olan ilke, aydınlatma ödevi değil sadece re'sen araştırma ilkesidir, zira bu ilke zaten aydınlatma ödevinin verdiği tüm yetkileri içermektedir[562]. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar bakımından hâkimin taraflara bu davalardaki maddi ve hukuki her türlü belirsizlik, çelişki, eksiklik halinde soracağı sorular, yaptıracağı açıklamalar, isteyeceği deliller her iki ilkeden de kaynaklanabileceği, burada kuvvetlendirilmiş aydınlatma ödevinden söz edilebileceği belirtilmiştir[563]. Bu esasta, kural olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi, tamamen taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu davalarda uygulanabilir, ancak re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ise hâkimin aydınlatma amacyla 31.maddedeki araçlar başta olmak üzere, bu maddede düzenlenmeyen yasanın izin verdiği tüm araçlara başvurması gereklidir[564]. Re'sen araştırmanın ne şekilde yapılacağı, uygulama şekli mevzuatta tanımlanmadığı için, hâkimi harekete geçiren ve belirsiz, çelişkili her durumda onu taraf ile birlikte dava malzemesi üzerinde faaliyette bulunduran aydınlatma ödevini düzenleyen normlardaki kurumlardan yararlanmaması için bir gerekçe olmadığı kanısındayız.

---

[561] Karaaslan, s. 115

[562] Ulukapı, Ömer: Yargıtay Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, SÜHFD 1998, C:VI, S.1- 2, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Konya 1998, s. 730

[563] Karaaslan, s. 116

[564] Karaaslan, s. 117, ayrıca yazar schZPO 56. maddesinin gerekçesinde de re'sen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu davalarda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanacağına dair işaret edildiğini belirtmektedir, 117, dn.167

III. Tasarruf İlkesi

Tasarruf ilkesi sistematik olarak HMK'nın "Yargılamaya Egemen İlkeler" başlığı taşıyan birinci kısmı yani genel hükümlerim ikinci bölümde yasa koyucu tarafından düzenlenmiştir. Bu başlık altında bölümün ilk maddesi olan HMK 24. maddesinde[565] düzenlenmiştir. Yasa koyucu Türk medenî yargısının ilk ilkesini tasarruf ilkesi olarak düzenlemiştir. Sistematik olarak öncelik vererek diğeri ilkelere göre farklı bir konumda yer vermiştir.

İlke, içerik olarak yargılamanın başlangıcını yani bir davanın taraf istemi üzerine başlayıp karara kadar bu istemin sürmesi ile varlığını koruduğunu, yasalarda açıkça aksi düzenlenmedikçe bir dava açmaya ve hak talebine yönelik olarak, kendi lehine bile olsa zorlamayacağını düzenlemiştir. Son fıkrası ile de dava konusu üzerinde tarafların dava dışında da serbestçe tasarruf etmeleri mümkünse, aynı yetkinin dava açıldıktan sonra da devam ettiği düzenlenmiştir.

Mülga 1086 sayılı yasada 72[566]. ve 79[567]. maddelerinde düzenlenen tasarruf ilkesi[568], HMK dahilinde HUMK yürürlüğü döneminde öğretide ifade yer alan terimsel ismi ile yani "tasarruf ilkesi" adıyla düzenlenmiştir. İlkenin düzenlendiği hükmün lafzından yola çıkarak yapılacak ilk saptama, hükmün iki boyutu olduğudur. Norm ilkeyi düzenleme altına alırken ilk olarak davanın incelenmesi, davanın karara bağlanmasını isteme yetkilerinin taraflara ait olduğunu, davanın açılması için açık yasal düzenlemeler hariç olmak üzere fiil ehliyeti olan bir kimsenin iradesinin yönlendirilemeyeceğini içermektedir. İlkenin ikinci boyutu ise dava

565 "*MADDE 24- (1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.*
(2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.
(3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."

566 *"Madde 72 – Hâkim iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemez."*

567 *"Madde 79 – Kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikameye veya hakkını talebe icbar olunamaz."*

568 Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 55

konusu ile dava arasındaki ilişkinin maddi hukuktaki durumuna göre belirlenebileceğine dair boyuttur. Bu boyutla ilgili olarak hükümet gerekçesinde özel hukuktaki hukuki ilişkilerde var olan irade özgürlüğünün yargılama hukukunda sürdüğünü belirtmek için hükmün teklif edildiği belirtilmiş, ikrarın gerçeğe aykırı olması halinde bile bu ilke ile hâkimin bu gerçek dışı ikrarla bağlılığının bu ilkeye göre incelenmesi gerektiği ifade edilerek, temelde bir tartışma başlatmak ya da var olan tartışmaların sürmesi istenmiştir. Öğretide gerekçe ile ilgili olarak, ikrarın bir irade açıklaması olmadığı onu ileri sürenin iradesi ne olursa olsun HMK 187/2. maddesine göre ikrar edilen vakıayı çekişmesiz hale getirme sonucunu doğurduğunu belirtilmiştir[569].

İsviçre Medenî Yargılama Kanunu, yani schZPO, *"dispositiongrundsatz"* olarak kodifiye ettiği tasarruf ilkesinde, 58. maddesi[570] ile hâkimin sadece taraflardan birinin istemi ile davayı inceleyebileceği yönünde düzenlenmiştir. Türk Hukukundaki gibi, İsviçre Hukuku da "*officielgrundsatz"* ile yani hâkimin kendiliğinden harekete geçmesi ile tasarruf ilkesine istisna getirilmiştir. Kamu yararı düşüncesi ile hâkim, boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı gibi davaların görülmesinde, davanın taraflarının istemi dışında taraf istemlerinden farklı karar verebilecektir[571]. Türk hukuku ile mehaz İsviçre hukukunu karşılaştırdığımızda aslında, Türk hukukundaki, HMK 26. maddesindeki taraf talepleri ile hâkimin bağlı olması ilkesi ile

---

[569] Umar-Şerh, s.103, Yasa koyucunun bu yaklaşımı eleştirilmelidir, zira her ne kadar uygulayıcılara asıl olarak bir tartışma zemini açarken, gerekçede yer alan, " bu fıkranın özellikle -üçüncü fıkradan söz ederken- ferağdan men şeklinde ihtiyati tedbir kararı alınmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmelidir" ifadelerini hemen izleyen cümleyi "keza" gibi aynı doğrultuda bir görüşü yani benimseyici bir görüşü ileri sürercesine başlatmıştır. İlgili cümlede hâkimin ikrarla bağlılığı "olup olmayacağı bu başlıkta ele alınması gereken bir konudur" şeklinde değerlendirmiştir. Kanımızca burada "benimsetme, örnekseme ve hatta en uç noktalara yani istisna getirilebilecek varsayımlarda bile ilkenin varlığından söz edilmesi gerektiğine kapı açılmış olmaktadır

[570] " *Art. 58 Dispositions- und Offizialgrundsatz*

(1) Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat.

(2) Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen, nach denen das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist."kaynak : https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi: 1.8.2019, anlamını değerlendirdiğimizde ise, *"(1)Mahkeme bir tarafa, talebinden daha fazlasına karar vermeye yetkili değildir, ancak talebinden daha azına karar verebilir,(2) Mahkemenin taraf taleplerine bağlı olmadığına dair hükümler saklıdır."*şeklinde çevirmek kanımızca olanaklıdır.

[571] Yavaş, Alangoya Armağanı, s.285

tasarruf ilkesi İsviçre hukukunda birbirinden ayrı görülmeden kabul edilmiş olduğu, Türk hukukunda ise iki ayrı ilke olarak düzenlendiği görülmektedir. Kanımızca, davanın başlatılması, geri alınması, davaya son veren taraf işlemlerinin ilkesel kökü yani temeli olarak bir egemen ilkede düzenlemek, egemen ilkelerin mevzuatın ruhunu vermesi ve yorumda esas alınması nedeniyle daha isabetli olmuştur.

İlke böylece, dava açmak, takip etmek ve sona erdirmeyi bir serbesti içinde kural olarak düzenlemiş olmaktadır. Tasarruf ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasında, ilkelerin konuları ve konumları açısından bir çok ortak alanda ilişkileri vardır. Her şeyden önce HMK 24. madde lafzında yer alan davanın incelenmesi, karara bağlanması ve diğer tasarruf işlemlerinde ortaya konulan iradelerin çelişkili, belirsiz olması halinde, hâkimin aydınlatma ödevini kullanıp kullanamayacağı ele alınmalıdır; aynı temel düşünceden hareketle, medenî yargılama hukukunun amacından yola çıkılmalı, bu kapsamda gerekçede tartışmaya açılan kapı da dikkate alınmalıdır.

Tasarruf ilkesi, hâkimin kendiliğinden harekete geçme ilkesinin[572] tam tersi bir ilke olarak değerlendirilmektedir[573]. Tarafların irade serbestisi, başta Anayasa'nın 19. maddesinden[574] doğan kişi özgürlüğü ilkesinden, TBK 12. ve 26. maddelerindeki sözleşme ve hukuki işlem özgürlüğünden almaktadır.

---

[572] ***Kendiliğinden harekete geçme ilkesi***, mahkemelerin, doğmuş bir uyuşmazlığa, bu uyuşmazlığın ilgililerinin istemi gerekmeksizin kendiliğinden onu çözmesi yani karar vermesi anlamına gelmektedir. Daha çok çekişmesiz yargı işlerinde yasa koyucunun öngördüğü bir ilkedir, hatta HMK kapsamında çekişmesiz yargı işi olarak tespit edilmemiş olan işler açısından da kendiliğinden harekete geçme ilkesi söz konusu ise, çekişmesiz yargı işi sayılması olarak sayılmasında da kriterin bu ilke olduğu ifade edilmektedir, Tanrıver, Usûl, s. 354; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 36, ayrıca özel hukuk normlarında düzenlenen Cumhuriyet savcısının dava açabilmesi için yasada açıkça yetki ve görev verilen durumlarda hukuk mahkemesinde Cumhuriyet savcısı tarafından dava açılabilecektir, bkz. TMK 294.maddesinde soybağının düzeltilmesine itiraz davası, TMK 146. maddesinde düzenlenen evlenmenin butlanı davası, TMK 298. maddesinde yer alan tanımanın iptali davası örnek olarak verilebilecektir, Meriç, Tasarruf, s. 40 vd.; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 112, ayrıca teksif ilkesi de kendiliğinden harekete geçme ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulanmayacaktır, Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 267, dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da, bu ilkenin ayrı bir şekilde genel hüküm halinde düzenlenmese de ilgili uyuşmazlık türünde yasa koyucu hâkim veya savcıyı görevlendirme ile harekete geçirmektedir.

[573] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 151; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 185

[574] *"Madde 19 – Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir."*

Hâkimin bir davada aydınlatmakla görevli olduğunu unsurlar vardır. Bu unsurları HMK 31. madde gereği uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda "*maddi ve hukuki konular"* olarak yasada işaret edilmiştir; ancak bu unsurlar tasarruf ilkesi ile doğrudan ilgili noktaları da içermektedir. Hâkim aydınlatma ödevini ifa ederken, en fazla sınırlandığı noktalar tasarruf ilkesine bağlı nedenler olsa gerektir. Bunun sebebi tasarruf ilkesinin irade serbestisinin usûl hukukundaki yansıması olarak kabul edilmesi[575] olduğunu söyleyebiliriz.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile tasarruf ilkesi arasındaki ilişkinin incelenmesinde bu ilişkinin ortak zeminini saptamada tasarruf ilkesinin yansımlarını da incelemek yararlı olacaktır. Tasarruf ilkesinin ilk yansıması alanı dava hakkıyla ilgilidir[576]. İkinci yansıması, davacı yoksa hâkim de yoktur kuralıdır[577]. Üçüncü yansıması ise hâkimin hüküm verme yükümlülüğüdür. Son olarak ilkeler arası ilişkide ortak zemini bulabileceğimiz bir alan da dava konusu kavramıdır. Bu konuların her biri ile her iki ilke birlikte değerlendirilmelidir.

Tasarruf ilkesinin yansımalarından olan ve ilkenin varlığına da temel teşkil eden dava hakkı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin buluştuğu ortak zemin, hukuki korunma talebi ile başlamaktadır. Hukuki korunma talebi ile davacı, bir içtihadı birleştirme kararında belirtildiği gibi[578], bir dava ile mahkemeden verilecek bir hükümle, bir iddia üzerinde hukuki korunma sağlanması isteminde bulunmaktadır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında bu istemin etkili bir hukuki korunma sağlaması için istem içeriğinin anlaşılır ve istemi yargılama araçlarını harekete geçirilebilir nitelikte olması için hâkimin belirsizlikleri, çelişkileri giderici bir işlevinin de olması gerekecektir.

---

[575] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.335; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.152; Üstündağ, Yargılama,s.419; Pekcanıtez Usûl, s.783; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.182; Umar-Şerh, s.102; Yılmaz-Şerh,C.I.,s.619; Karslı, s.255; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.118 vd; Budak/Karaaslan, s.77; Postacıoğlu/Altay,s.156; Kuru,s.296

[576] Meriç-Tasarruf İlkesi, s. 63

[577] Meriç-Tasarruf İlkesi, s. 73

[578] "Dava mahkemeden verilecek bir hükümle bir iddia üzerinde hukuki korunmanın sağlanması dileğidir", İBK 7.12.1964, E.1964/3, K. 1964/5, nakleden Meriç,s. 47, dn.27

Türk medenî yargısının ana ilkesinin uygulamaya geçebilmesinde aydınlatma ödevi önemli bir işleve sahip olmaktadır. Bu anlamda HMK 24. maddesinde yer alan "dava" ifadesinin geniş olarak yorumlanması gerektiğini dava içindeki ya da dava adı altında ileri sürülmesi gerekmeyen taraflara ait işlemlerin, örneğin delil tespiti istemleri ya da ihtiyati tedbir istemleri gibi istemlerin HMK 24. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[579]. Böylesi çeşitli şekillerde yargı organlarına sunulan hukuki korunma istemleri, uyuşmazlığı ve dolayısı ile hukuki korunma istemini inceleyecek ve karar verecek hâkim tarafından tereddütsüz anlaşılır nitelikte olmalıdır.

Hukuki korunma talebi, hukuki korunma gereksinimi, usûli bir istemi ve bu istemde bulunan bir tarafı içermelidir[580]. Bu konuda hukuki korunma gereksinimi, temelini güncel, hukuki ve meşru olmasından almaktadır. Bu temelin olup olmadığı, tahkikat aşamasına geçmeden önce, örneğin dava dilekçesi ile anlaşılabilecek niteliktedir. Hukuki yarar olarak dava şartları içinde[581] yer alan bu niteliğin hâkim tarafından ön inceleme aşamasında değerlendirilmesi gereklidir. Bu değerlendirmede dava şartları incelenirken hukuki yararın olup olmadığı öncelikle dilekçelerdeki ifadelerden de anlaşılıp değerlendirilecek ve yarara dair hâkimde bir kanaat uyanabilecektir. Örneğin henüz muaeccel olmamış bir alacağına dair mal kaçırma şüphesine neden olacak tutum ve davranışlarda bulunan borçlu aleyhine ihtiyati haciz talebinde bulunulmasında böylesi bir yararın talep dilekçesinde belirtilmesi gereklidir. Yarar bu halde varsayılarak yargılama yapılacak ancak soyut normun aradığı koşulların varlığı tahkikat aşamasında toplanacak deliller ile anlaşılacaktır.

Bir davada, talebin tarafı olmak konusunda öğretide baskın görüş, şekli taraf teorisini benimsemiştir[582], bir yargı organına yönelik hukuki korunma isteminde bulunmanın, davanın tarafı olmak için yeterli olduğunu benimsemiştir. Bu anlamda maddi hukuk anlamında hak

[579] Yılmaz-Şerh, s.239
[580] Meriç, s.68
[581] Ayrıntılı bilgi için bkz.Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009
[582] Meriç, s.73, dn.5536

sahibi olmak ile usûl hukuku açısından hak talebinde bulunmak farklı değerlendirilmektedir. Bu özelliğin hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkesi ile bağlantısı vardır, zira ispat edilmiş hakka dayanmaksızın sadece talep etmekle davada taraf olan davacı, hukuki korunma gereksinimini sadece açıklamakla bu sıfatını koruyabilecektir.

Tasarruf ilkesi, hukuki bir vecize ile, "davacı yoksa hâkim de olmaz" hukuki sözünde bulmuştur[583]. Buna göre hâkimin bir davada varlığının sebebi, davacının yargı organına yönelttiği hukuki korunma istemidir; bu hukuki vecize ile hâkimin davada konumunu da ve konumunun göreviyle bağlantısını da ve buradan hareketle aydınlatma ödevinin de yargılamadaki işlevi anlaşılabilir. Davada hâkimin konumlanışı bile taleple mümkün olması, bu anlamda aydınlatma ödevinin sınırlarını tespitte ışık tutacaktır.

Öğretide, tasarruf ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkesi ilişkisi açısından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Tasarruf ilkesi, bazı yazarlarca hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile birlikte değerlendirildiğinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, tasarruf ilkesinin bir istisnasını oluşturduğuna ve istisnaya dair değerlendirmenin de hâkim tarafından yapılması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır[584]; ancak öğretide baskın görüş hâkimin davayı aydınlatma ödevinin dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin bir istisnası olarak kabulünü esas almıştır[585].

HMK 26. maddesi gereğince tarafın istemi ve istemin kapsamı ancak dava dilekçesi ile belirlenebilecektir[586]. Öğretide, istem ile bağlılığın, istemde bulunan tarafın, davanın tarafları arasındaki hukuki ilişkiyi yanlış nitelemesinde de söz konusu olacağı belirtilmiştir. Bu durumda yanlış nitelemeye rağmen somut olayı yani uyuşmazlık kaynağı olay esas alınarak, tarafın olaya dair nitelemesi hâkim tarafından değerlendirilmeli, yorumlanmalı ve

[583]Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.152, Üstündağ, Yargılama,s.419; Pekcanıtez Usûl, s.785; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.182; Umar-Şerh, s.104; Yılmaz-Şerh, C.I. s.619; Tanrıver-Usûl, s.350; Karslı, s.256; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.118 vd; Budak/Karaaslan, s.77; Postacıoğlu/Altay, s.156; Kuru,s.296; Meriç- Tasarruf ilkesi, s.53

[584] Yavaş, Alangoya Armağanı, s. 286; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 242

[585] Üstündağ, s. 24 vd

[586] Meriç, Tasarruf ilkesi, s. 110

hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında maddi olayın tutarlı olarak ifade edilmesi için, çelişkiyi giderecek şekilde sunulmasının istenmesi için bu duruma hâkim tarafından işaret edilebileceği belirtilmiştir[587]. Hâkim, taraf dilekçelerinde somut olayın tüm unsurlarını açıkça ve tereddütten uzak olarak kavrayabilmeli, sonuç olarak olaya bağlı doğmuş ve istenmiş hak taleplerine dair istemi de kavrayacak bir anlam açıklığını yakalayabilmelidir. Tarafın dilekçelerinde istemlerini sunarken hukuki nitelemede bulunurken soyut normun somut olay nedeniyle öngördüğü hakka dair terimle ya da yasal adlandırmayla değil de farklı bir ifade ile soyut normdan doğan hakkının korunmasını istemiş olması durumunda, hâkimin bu ifadelere müdahale ederek normatif terimi yani mevzuattaki nitelemeyi, terimi tarafın sunmasına yönlendirmesi, işaret etmesi gerekli görülmemiştir[588]. Bu durumda hâkimin hukuku uygulaması ve bunu kendiliğinden ifa etmesine dair HMK 33. maddesi hâkime, davayı aydınlatma ödevinden farklı ama belki aynı öz amaçtan yola çıkan bir ödev yüklemiş olmaktadır. Örnek vermek gerekirse, davacı taraf dilekçesinde bir taşınmazın kullanımını davalı tarafa bir süre için parasal bir bedel karşılığı devrettiğini, kişinin bu bedeli kendisine ödemediğini belirtip, "kullanım bedeli" ve "işgalin sonlanması" istemi ile hukuk mahkemesi nezdinde dava açtığını düşündüğümüzde hâkim burada taraflar arası hukuki ilişkiyi kendiliğinden değerlendirmeli, bu ilişkinin bir kira ilişkisi olduğunu ve bu ilişkide davacı tarafın kira bedelinin ödenmesini ve davalının taşınmazdan tahliyesini istediğini, ifadeler yönünden de ilişkinin oturma hakkı tesisi veya intifa hakkı tesisinden farkını HMK 33. madde uyarınca değerlendirmelidir[589]. Bu durumda, hâkimin hukuku uygulamasına dair faaliyetler,

[587] Meriç, Tasarruf ilkesi, s.111
[588] Karşı görüşte, Melissinos,s.105 (nakleden Meriç, Tasarruf ilkesi, s. 111)
[589] Yargıtay 6.Hukuk Dairesi bir kararında "Davacı vekilinin temyizi yönünden; dava dilekçesinin sonuç bölümünde sadece hor kullanmadan bahsedilerek, oluşan zarar ve eksilen malzeme bedeliyle ilgili olarak istekte bulunulmuş ise de, dava dilekçesinin "taleplerimiz" başlığı altında yer alan bölümünde hor kullanma yanında tamirat süresi ve geç teslimden kaynaklanan sezon kaybından sözedilerek bir yıllık kira tutarının tazminat olarak ödenmesi istenmiştir. Hâkim kanunda öngörülen istisnalar dışında iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ise de, 6100 Sayılı H.M.K.nun 31. maddesi uyarınca uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda maddi ve hukuki açıdan belirsiz veya çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflara açıklama yaptırabilir. Bu bakımdan davacının sezon kaybına dair talebi H.M.K.nun 31. maddesi kapsamında açıklamaya muhtaç olup, mahkemece davacıya bu konu açıklattırılarak sonucu

hâkimin davayı aydınlatma ödevinden bu noktada, yani hâkimin araştırma-değerlendirme faaliyetlerine yönlenmesi ile ayrılmaktadır. Yukarıdaki örneğimizden yola çıktığımızda davacıya hâkim tarafından oturma (sükna) hakkı tesisinden mi, fuzuli işgalden dolayı ecri misil bedelinden mi, yoksa kira bedeli ve tahliye isteminden mi bahsettiğinin sorulması halinde, hukuk eğitimi almamış bir kişinin isabetli bir yanıt vermesinin beklenmesi de kanımızca doğru olmayacaktır. Tarafın, ısrarla ve belki yanlış yanıt verme korkusu ile hareket ederek, gerçekte kira sözleşmesinden söz etmek isterken bu sözleşmeye günlük dilde ecri misil demesi nedeniyle eski beyanında ısrar etmesi durumunda, HMK 33. ve 31. maddelerinin iç içe uygulanmasında hak kaybı meydana gelecektir. Öğretide[590] böylesi bir durumda tarafın farklı bir beyanda bulunması halinde, hâkimin davayı esastan reddedeceği ve reddedilen hukuki ilişki, yanlış nitelendirilen hak iddiası olacağından, bu nitelemeyi de olay ve hak yönünden birlikte değerlendirilerek, verilecek nihai kararın gerçek hak iddiası ile yeniden ve ayrı dava açılmasına, kesin hüküm gerekçe gösterilerek bir engel olmayacağı belirtilmiştir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Maddi anlamda kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlıkta kesin hüküm dikkate alınırken, taraflar, dava konusu ve dava sebebi birlikte ele alınacaktır. Dava sebebi olarak bir değerlendirme yapıldığında ise, ilk davadaki olaylar ile ikinci davadaki olaylar karşılaştırılacaktır, zira dava sebebi[591] olaylardan oluşmaktadır. Taraflar konusunda ise, konumuz açısından bir inceleme gerekmemekle beraber dava konusu kısmının incelenmesinde HMK 303/1. maddesine göre ilk davadaki kesinleşen hüküm sonucu ile ikinci davadaki istem sonucunun karşılaştırılması gerekli olacaktır[592]. Bu durumda HMK 303/2. Maddesi de dikkate alınarak yalnızca hüküm altına alınan konulara bakmak ve onlar hakkında

---

doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken olumlu olumsuz bir karar verilmemiş olması doğru değildir."(E. 2013/10083 K. 2013/12910 T. 24.9.2013, www.kazanci.com, erişim tarihi: 25.8.2017) şeklinde karar verirken talebin belirginleştirilmesine dair önemli bir tespitte bulunmuş olmaktadır.

[590] Meriç, Tasarruf İlkesi, s.111

[591] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 569; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.278; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.317; Üstündağ, Yargılama, s.306; Pekcanıtez,Pekcanıtez Usûl, s.1135; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.283; Umar-Şerh, s.921-922; Yılmaz, Şerh,C.II. s.1800; Tanrıver- Usûl, s.477; Karslı, s.423; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.365; Budak/Karaaslan, s.174; Postacıoğlu/Altay,s.414; Kuru, s.,227

[592] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 570

kesin hükmün varlığını kabul etmek gerektiği belirtilmiştir[593]. Yeniden örneğimize döndüğümüzde ise, hâkim tarafından davacıya isteminin hukuki terimi sorulduğunda,örneğin oturma hakkı ya da fuzuli işgal tazminatı ve yaptırımı gibi ifadeler kullanıldığında dava reddedildiğinde, kira ilişkisini yeniden gerekçe göstermesi beklenmeyecektir.

Sonuç olarak, tasarruf ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkeleri arasındaki ilişki kanımızca bir kural-istisna ilişkisinden daha farklı olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasında sınır oluşturacak bir özellikte ve tarafın iradesini somutlaştırmakta ve gerçek hak talebini davada belirginleştirmekte işlevsellik katıcılık yönünden bir ilişki olarak kabul edilmesi gereklidir. Tasarruf ilkesinin tarafa verdiği serbestinin iradi yönünün anlaşılmaması davada talebi de belirsiz kılacak ve davanın sürmesi daha en baştan olanaksızlaşacaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile tarafın iradesinin belirlenmesi, tutarsızlık içindeyse bu çelişkinin giderilmesi işlevi yerine gelmiş olacaktır.

IV. Taraf Talepleriyle Bağlılık İlkesi

Hâkimin taraf talepleriyle bağlılığı ilkesi HMK 26. maddesiyle düzenlenmiştir. Madde lafzına göre, hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olduğu gibi talep sonucundan fazlasına ya da talep sonucundan farklı bir karar veremeyecektir, ancak duruma göre talep sonucundan daha azına karar verebilecektir[594]. Madde gerekçesinde, HMK 26. maddesi ile tasarruf ilkesinin bir açılımı yapıldığı belirtilmiştir. Böylece yukarıda tasarruf ilkesine dair bir çok

[593] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 570

[594]Yargıtay bir kararında, bu konuda HMK 31. Maddesinin uygulama alanı bulabileceğinden söz etmektedir, "Davacı vekili, dava dilekçesinin açıklamalar bölümünde müvekkilinin toplam borcunun 5.604,43 TL olduğunu belirttiği halde, dilekçenin netice ve talep bölümünde borcun 6.104,43 TL olduğunu bildirmiş ve böylece dava dilekçesinin içeriğiyle sonuç bölümü arasında kabul edilen borç miktarı yönünden çelişki yaratılmıştır. Bu durumda mahkemece, 6100 Sayılı H.M.K.nun 31. maddesi uyarınca davacı vekiline bu konuyu aydınlatması için olanak tanınması gerekirken bu yönün gözetilmemesi isabetsiz olduğu gibi dava dilekçesinde harca esas değer olarak gösterilen 9.500 TL yönünden menfi tespit talebinde bulunulduğu halde talep aşılmak suretiyle, 10.955,84 TL üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi de 6100 Sayılı H.M.K.nun 26. maddesi hükmüne aykırı olup hükmün bu sebeplerle bozulması gerekmiştir." (19. Hukuk Dairesi, E. 2012/5059 K. 2012/11499 T. 10.7.2012)

açıklamamız bu konu dahilinde de geçerli olacaktır. Öğretide de, HMK 26. maddesi, 24. madde ile birlikte tasarruf ilkesi kapsamında incelenmiş ve değerlendirilmiştir[595]. Bazı yazarlarca da taraflarca getirilme ilkesi ile birlikte incelenmiş ve adete bu ilkesinin bir yansıması olarak kabul edilmiştir[596]. Hâkimin taraf istemleri ile bağlılığı ilkesi, ZPO 308. maddesinde "Bindung an die Parteiantraege" madde başlığı ile düzenlenmiştir, schZPO ise 58. maddesiyle taraflarca getirilme ilkesinin düzenlenmesi ile birlikte düzenlenmiştir[597]. Düzenlemeler, Türk Hukuku ile paralel niteliktedir.

Öğretide taleple bağlılık ilkesi, tasarruf ilkesi ve taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkelerinin her ikisinin doğal bir sonucu olduğu ifade edilmiştir[598]. Biz de taleple bağlılık ilkesinin hem talebin sunulan vakıaların soyut normdaki hak karşılığı olduğu yönündeki iddianın sunuluşunun özet ve kesin ifadesi olması nedeniyle tasarruf ilkesinin, hem de sunulmuş vakıalardan dava dilekçesinden ayrıldığında hukuki korunma iradesinin yansımasının neredeyse olanaksız olacağı düşüncesiyle taraflarca getirilme ilkesinin doğal bir sonucu olduğu kanısındayız.

Hâkimin taleple bağlılık ilkesinin konumuz açısından bağlantısının ve ilişkilerinin incelenmesinde öncelikle talep belirsizliklerinin varlığı halinde hâkimin davanın asli unsurlarından olan talebi anlaşılır ve hüküm kurmaya yani karar vermeye yeterli ve elverişli derecede değerlendirilebilir bir biçime getirmesi, bunu soruları ile açılama istekleriyle gerçekleştirmesi gerekir.

Taleple bağlılık ilkesi, tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesinin doğal bir sonucu olmasındandır ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevinde de aynı biçimde talebin

[595] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 241; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.336; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.157; Üstündağ, Yargılama,s.238; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s.786; Umar-Şerh, s. 115; Yılmaz-Şerh,C.II.s.641; Tanrıver, Usûl, s.406; Karslı, s.295; Postacıoğlu/Altay,s.166; Kuru,s. 297
[596] Üstündağ, Yargılama, s.245
[597] Karslı, s. 296
[598] Yılmaz-Şerh, s. 268

aydınlatılması[599], bağlı olunan talebin netleşmesi de taleple bağlılık ilkesinin doğal bir sonucudur. Hâkimin hüküm sınırını oluşturan ve hüküm kılavuzu konumunda, tarafın somut ve net istemi, bir davada adeta kurucu unsurdur. Taraf iradesi olmadan kural olarak başlamayan davada, tarafın hukuki korunmayı hangi hukuki yönde istediği önemlidir. Örneğin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dair soyut normun aradığı (TMK 166.md) tüm koşullar gerçekleşmiş olsa ya da evliliğin taraflarından birinin zinası kanıtlanmış olsa bile dava dilekçesinde korunma talebi yani evden uzaklaştırma istenmişse ya da sadece ayrılık istenmişse, hâkimin bu noktada boşanma kararı vermesi mümkün değildir[600]. Davada, davacı tarafın dava dilekçesinde, eşinden şiddet gördüğünü , kendisi ile aynı evde yaşamak istemediğini, hayatını birleştirmekle büyük hata yaptığını,eşinden ayrılmak istediğini, maddi tazminat ve manevi tazminat talep ettiğini ifade etmesi, ayrıca çocukları ve kendisi için

[599] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin iki örnek içtihadı bu konuda yol gösterici niteliktedir: "Davacılar ihtiyari dava arkadaşı olup dava dilekçesinde toplam 1.000 TL maddi ve 50.000 TL manevi tazminat talep edilmiş ise de, maddi tazminatın neye dair olduğu ve hangi davacı için ne kadar maddi, ne kadar manevi tazminat talep edildiği açık olmadığından, mahkemece HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi doğrultusunda dava dilekçesinde talep edilen maddi tazminatın neye dair olduğunun, hangi davacı için ne kadar maddi, ne kadar manevi tazminat talep edildiğinin açıklattırılması gerektiğinin gözetilmemesi doğru görülmemiştir." (E. 2015/5586 K. 2017/11322 T. 5.12.2017) ve diğer içtihadında "Dava dilekçesinde nelerin yer alması gerektiği hususu 1086 Sayılı HUMK'nun 179. maddesi ve 6100 Sayılı HMK'nun 119. maddesinde düzenlenmiştir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde (1086 Sayılı HUMK m. 75) ise; "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir" hükmüne yer verilmiştir. O halde açıklık bulunmayan hallerde hâkim, dava dilekçesinin açıklanmasını ilgili taraftan her zaman isteyebilir.
Davacılar vekili dava dilekçesinde davacı ... lehine 50.000,00 TL manevi tazminat davacı ... lehine 50.000,00 TL manevi tazminat talep edilmiş, Mahkemece ... lehine 10.000,00 TL manevi tazminata, ... lehine 10.000,00 TL manevi tazminata hükmetmiştir. Ancak davacılar vekilinin dava dilekçesinde talep etmiş olduğu manevi tazminat talebi sarih değildir. Bu sebeple Mahkemece vefat eden anne ve baba yönüyle talep edilen manevi tazminat miktarının açıklattırılarak karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir."(E. 2015/4710 K. 2017/11653 T. 13.12.2017,www.kazanci.com, erişim tarihi: 25.5.2018) gene aynı dairenin bir başka içtihadında, "Dava ve ıslah dilekçesinde davacı ... için ne kadar geçici işgöremezlik, ne kadar sürekli işgöremezlik tazminatı istendiği açık olmadığı gibi, mahkemece davacı ... için hükmedilen maddi tazminat miktarının da hangi kaleme yönelik olduğu açık değildir. Bu sebeple mahkemece HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi doğrultusunda davacı ...'in dava ve ıslah dilekçesindeki talepleri ayrı ayrı açıklattırılarak, sonucuna göre geçici işgöremezlik tazminatı da talep edilmesi halinde davacı ... memur olması nedeni ile geçici iş göremezlik süresi içerisinde maaşını almaya devam etmekte olup, bu dönemdeki zararı, varsa bu süre içerisinde çalışamadığı için alamadığı ek ödemeler kadar olacağından, geçici iş göremezlik süresi içerisinde davacı ...'in mahrum kaldığı yan ödemelerin olup olmadığının araştırılarak sonucuna göre geçici işgöremezlik tazminatı bakımından da karar verilmesi, yine 1086 Sayılı HUMK'nun 388 ve 389. maddeleri ile 6100 Sayılı HMK'nun karşılık 297/1-2 maddeleri uyarınca mahkemece açıklatılan taleplerle bağlı kalınarak sonucuna göre davacı ... hakkında hangi kalem için ne kadar maddi tazminata hükmedildiğinin açıkça belirtilmesi gerektiğinin gözetilmemesi doğru olmayıp yerel mahkeme hükmünün bu sebeplerle de bozulması gerekmiştir." (E. 2016/4165 K. 2017/10215 T. 7.11.2017, www.kazanci.com, erişim tarihi: 8.7.2019)

[600] Yılmaz-Şerh, s.273

nafaka istemesi halinde, dava dilekçesinde boşanma iradesinin yer almaması nedeniyle davanın sadece ayrılık istemine dayandığı doğrudan kabul edilerek yargılamanın bu şekilde sürmesi ve sonuçta davacının gerçekte boşanma talep etmekte iken istemin ayrılık sözcüğü ile formule etmesi durumunda hâkimin HMK 26. maddesi gereğince ayrılık kararı vermesi büyük olasılık kapsamındadır. Oysa hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ve tarafların ifadelerinde kullandığı terimlere bağlı olmaması nedeniyle davacının kullandığı ancak hukuki terimle günlük dilin çakıştığı ifadelerde HMK 31. maddesinden doğan davayı aydınlatma ödevi gereği sorular sorarak bağlı kalacağı talebi netleştirmelidir. Davacının istem sonucu ile uyuşmazlık konusu olarak sunduğu olaylar arasında belirgin bir fark ve davacının istemlerinden yola çıkılarak hayatın olağan akışına göre beklenenden farklı ifade edilen istemi karşılaştırarak çözüm bulunmalıdır.

Hâkimin bağlı kalacağı talebi çalışmamızın ileriki bölümlerinde inceleyeceğiz. Ancak burada hemen belirtmeliyiz ki, Türk hukukunda Alman medenî yargılama hukukundaki gibi hukuki sebep bildirme ve bu sebeple bağlı kalma zorunluluğu bulunmadığı için[601] talebin ileri sürülmesinde,talep hukuki bir terimle ifade edilmişse ve talebin dayanağı vakıadan ayrı bir şekilde formule edilerek sunulmuşsa, bu sunumda gerçek iradesini yansıtıp yansıtmadığına bakılmaksızın hâkim bağlı kalacak mıdır? Kanımızca, hâkimin hukuku doğrudan uygulaması ilkesi ile taleple bağlılık ilkeleri burada çakışmakta, bu çakışmayı da hâkimin davayı aydınlatma ödevi gidermektedir. Hâkimin hukuk dili ile günlük dili uzlaştırıcı bir sorgulama ile tarafın gerçek talebini bularak, önce taraflara bu tespitini sunması ve sunumunun sonunda tarafın talebinin mevzuattaki karşılığı konusunda hem fikir olup olmayacağı değerlendirildikten sonra tahkikata geçmelidir. Bu da aslında yasanın gerekçesi ile izin verdiği müzakere ilkesinin uygulanmasından başka bir yol değildir.

[601] Üstündağ, Ders Kitabı, s.462 vd.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 4.6.1958 tarihli ve 15/6 sayılı kararında, bir yasa hükmüne açıkça dayanılmamış olduğu bir talepte, davacının zamanaşımı yönünden kendi lehine sonuç verecek yasa hükmüne dayanmak isteyeceği farz edileceği kabul edilmiştir. Bu durumda öğretide tarafın açıkça bir yasa hükmüne dayanmasına karşılık, dayanmadığı ancak olaya uygun başka bir yasa hükmüne dayalı karar verip veremeyeceği tartışılmıştır. Bu konuda Türk öğretisi hâkimin hukuku doğrudan uygulaması ilkesine göre bunun olanaklı olduğu konusunda hemfikirdir[602].

Öğretide, dava dilekçesinde hukuki sebep bildirmenin zorunlu olduğuna dair bir görüşe göre[603] ise Alman Hukuku'ndan farklı olarak Türk Hukuku'nda vakıalar dava sebebi olsa da, ferdileştirme görüşünü benimsemeden yani hukuki sebebi dava sebebi olarak kabul etmeden de hukuki sebep bildirmenin zorunluluğu kabul edilebilir. Avukatla takip edilen işlerde bu bildirimin zorunlu olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş temelinde, çok ayrıntılı bir normatif sunuştan çok, vakıalar ile hukuki sebep arasındaki bağlantınsını kurulacak kadar bir açıklamanın yapılması ilgili olduğu kadar ayrıntıya girilmesi gerektiği belirtilmiştir[604]. Bu görüş, hâkimin mülga HUMK 76. maddesindeki hukuku kendiliğinden

---

[602] Üstündağ, Ders Kitabı, s.464; Kuru-Dava Sebebi, s. 243; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.246; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 296, Kuru/Arslan/Yılmaz, s.308, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.163; Umar,Şerh, s.30 , Yılmaz, Şerh,C.I. s.902; Tanrıver-Usûl, s.365; Karslı, s.286; Atalı/Ermenek/Erdoğan,s.152; Postacıoğlu/Altay,s.179; Kuru,s.305; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.342

[603] Özekes, Muhammet: Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s. 745 vd.

[604] Yargıtay 2. H.D.'nin E. 2018/170 K. 2018/1342 sayılı T. 5.2.2018 tarihli içtihadında hukuki sebebi dava konusu ile iç içe değerlendirmekte, tarafın iradesini vakıa temelinde hukuki sebebi açıklattırarak netleştirmektedir, burada da gene hâkimin davayı aydınlatma ödevi bir araç olarak kullanılmaktadır:

"Davalı - karşı davacı erkek, dava dilekçesinde 75.000 TL maddi tazminat, talebinde bulunmuş, dilekçenin içeriğinde ise evlilik sebebiyle bütün masrafların kendisi tarafından yapıldığını beyan etmiştir. Mahkemece davalı - karşı davacı erkeğin maddi tazminat talebi, düğün sebebiyle yaptığı masrafların iadesi olarak kabul edilmiştir. Ancak davalı - karşı davacı, bu talebi hakkında nispi harç da yatirmamıştır. Davalı - karşı davacı erkeğin, maddi tazminat talebinin Türk Medenî Kanununun 174/1 maddesi kapsamında mı yoksa evlilik sebebiyle yapmış olduğu masraflara yönelik mi olduğunun mahkemece davalı - karşı davacıya açıklattırılarak (HMK m.31) tüm delillerin bu çerçevede değerlendirilip sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken; yazılı şekilde maddi tazminatın kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

Yargıtay'ın 1. Hukuk Dairesi'nin bir kararında da hukuki sebebi davada taraf kaynaklı olarak katmak istemekte, bu konuda da HMK 31. Maddesini temel almaktadır, "6100 sayılı HMK'nın 31. maddesinde belirtilen "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir" hükmü uyarınca öncelikle davacıdan davadaki talep sonucuna göre dayandığı hukuki sebebin açıklattırılması, davada dayanılan hukuki neden veya nedenlere göre önem sırasına göre taleplerin incelenmesi,tarafların iddia ve

uygulayacağı görüşü ile hukuki sebep olarak gösterilen sebebi hâkimin kabul etmek zorunda olmadığını kabul etmektedir[605]. Bu durumda, anılan görüş, hâkimin bu esastaki bağımsızlığının, davanın tarafını, hukuki sebep göstermekten kurtaramayacağını da ifade etmektedir[606]. Yargı organlarına başvuruda bulunurken görev, yetki, harç, yargılama usûlü gibi hak kaybına uğratabilecek konularda davacıdan ya da taraftan hukuk normunu bilmesini yasa koyucu beklerken, maddi vakıaya dair konuda aynı beklentide olması isabetli

---

savunmaları doğrultusunda araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması, taraf delillerin toplanması,toplanan ve toplanacak olan delillerin birlikte değerlendirilmesi ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken; hukuki sebep açıklattırılmaksızın ve hukuki niteleme yapılmaksızın, yazılı olduğu üzere iddianın kanıtlandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir." (E. 2014/4272 K. 2015/3272 T. 4.3.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi 5.8.2017) Kanımızca bu içtihat da HMK 33. maddesinin yani hâkimin hukuku kendliğinden uygulaması ilkesindeki hâkime yüklediği göreve göre çelişki yarattığını düşündürürken, aslında HMK 31. maddesini HMK 33. maddesinin uygulanmasına yardımcı olması için Yargıtay'ın bu bakışı ile uygulamada yerleştirmek istediğini kanısını bizde uyandırmıştır. Hâkim, 31.maddeye göre dava sebebi olan vakılardaki belirsizlik ve çelişkileri aydınlatacaktır, ancak tarafın beyanlarında bir hukuki sebep belirtmişse, bunun da 31. maddede yer alan "hukuki belirsizlik" kapsamında açıklığa kavuşturulması, tarafın iradesinin belirginleştirilmesi yönünden 33.madde ile çelişmeyecek şekilde kabul edilebilir.

[605]Yargıtay 8. H.D.'nin E. 2015/18156 K. 2018/9487 sayılı T. 19.3.2018 tarihli içtihadında "Davacı vekili dava dilekçesinde; davaya konu 176 ada 9 parselin davacıların murisinden miras kaldığını, davacıların murisinin bu yeri 1952 tarihli belgeyle ...'dan satın aldığını, davacı ...'un 1984'te tapu tahsis belgesi için başvurduğunu, ancak tahsisten sonra işlem yapmadıklarını, 14. Hukuk Dairesinin SİT alanları ve bu gibi alanlarda taşınmazların koşullar oluştuğunda tescile yönelik istemin hüküm altına alınması gerektiğini belirttiğini, davaya konu parselin istisnalar grubuna girdiğini,koşullar oluştuğu için davaya konu yerin kazanılması gerektiğinden tapunun iptali ile davacılar adına tescilini istemiştir. Bunun üzerine Mahkemece davanın dayanağının hangi hukuki sebep olduğunun davacı vekilinden açıklamasının istenilmesi üzerine, davacı vekilinin 18.12.2013 havale tarihli beyanında davacıların 20 yıl, hatta daha fazla zamandır davaya konu taşınmazı kullandıkları, davaya konu taşınmazların ...'ın devrinden sonra dahi 60 yılı aşan zaman geçtiğini, hukuki sebep olarak TMK 713 vs. maddeleri sebebiyle olağanüstü zamanaşımı ve de sair belgeler dolayısıyla mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tescilini talep ettiğini belirtmiştir. Davacı vekili ayrıca 22.01.2014 tarihli duruşmadaki beyanında TMK 713 maddesine dayanarak dava açtıklarını, yine 07.04.2014 tarihli duruşmadaki beyanında ise, 20 yıllık zilyetliğe dayanarak davayı açtıklarını beyan etmiştir.(…) O halde; davacının yukarda belirtilen maddeler doğrultusunda bunlardan hangisine dayandığının HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında net bir şekilde sorulup belirledikten sonra aynı kanunun 33. maddesinde düzenlenen "Hâkim Türk Hukukunu resen uygular." hükmü gereği hukuki nitelendirmeyi yaparak iddia ve savunmalar çerçevesinde toplanmış ve toplanacak delilleri tartışarak sonucuna göre bir karar vermesi gerekirken davacının TMK'nın 713 . maddesinin 1. ya da 2. fıkralarından hangisine dayandığı açıklattırılmadan karar verilmesi doğru görülmemiştir."(www.kazanci.com, erişim tarihi 5.5.2019) şeklinde belirterek benzer bir şekilde HMK 33'ü hâkimin görevi uhdesinde bırakacak, bunu gerçekleştirmek için HMK 31.madde uygulaması bir araç halinde değerlendirilmiştir.

[606] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, hukuki sebebe dair bir içtihadında, "Davacı nafaka talebini 23.03.2011 tarihli oturumda ileri sürmüş; nafaka talebinin tedbir ve yoksulluk nafakası olarak hukuki niteliğini açıklamadığı gibi, miktarını da belirtmemiştir. Mahkemece gerek nitelik gerekse miktar konusunda talep açık olmadığı halde; davacı yararına tedbir ve yoksulluk nafakasına hükmedilmesi doğru olmamıştır. Mahkemece yapılacak iş; davacıdan talep ettiği nafakanın hukuki niteliği ve miktarı konusunda hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK. md. 31) çerçevesinde açıklama istenilmesi, yapılacak açıklamaya göre davacının nafaka talebi hakkında bir karar verilmesi gerekirken; nafakalar konusunda yazılı şekilde karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olmuş; bozmayı gerektirmiştir."(E. 2011/12586 K. 2012/8165 T. 3.4.2012, www.kazanci.com, erişim tarihi 5.10.2018) şeklinde karar verirken, HMK 31. maddesini HMK 33. maddesinin hizmetinde uygulama alanı yaratmıştır.

görülmemiştir. Bu paralelde yetkili ve görevli mahkemeyi bildirmek ve bunu tespit etmek hukuki sebebi bildirmekten daha da kolay görülmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Anılan görüşe katılmamız tam anlamıyla bizce olanaklı değildir. Davayı aydınlatma ödevinden ayrı olarak usûle ilişkin tüm kuralların özellikle görev ve yetkiye ilişkin kurallarda yapılacak hataların esasa dair sonuçlar doğurması söz konusu olabilir. HMK'daki ilgili süreler içinde örneğin yetkisiz bir mahkemede açılmış davada yetkisizlik kararı üzerine, HMK 20. maddesi uyarınca verilen kararın gerekçeli kararında HMK 341. madde gereğince kanun yolları ve süresi gösterilmek zorundadır. Anılan sürede görevli ve yetkili mahkemeye başvuruda bulunma olanağı tanınan taraf böylece hak kaybına uğramayacaktır; ancak maddi hukuka ilişkin aynı yaklaşımın yani bilmemezliği mazur görmeme tavrının doğrudan usûle dair değil esasa dair, tarafın hak iddiasının aksine bir karar verilmesine neden olacağı görülebilir.

Yukarıda verdiğimiz ecri misil talebi-kira bedeli talebi arasında davacının terimsel bir yanılgıya düşmesi, belki davasının zamanaşımına uğramasına bile neden olabilecektir. Örneğin sulh hukuk mahkemesinde, kiracısını tahliye etmek için hukuki koruma isteminde bulunan kiralayan, dilekçesinin tamamında, sözleşme yerine oturma izni ve bunun süresinden, kiracısının kira bedelini ödemekte temerrüdü yerine, "çıkmamakta direnmesi" kavramından söz etse, bu halde hem görevli mahkeme hem de dilekçesinin terimsel içeriğinde yanılgıya düşmüş olduğundan söz etmek gerekecektir. Bu örnek temelinde görülebilir ki, konu hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile doğrudan ilgilidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamı içine hangi konuların girdiği çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenecektir, ancak anılan ödeve yasal dayanak olan HMK 31. maddesinde maddi açıdan ya da hukuki açıdan belirsizlik olması halinde hâkimi pasif bir konumda tutmayıp, davanın aydınlanması için soru sormayı, açıklattırma yapmayı ve delil göstermeyi bir ödev olarak yüklemiştir. Madde lafzından tarafın hukuki sebep göstermesini bir zorunluluk gibi anlaşılmasına neden olacak bir izlenim bıraksa

da, tarafın bu anlamda bir zorunluluğu söz konusu değildir. Hâkim, yukarıdaki kira-ecri misil örneğimizde olduğu gibi, bir icra hâkimi ise, tarafa, "davalı ile aranızda sözleşme var mı?", " bir kontrat imzaladınız mı?", "aylık belli bir para karşılığı mı kullanım izni verdiniz?" gibi sorular ile hukuki belirsizliği giderebilecektir. Böylesi sorularla topladığı veriler ile taraflar arası sözleşme ilişkisinin olmadığını anlarsa, davanın reddine karar verebilecektir.

Hukuki sebep ile olay arasındaki ilişki talebin netleşmesi, belirli hale gelmesi açısından çok önem taşımaktadır. Belirsiz bir talebin somutlaşmasında olaylardan yola çıkılarak soyut normun içerdiği koşul vakıaya uygunluğu iddiasının yanı sıra bu koşul vakıaya soyut normun öngördüğü normatif sonucun talep ve dava malzemesi sunan tarafça istenip istenmediği araştırılacaktır. Sonuca göre de, hâkim tarafından karar verilecektir. Belirsiz talebin netleşmesinde, hâkim sorularının bir yönünde hukuki sebep de elbette yer alacaktır[607].

Hâkim, tarafların bir davada göstermek istedikleri uyuşmazlık tablosundan farklı bir tablonun varlığı halinde bile kendiliğinden ancak mevzuatta açık bir görevlendirme halinde araştırma yapabilecektir. Örneğin, davacı, davada uyuşmazlık konusu olarak bir trafik kazasında yaralandığını, kalıcı sakatlığa uğradığını, bu sakatlığın yüzde ile oranının tüm beden işlevleri açısından yüzde ile belli bir miktar olduğunu ileri sürüp, davalı zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan şirketin, ödenmesi gerekli, sorumlu olduğu belden düşük bir bedel teklif ettiğini ileri sürerek eda davası açtığında, davalı taraf da cevap dilekçesinde sakatlık oranını kabul etmesi halinde hâkimin, dosyayı sakatlık oranı tespiti için Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesi Başkanlığı'na kendiliğinden göndermesi taraf talepleriyle bağlılık ilkesine aykırı olacaktır. Hâkim, burada, vicdanen kanaat getirmese bile tarafların uyuştukları bu noktada aydınlatma faaliyetine dair çalışmalara başlaması yasa koyucunun istediği bir yargılama faaliyeti olmayacaktır. HMK 25. maddesi ilk fıkrasında taraflarca incelenmesi istenmemiş bir konu olarak bu konu değerlendirilmelidir.

[607] İyilikli, s.170, vakıaların ileri sürülmesi ve açıklığa kavuşturulması sınırlanmamalıdır. Vakıalar dışında, taraflarca dayanılmayan hukuki sebebin de tarafların müzakeresine açılması hukuki dinlenilme hakkı kapsamında kalacaktır Aksinin kabulü ise iddia ve savunma hakkına kısıtlama getirecektir.

Sonuç olarak, hâkimin taraf talebiyle bağlılığı ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasında işlevsel bir bağ söz konusudur. Tarafın gerçek iradesi ve buna bağlı olarak ileri sürülmüş talebi ile bağlı olarak hâkim, öncelikle bu talebi belirli ve yasa yollarında da denetlenebilir duruma getirmelidir. Hâkimi, tarafça ileri sürülen istemlere göre soyut norm ve delillerle birlikte muhakeme yaparak karar vermesi gerektiği için belirsiz ve çelişkili taleplerin belirsizliğini ve çelişkisini gidermesi sonucunda dava konusu belirli hale gelecektir. Bu belirlilik, talebi somutlaştıracak, hâkimin karar vermedeki sınırını çizecektir. Böylece, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin taleple bağlılık yönünden ilişkisi, bu ilkenin yani HMK 26.maddesinin uygulanmasında yardımcı olması ile karşımıza çıkmaktadır.

Taleple bağlılık kuralının, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantılı olduğunu düşündüğümüz bir başka görünümü de, HMK 119/1-(ğ)[608] bendinde yer alan "talep sonucunun açık olması" gereğidir. Dava dilekçesindeki talep sonucunun açıklanmasının istenmesi, "açık olmaması" durumunda ve "açıklanmaması" halinde davanın da açılmamış sayılacağına dair sonucun düzenlenmiş olması karşısında, hâkimi, davayı aydınlatma ödevi ile bağlantılı olarak soru sormak ve açıklattırmak açısından görevlendirmektedir. Bu görevin HMK 31.maddesindeki görevin yansımasından başka bir boyutu olduğunu söylemek güçtür. Bağlantı kendisini bu derece açık göstermektedir.

Talep, dava dilekçesinin ana unsurlarından biridir, hâkimin, tasarruf ilkesinde olduğu gibi tarafların iradelerinden daha fazlasına ya da değişiğine karar vermesi, kendiliğinden

608 "***Dava dilekçesinin içeriği***
MADDE 119- *(1) Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:*
a) Mahkemenin adı.
b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.
c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.
e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
f) İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.
g) Dayanılan hukuki sebepler.
ğ) ***Açık bir şekilde talep sonucu.***
h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.
(2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim ***davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır."***

harekete geçme ilkesinin istisna olduğu bir medenî yargılama sistemi açısından zıtlık oluşturacaktır. Talep, bu hali ile hâkimin karar verirken aşılmaması gereken bir sınır olarak kabul edilmesi gerektiği gibi, aynı zamanda hâkimin davayı aydınlatma ödevi için de bir sınır oluşturacaktır. Hâkim, tarafın talebinin daha ilerisinde bir delil sunulması, soru yanıtlaması ya da açıklama yapması için tarafa yönelmeyecektir. Örneğin, bir işçilik alacağı davasında, işçi 10.000 TL olarak tek kalem istemiş, dava dilekçesinin içeriğinde de kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretini gerekçeli olarak istemiş olduğunu belirtmiştir. Ancak 10.000 TL'nin ne kadarının hangi kalemden istendiği belirtilmemiştir. Bu durumda davacı işçi kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretini istediği halde, hâkimin talep sonucunu HMK 119/1-(ğ) bendine göre açıklattırmak istemiş, tarafa kalemler halinde açıklaması için süre vermiştir. Dava devam ederken, tanıkların dinlenmesi sırasında, hâkim, dava dilekçesinde talep edilmemiş olmasına karşın, vakıalar arasında işçinin çalışma saatlerinin de belirsizlikler içerecek şekilde ancak kavram olarak yazılı olarak yer alması nedeniyle gerek tanıklara gerekse davacı işçiye, gerekse davalı işverene çalışma saatlerini belirginleştirmek için çalışma saatlerini sorması, bu kapsamda bilirkişi raporu alırken fazla çalışma ücretini de rapora konu ettirmesi taleple bağlılık ilkesine aykırı olacaktır. Burada ince bir sınıra dikkat çekmek isteriz ki, dava malzemesi olarak, HMK 25.maddesi kapsamında taraflarca getirilme ilkesi uyarınca tarafça getirilen böyle bir vakıa, taleple bağlantısı kurulmadığı sürece anlam taşımayacaktır.

Talep olmadıkça, dilekçede ne kadar ne türde ne kalemde vakıa sunulursa sunulsun hâkimin kararına esas alamayacağını, bu nedenle de aydınlatma faaliyetine konu edilmesinin gerekmediği, bu yöndeki faaliyetin de usûl ekonomisine de aykırı olacağını belirtmek gerekir. Dava malzemesi hâkime, davayı aydınlatma ödevinde sınır çizse de, tarafın talebi ile örtüşmediği sürece davada tartışılması, değerlendirilmesi de doğru olmayacaktır. Hâkimin, böylesi bir durumda, tarafça açıklama yapılırken, örneğin, "kıdem tazminatı için 5000 TL, ihbar tazminatı için 3000 TL, diğer kalemler için 2000 TL" diyerek HMK 119.maddeye göre

açıklama yapması durumunda, bu kalemlerin içerisinde dilekçenin olaylar kısmında yer alan fazla çalışma kaleminin de dahil olup olmadığını, dahilse yıllık izin ücreti için ne kadar fazla çalışma ücreti için ne kadar istendiğini 119.madde yeterli gelmediği için gene 31.maddeye göre sorması gerekecektir. Bu anlamda, talep, dava malzemesi ile birlikte hâkimi aydınlatma ödevinde sınırlarken, bir yönden de dava malzemesini aydınlatırken yol gösterici olabilir.

V. Doğrudanlık İlkesi

Medenî yargılama hukukunda hâkimin delilleri değerlendirmesi, dava malzemesini ele almasının bizzat kendisince gerçekleştirilmesi, hem HUMK[609] hem HMK sisteminde ilkesel olarak benimsenmiştir. Madde başlığı olarak "doğrudanlık ilkesi" adı ile bir norm yer almasa da, HMK 197. maddesinin[610] gerekçesinde[611], madde başlığı "delillerin incelenmesi ve istinabe" olsa bile, bu normun "doğrudanlık ilkesini" düzenlediği yasakoyucu tarafından belirtilmiştir. Bu ilke, mehaz schZPO 155/3.maddesinde[612] düzenlemesini bulmuş, benzer

609 *"**Madde 241 –** Kanunun tayin ettiği istisnalardan maada hallerde deliller hâkim huzurunda istima ve tetkik olunur ve mahkemede veya haricinde icra olunan tetkikler ve muameleler tafsilen zabıt varakasına yazılır.*
Şahit ve ehlivukufla müddeasını ispat edecek taraf evvelemirde hangi hususa dair bunların isticvap olunacaklarını tayin eder.
***Madde 242 –** İki taraf istinat ettikleri bilümum vesikaları müfredat pusûlası ile beraber mahkeme kalemine verir. Bunlardan hâkim tarafından tetkika şayan görülenleri dosyasına vazı ile diğerleri iade olunur.*
İbrazına karar verilecek vesika, ibraz edecek taraf yedinde bulunmuyorsa iş bu kanun ahkamına tevfikan celp ve tetkik olunur. Tahkikat hâkimi icabına göre vesikanın diğer bir mahkeme marifetiyle tetkikına da karar verebilir.
***Madde 243 –** İki taraftan her birinin beyan eylediği deliller mümkün olduğu kadar aleni celsede tetkik olunur. Bu suretle tetkikatın ikmali kabil olmazsa ikmali için icap eden celseleri hâkim tayin eder."*

610 **"*Delillerin incelenmesi ve istinabe***
***MADDE 197**- (1) Kanunda belirtilen hâller dışında, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Zorunlu hâllerde, bazı delillerin incelenmesi başka bir duruşmaya bırakılabilir.*
(2) Başka yerde bulunan ve mahkemeye getirilemeyen deliller, o yerde istinabe yoluyla toplanabilir.
(3) Delillerin incelenmesi veya beyanların dinlenmesi sırasında taraflar, istinabe olunan mahkemede hazır bulunabilir ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabilirler. Bu hususu sağlamak için, taraflara incelemenin yapılacağı tarih ve yer bildirilir. Bu davet üzerine taraflar istinabe olunan mahkemede hazır bulunmasalar dahi deliller incelenir veya beyanlar dinlenir."

611 Hükümet Gerekçesi : "Bu madde ile 1086 sayılı kanunun farklı maddelerinde yer alan, delillerin incelenmesine ilişkin hususlar birlikte düzenlenmiştir-Birinci fıkrada, doğrudanlık ilkesinin de bir sonucu olarak, delllerin davaya bakan mahkeme huzurunda ve mümkün olduğunca birlikte ve aynı duruşmada inceleneceği belirtilmiştir. Ancak kanunun belirttiği hallerde bu ilkeden vazgeçilebilir…" (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 227)

612 *"**Art. 155 Beweisabnahme***
[1] Die Beweisabnahme kann an eines oder mehrere der Gerichtsmitglieder delegiert werden.

[2] Aus wichtigen Gründen kann eine Partei die Beweisabnahme durch das urteilende Gericht verlangen.

şekilde dZPO 355. maddesi[613] ve 357. maddelerinde düzenlenmiştir. Madde ile "unmittelbarkeit" ya da "beweisabnahme" terimleri ile "delillerin doğrudan toplanması " şeklinde ifadesini bularak, kural olarak benimsenmiştir[614].

Doğrudanlık ilkesi, öğretide çeşitli adlarla incelenmiştir[615]. Vasıtasızlık, doğrudan doğruyalık[616], doğrudanlık[617]biçiminde belirtilmiştir. Öğretide, ilkeye ilişkin yapılan bir çok tanık içerisinde, tüm bu tanımları da kapsar bir değerlendirmeye göre, doğrudanlık ilkesi, davanın açılmasından hüküm verilinceye kadarki tüm tahkikat aşamasının, karar verecek hâkim denetim ve gözetiminde gerçekleşmesinden sonra, toplanan kanıtların uzunca zaman geçmeden, bu kanıtlar içerisinde adil bir karar vermeye doğrudan katkısı olacak kanıtların mahkemece seçilmesini esas alan bir yargılama hukuku ilkesi olarak belirtilmiştir[618].

Doğrudanlık ilkesi, öğretide iki boyutta değerlendirilmektedir[619]. Bu ayrımda, objektif doğrudanlık ve subjektif doğrudanlık şeklinde bir ayrıma gidilmekte[620], davanın hâkiminin yargılama sırasında herhangi bir başka araç, makam kullanmaksızın delilleri toplaması ile HMK sisteminin gereği bir şekilselliği sağlayan ilke, aynı hâkimin topladığı delilleri gene bir aracı olmaksızın incelemesi ve kanaat elde ederek, karar vermesi ile maddi yani objektif

---

[3] *Die Parteien haben das Recht, an der Beweisabnahme teilzunehmen."*

(https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi 8.4.2018)

[613] ***"§ 355 Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme***
(1) Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozessgericht. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitglied des Prozessgerichts oder einem anderen Gericht zu übertragen.
(2) Eine Anfechtung des Beschlusses, durch den die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnetwird, findet nicht statt." (www.gesetze-im-internet.de, erişim tarihi: 8.4.2018)

[614] Arslan, Doğrudanlık, s. 116

[615] Arslan, Doğrudanlık,s.5, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.159, Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s.836, Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.189, Tanrıver, Usûl, s.365 , Karslı, s.294 , Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.153, Budak/Karaaslan, s.74, Kuru,s.307, Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.,342

[616] Kurt, Nesibe, Medenî Yargılama Hukuku'nda Doğrudan Doğruyalık İlkesi, Prof. Dr.Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 599

[617] Arslan, Doğrudanlık, s. 5 dn.1,2,3'deki kaynaklar

[618] Arslan, Doğrudanlık, s. 7; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.159; Erdönmez,Pekcanıtez Usûl, s.836; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.189; Tanrıver, Usûl, s.365; Karslı, s. 294; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.153; Budak/Karaaslan, s.74; Kuru,s.307; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.342

[619] Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz: Zivilprosessordung, 10.Auflage, München 1969, s.389

[620] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.159; Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s.836; Tanrıver- Usûl, s.366; Karslı, s.294; Kuru,s.307; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.342; Kurt, Doğrudan Doğruyalık, s. 599-625

doğrudanlık gerçekleşmiş olacaktır[621]. Bu doğrultuda, doğrudanlık ilkesinin üç özelliği olduğu belirtilmiştir[622]. Varlığının önemle arandığı düşünülen özelliklerden ilki, davaya bakan hâkimin değişmemesi özelliği[623] olarak ifade edilmiştir.Bu görüş dayanak olarak hükmü verecek hâkim ile delilleri değerlendirecek hâkimin aynı kişi olması gereğini benimseyerek, yargılama sırasında duruşma zabıtlarına geçen konularda, karar verecek hâkim tarafından yeniden bir değerlendirme yapılmamasının doğrudanlık ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür[624]. Bu olumsuzluğun ise hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi ile giderilebileceği ileri sürülmüştür[625]. Kanımızca, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile doğrudanlık ilkesine yönelik hak ihlallerinin veya doğrudanlık ilkesinin, ilkenin özü ile uyumlu olarak uygulanamaması durumlarının çözümü olması, medenî yargılama hukukuna egemen bir başka ilkenin ihlali sonucunu doğurabilir. Bu ilke, usûl ekonomisi ilkesidir. Anılan görüşe göre, hâkim tarafları yeniden ve dinlenen tanıkları yeniden dinleyebilecektir. Davanın gerçekten hâkimin hukuki değerlendirme yapma olanağı açısından elverişli kabul edilemediği ifadeler için, kanımızca, hâkimin davayı aydınlatma ödevine başvurulabilir. Ancak sadece doğrudanlık ilkesinin uygulanmasında taviz verilmemesi amacıyla hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanarak davaya yeni bakmaya başlayan hâkimin tüm tahkikatı baştan yapması, hem yargılama giderleri yönünden hem de yargılama süresi yönünden basit, ucuz ve hızlı yargılama yapılmasını amaçlayan[626] HMK 30. maddesinde de bu amacını normlaştıran usûl ekonomisi ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Objektif doğrudanlık ilkesi açısından, öğretide aranan şartlardan biri de delillerin toplanması ile karar arasındaki sürenin, kararı verecek mahkeme hâkiminin doğrudan edindiği

[621] Kurt, s. 602; Arslan, s.43
[622] Arslan, s.46
[623] Bolayır, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 195
[624] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 92; Bolayır, s. 195; Arslan, s.225
[625] Arslan, s. 230; Bolayır, s. 196
[626] Sarısözen, s.69-90

izlenimi zayıflatacak kadar uzun bir süre olmaması olarak ifade edilmiştir[627]. HMK 156. maddesi uyarınca, ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri ancak tutanakla olunabilecektir. Bu nedenle, yargılama sırasında ortaya konan her bir taraf ifadesi, taraf delilleri ve tüm fiili olgular tutanaktan bağımsız olarak hâkim zihnindeki durumu ile değerlendirilmesi, hâkimin davaya ilişkin vereceği kararda, gerekçe kısmında hüküm dayanağını kanun yolu ile denetimine açacağından kanımızca isabetli olmayacaktır.

Doğrudanlık ilkesinin bir başka gereği olarak, karar verecek mahkemenin araya herhangi bir araç girmeden, deliller hakkında kişisel kanaate ulaşmasının şart olduğu ileri sürülmüştür[628]. Hâkimin delilleri doğrudan değerlendirmesinin gerçeğin bulunma olasılığını yükselttiğini, dava konusu olayı dava dosyasından okuyan hâkimin, olaya dair bir fikre ulaşmasının, doğrudan delili değerlendiren hâkime göre, daha zor olduğu ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak da mahkemenin delile ulaşmasında, tanıkları dinlemesi gerektiği, bilirkişinin bu yönde bir faaliyetinin olamayacağı ifade edilerek, tanıkları bizzat mahkemenin dinlememesinin doğrudanlık ilkesine aykırı olacağı ileri sürülmüştür[629]. Bu görüşe katılarak ileri sürülen bir başka yaklaşımla da, delil ile hâkimin kanaati arasında yer alan her bir aracın, delilin ispat gücünü azaltacağı söz konusu olduğundan dava konusu olayla ilgili verilecek karara temel teşkil edecek olaylara dair somut bilgi veren ispat araçlarının dikkate alınması gereğine işaret edilmiş, dolaylı bilgi veren delillerden çok doğrudan ispatlayan delillerin nihai karara esas alınması gerektiği ifade edilmiştir[630]. Ayrıca tüm bu düşüncelere paralel olarak da HMK 197. maddesi ile şekli anlamda doğrudanlık ilkesine işaret edildiğinden, kanunen belirtilen haller dışında deliller olanak var oldukça birlikte ve aynı duruşmada davaya bakan hâkim tarafından değerlendirilecektir.

[627] Arslan, s.46
[628] Arslan, s. 53
[629] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.91
[630] Bolayır, 197

Doğrudanlık ilkesinin temelini teşkil eden bir başka esas da, hâkimin doğrudan doğruya incelediği delillere dayalı hüküm kurmasıdır[631]. Bu kapsamda ilke temelinde bu düşüncenin yer alması gereğini ileri sürenlere göre[632] uyuşmazlık konusu hakkında hâkimin karar vermeye yeterli bir kanaate ulaşmasına dair düşünce, sosyal bilimlere yönelik değerlendirme ölçümlemelerin kesinlik taşıyamayacağından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, HMK 198. maddesinde de işaret edildiği üzere hâkim delilleri serbestçe değerlendirecek[633] ve bu nedenle sadece kanaati ile de karar vermesi yeterli olmayacaktır. Doğrudan inceleme ve edinilen kanaatin birlikte varlığı aranmaktadır. Bu kapsamda, "olayın" tam tespitinin önemine vurgu yapılarak HMK'daki bazı yetki kurallarının[634] doğrudanlık ilkesine isabetli uygulanabilmesi için düzenlendiği, yasa koyucunun, hâkimin bu ilkeyi uygulaması ile doğru karar vermesine verdiği öneme işaret edilmiştir[635].

Hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığının esas alınması ilkesel olarak kabul edilse de yanılma olasılığı her insan gibi hâkim için de geçerlidir. Gerek edineceği kanaati, karar aşamasında aynı kuvvetle yansıtamayacağına dair olasılık, gerekse hâkimin özel dünyasında söz konusu olabilecek etkenler nedeniyle,delil ve taraf ifadelerinden edindiği kanıyı ve yaptığı yorumu isabetli bir şekilde karara yansıtamayabilir. Bu nedenle, tanıkların dinlenmesi ve keşif başta olmak üzere delil ile doğrudan temas edilen durumlarda, hâkimin, takdiri bir delili ele alması durumunda da, kanımızca mutlaka denetime elverişli bir şekilde delil değerlendirilmelidir[636]. Hâkimin zihninde kalan, fiktif unsurlar kanun yollarında

[631] Arslan, s.55
[632] Blomeyer, Arwed: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, çev. Turgut Akıntürk, AÜHFD, C.XV,S.3-1,S.167, Arslan, s.55
[633] Alman Medenî Yargılama Yasası 286 ve 294. Maddeleri ve İsviçre Medenî Yargılama Federal Yasası 137. Maddeleri kapsamında aynı düzenleme vardır.
[634] HMK 12,15,16. Maddelerinde düzenlenen
[635] Arslan, s. 57; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 127 vd.; Alangoya/Dener Yıldırım/Yıldırım, s. 98 vd.; Kuru/Yılmaz/Arslan, s.175; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.159; Tanrıver, Usûl, s.366; Karslı, s. 295; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.154; Budak/Karaaslan, s.75; Kuru,s.307; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.342
[636] Davanın aydınlatılmasında keşif ve tanık delinin birlikte değerlendirilmesine dair Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin şu içtihadı kanımızca önemlidir, "Şöyle ki; taşınmaz başında yapılan keşifte dinlenen mahalli bilirkişi ve tanık anlatımları bu kısımların kime ait olduğu, kim tarafından ne zamandan beri ne şekilde kullanıldığı, davacı taraf lehine zilyetlikle kazanım koşullarının oluşup oluşmadığı hususlarında son derece

değerlendirilemez. Keyfilik riskinin olanak oldukça yargılamada giderilmesi, adalete olan güven ve kamu düzeni için de gerektiğinden, hâkim takdirinin ve hâkim yorumunun tüm destekleyici objektif verileri ile dava dosyasından anlaşılması gerekir. Bir başka durum da, hâkimin, gene bir insan olması, doğal ve sosyal bir çok nedenle hak ve fiil ehliyetini yitirme olasılığı ve riski ile karşılaşmasının söz konusu olduğudur. Bu durumda, usûl ekonomisi ilkesinin korunması da gözetilerek denetime elverişlilikten taviz verilmemesi gerekir. Örneğin, bir dava konusu olanın tek tanığı vefat ettiğinde, davaya bakan hâkimin de dava sırasında hak ve fiil ehliyetini yitirmesi durumunda ilgili uyuşmazlık çözüme gerçek verilerle kavuşturulamayacak demektir. Böylesi olumsuzlukların giderilmesi için, örneğin yukarıdaki gibi tek bir tanık ifadesi alınırken, hâkimin dinlenen tanık ifadesinden hemen sonra tanıktan edindiği ve yorumuna esas aldığı tüm verileri duruşma zaptına yazdırtması yararlı olacaktır. Söz gelişi, tanık ifade verirken cebinden çıkarttığı bir yazılı metine, belli etmemeye çalışarak bakmışsa ya da "hâkim bey, annemin başı üzerine yemin ederim ki olayın oluşu…" şeklinde ifade verirken, bir dinleyicinin "annen ölü değil mi?" şeklinde bir soru sorması üzerine tanık, "dur şimdi sus" demişse, tüm bunlar hâkim zihninde kalmaması ve yazılı bir şekilde dosyaya kalıcı olarak katılması gereken ayrıntılardır. Hâkim, böyle bir şekilde güven vermeyen tanığın ifadesini hükme esas almak istemiyorsa, bunu soyut bir ifade ile zapta geçirmekten ziyade duruşma salonundaki tüm gelişmelerin doğal tanığı konumundaki ve bu konumunu HMK

---

yetersiz olduğu gibi, anlatımlar birbirleri ile de çelişkili bulunmaktadır. Öte yandan; gayrimenkul davalarında yerel bilirkişi ve tanıkların taşınmaz başında dinlenmesi gerektiği halde, bir kısım taraf tanıkları da duruşmada dinlenilmiş, taşınmazın niteliği hususunda ziraat mühendisi bilirkişiden rapor da alınmamıştır. Hal böyle olunca; davacının iddiasına konu olup teknik bilirkişi raporunda (B) harfi ile gösterilen kısma yönelik davanın tescil davası olduğu göz önüne alınarak karar tarihinden önce yürürlüğe giren 6360 Sayılı Kanun'un 1. ve geçici 1/13. maddeleri nazara alınarak Kahramanmaraş Büyükşehir Belediye Başkanlığı ve Elbistan Belediye Başkanlığı davaya dahil edilerek bu bölüm yönünden taraf teşkili sağlanmalı, bundan sonra mahallinde yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen, davada yararı bulunmayan şahıslar arasından seçilecek yerel bilirkişiler, taraf tanıkları, fen ve ziraat mühendisi bilirkişiler huzuruyla yeniden keşif yapılmalıdır. Taşınmaz başında yapılacak keşif sırasında dinlenilecek yerel bilirkişi ve tanıklardan teknik bilirkişi raporunda (A) ve (D) harfleri ile gösterilen taşınmaz bölümlerinin geçmişte ne durumda bulunduğu, kim tarafından ne zamandan beri ne suretle kullanıldığı, davacı taraf yararına zilyetlikle kazanım koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususları etraflıca sorulup maddi olaylara dayalı olarak açıklattırılmalı, hâkimin davayı aydınlatma görevi çerçevesinde HMK'nın 31. maddesi uyarınca gerektiğinde kadastro tespit bilirkişileri dinlenilmeli, beyanlar arasındaki çelişkiler gerektiğinde yüzleştirme yapılmak suretiyle giderilmeli, teknik bilirkişilerden ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınmalı, bundan sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir." (E. 2015/7760 K. 2017/5795 T. 26.9.2017) (www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.9.2018)

157.maddesinden alan zabıt katibinden[637] zapta tüm detaylarıyla geçmesini sağlayarak yazdırabilecektir. HMK 154. maddesi "gerekirse" özet olarak yargılamada yer alan taraf ve ilgililerin açıklamalarının yazdırabileceğini düzenlemiş olup, kural, kanımızca tüm unsurları ve içeriği ile beyanların zapta geçirilmesidir.

Doğrudanlık ilkesinin bir başka boyutu da maddi anlamda doğrudanlık olarak belirtilmiştir[638]. Bu boyut şekli doğrudanlık ilkesinin, hâkimin delil tüketmesi yoluna dair sınırından öte, delil araçlarının seçimindeki yaklaşımı yönünden de bir esasın varlığından söz eder; bu çerçevede uyuşmazlık konusu olayı ispatlayan en yakın delil aracı, doğrudan delil olarak belirtilmiş, sonradan oluşturulan araç ise dolaylı delil olarak belirtilmiştir[639].

Maddi anlamda doğrudanlık ilkesinin iki temel özelliği olduğu ifade edilmiştir[640]. Bunlardan ilki, elde edilen deliller arasında dava konusu olayın çözümünü sağlayan en elverişli delillerin belirlenmesi, diğeri de toplanan delillerin hükme katkısının belirlenmesidir. Elverişli delil yönünden yapılan değerlendirmede, örnek olarak doğrudan görgü sahibi olan tanık dinlenebilecek iken dolaylı bilgi sahibi olan tanığın dinlenmesinin tercih edilmemesi gereğine işaret edilmiştir[641]. HMK sistemi içerisinde detaylı delil türlerine yer verilmiş olduğu görülmektedir; örneğin resmi sicil ve senetler, tapu kayıt ve sicil örnekleri, nüfus idaresinde tutulan kayıtlar, hâkimin olaya dair doğrudan temas etmeyip, dolaylı olarak bilgi sahibi olmasını sağlayan delillerdir. Maddi anlamda doğrudanlık ilkesine göre, böylesi kanıtların dolaylı delil kabul edilmesinin ve ötesindeki delillerin varlığının, örneğin tanık delilinin, tercih edilmesi ve doğrudan delil olarak böylesi takdiri delillerin kabul edilmesinin HMK sistemi ile bağdaşması tam anlamıyla kabul edilemez düşüncesindeyiz; zira bir nikahın

[637] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.96; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.135; Akkan, Pekcanıtez Usûl, s.399; Umar-Şerh, s.45; Yılmaz-Şerh,C.II.s.2087; Tanrıver-Usûl, s.311; Karslı, s.192; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.77; Budak/Karaaslan, s.213; Postacıoğlu/Altay, s.92; Kuru,s.68; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.109
[638] Arslan, s. 57
[639] Stein, Friedrich/Jonas, Martin/ Berger, Christian: Zivilprozessordung, 21. Auflage, 1999, s.355, Rdnr.4, Reichel, s.66; Rohver, s.47,63 (nakleden, Arslan,s,58, dn.197) ; Kurt, s. 603; Bolayır, s. 196
[640] Arslan, s. 59
[641] Arslan, s.61

meydana gelip gelmediği, nüfus kayıtları ve ilgili Belediye'ye ait kayıtlar varken, doğrudan delil arayışı ile tanık dinlenmesi kanımızca resmi sicil ve senetlerin aksi ispatlanana kadar doğruluğuna dair kurala aykırı olacaktır. Bu konuda öğretide noter tarafından kayıt altına alınan ikrarın, resmi belge ve dolayısıyla kesin delil niteliğinde olduğu belirtilmiş, bu görüşe karşı nitelikteki Yargıtay'ın bir içtihadı[642] eleştirilmiş, eleştiride noter belgesinin mahkeme dışı ikrar gibi değerlendirilemeyeceği, kesin delil vasfının olduğu ifade edilmiştir[643].

Maddi anlamda doğrudanlık ilkesinin bir diğer boyutu da toplanılan delillerin karara etkisinin belirlenmesidir. Bu konuda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi kural olmakla birlikte, kesin deliller ile bağlı olacağı ve kesin deliller yönünden takdir yetkisinin olamayacağı kabul edilmiştir[644]. Bu kapsamda, kesin deliller arasında uyuşmazlık konusu olayı aydınlatmaya uygun olanı ve uyuşmazlığın çözümü için en yararlı olanı hâkimin tespit etmesi gereklidir[645]. Ancak bu şekilde bir değerlendirmede hangi delili diğerine üstün tuttuğunu gerekçede açıklaması HMK 297. maddesi gereğince zorunludur.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile doğrudanlık ilkesi arasında çok sıkı bir bağlantı olduğunu belirtmek olanaklıdır. Doğrudanlık ilkesinde yukarıda da incelediğimiz gibi hâkimin delil ile bağı kurulurken, "kanaat elde etme" olgusu üzerinde durulmuş, bu kanaatin de, isabetli karar verebilmesi için gereğine işaret edilmişti. Bu anlamda, aşağıda incelenecek olan, aydınlatma araçları kullanılırken, hâkim aslında kanaatini oluşturmaktadır. Örneğin tarafların isticvabında, vekili de aşarak, maddi anlamda doğrudanlık gereğini de yerine getirerek[646] uyuşmazlık konusu ve olayı tam anlamıyla korumaya yönelmektedir. Kanımızca,

[642] 6. Hukuk Dairesi'nin 5,3,2008 tarihli, 2007/2234 E. 2008/363 K. Sayılı içtihadı
[643] Ercan, İbrahim: Bir Yargıtay Kararı Işığında Mahkeme Dışı İkrarın Nitelendirilmesi, Prof.Dr.Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s. 837 ve aynı yönde Arslan, s.63
[644] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.380; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.389; Atalay, Pekcanıtez Usûl, s.1735; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.293; Tanrıver-Usûl, s.827; Karslı, s.490; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.497; Budak/Karaaslan, s.244; Postacıoğlu/Altay,s.608; Kuru,s.332; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.478; Arslan, s.65; Yıldırım, s.207; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes,s.265
[645] Arslan, s.67
[646] Arslan,s.154

her iki ilke de aynı hukuki yararın gerçekleşmesi için yasa koyucu tarafından yargılamaya egemen kılınmış olmalıdır. Her iki ilkenin gerçekleşmesi de maddi gerçeğin bulunmasını daha olanaklı, daha kolay hale getirmektedir. Ancak daha ötesi,yargılamanın daha adil olarak gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır. Adil yargılanma hakkının güvenceye alınmasında her iki ilke de etken ilkedir. Bu kapsamda taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi esas alınarak, sunulmuş bir delilin yararlı ve gerekli olup olmadığının, AİHS 6. maddesine egemen olan adil yargılanma hakkı kavramına daha uygun düştüğü ölçüde, değerlendirilmesinin ulusal yargı yerlerine bırakılmasının bir insan hak ihlaline neden olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, İnsan Hakları Divanı'na göre delillerin ileri sürülüş ve kabul usûlünün adilliğini takdir yetkisi ile sunulan bir delilin, gerçeğin ortaya çıkmasında yararlı ve gerekli olup olmadığının serbestçe takdiri ve ilgili delilin davada kullanılıp kullanılmayacağı konusunda ulusal hâkimin vicdani delil sisteminde yetkisinin önemli olduğu ifade edilmiştir[647].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevindeki amaçlardan belki en temeli hüküm kurabilecek kanaate ulaşabilmek olarak belirtilebilir. Doğrudanlık ilkesinde de bu amaçtan farklı bir yönde yasa koyucu hüküm tesis etmemiştir. İki ilke arasındaki fark ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevinde hâkimin taraf ifadeleri veya delillerdeki bir çelişki ya da belirsizliği gidermedeki ödevinin karar verecek hâkim olup olmadığının bir önem arz etmeksizin yerine getirilmesidir.

Örneğin, istinabe yolu ile bir tanık dinlenmesinde, dinlenmiş tanığın ifadesinde çelişkiler veya belirsizlikler olması durumunda, gene istinabe ile aynı tanığın ifadesi belirsizliği veya çelişkiyi giderecek soruların yöneltilmesi, istinabe olunan mahkemeden istenerek gerçekleştirilebilir. Bu durum, doğrudanlık ilkesindeki gibi bir istisna oluşturmaz. Doğrudanlık ilkesinde ise, kararı verecek hâkim ile delilleri değerlendiren hâkimin aynı

[647] Demircioğlu, s. 182

hâkim olması istenir. Oysa ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevinde, sözgelişi geçici bir görevlendirme ile bir hâkimin dava dosyasındaki tahkikat duruşmasında görev alması sırasında, taraf beyanlarında bir belirsizlik varsa bu belirsizliği soru sorarak açıklattırarak giderebilecektir. Böylece kararı verecek hâkim için de anlaşılabilir bir ifadeyi ele almasına da yol açmış olacaktır.

Sonuç olarak, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile doğrudanlık ilkeleri, kanımızca birbirleriyle çok yakın amaçlardan doğan, aynı amaçlara hizmet eden ancak istisnaları yönünden farklılıklara sahip olan, tamamlayıcı ilkelerdir demek kanımızca olanaklıdır.

VI. Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi[648] (Iura Novit Curia)

HMK 33.maddesi "Hukukun uygulanması" başlığı ile HUMK 76. maddesinin[649] sadeleşmiş bir düzenlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde metni ile hâkim Türk Hukukunu kendiliğinden uygulayacağını düzenlemiştir[650]. Madde, yargılamaya egemen ilkeler içinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde[651] Türk Hukuku teriminin, kanunların yanı sıra mevzuat ile örf ve adet hukukunu, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de kapsadığı ifade edilmiştir. 1086 sayılı HUMK'un 76. maddesinin ilk cümlesinin sadeleştirilerek alındığı, ancak 2. ve 3. cümlelerinin ise yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümler bulunması nedeniyle 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da bu konuda açıkça düzenleme bulunması nedeniyle, bu konuya maddeye yer verilmediği belirtilmiştir. Gerekçenin sonunda ise ilkenin hem maddi hukuk hem usûl hukukunu kapsadığı açıklanmıştır.

---

[648] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bolayır, Nur: Medeni Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi, İstanbul 2019

[649] *"**Madde 76 –** Hâkim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir. Ancak bir ecnebi hukukunun tatbikı lazım olan hallerde, buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur."*

[650] *"**Hukukun uygulanması***
***MADDE 33- (**1) Hâkim, Türk hukukunu resen uygular."*

[651] Budak, Kanun, s. 65; Yılmaz/Arslan/Taşpınar Ayvaz, Kanun, s. 83

Hâkimin hukuk kurallarını uygulaması kendiliğinden araştırma ilkesine tabidir[652]. Taraflarca, hangi hukuk kuralının ihlalinden dolayı mağdur olduklarını ileri sürmelerine bakılmaksızın davaya getirilen uyuşmazlık konusu olaylara uygun hukuki sebepler ve hukuk kuralları hâkimi bağlayıcı nitelik taşımazlar. İlgili kuralların bulunup belirlenip uygulanması Türk Hukukunun uygulanmasıdır[653] ve bu hâkimin görevidir. Bu anlamda dava dilekçesinde ve cevap dilekçesinde ya da diğer beyan ve taleplerde hukuki sebebin yanlış gösterilmesi, bir arada birkaç hukuki sebebin sunulması ya da hiçbir hukuk kuralına dayanılmamış olması, dilekçe bakımından bir eksiklik olarak değerlendirilmeyecektir[654].

---

[652]Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.355; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.163; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.182; Yılmaz, Şerh-C.I. s.902, Tanrıver-Usûl, s.369; Karslı, s.286; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.152; Postacıoğlu/Altay,s.179; Kuru,s.305; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s., 337, yabancı hukuk kurallarının bir davada uygulanması söz konusu olduğunda, uygulanacak hukukun tespit edilmesi, ilgili hukuk kuralının belirlenmesi de değerlendirilmelidir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinin I. fıkrası gereğince hâkimin Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku kendiliğinden tespit etmesi ve uygulaması gerekmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinin I. fıkrasının 2. cümlesinde de bu hususa işaret edilmiştir. Anılan hükme göre "hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir". "iura novit curia" ilkesinin yabancı hukuk bakımından geçerli olup olmadığı ve hâkimin yabancı hukuku nasıl tespit edebileceği incelenmelidir. Yabancı hukukun "*hukuk*" olduğunu kabul eden görüş ve uygulamaya göre yabancı hukukun ulusal hukuktan bir farkı bulunmamaktadır. Hâkimin, kendiliğinden uygulanacak yabancı hukuku tespit etmesi ve uygulaması gerekmektedir. Vatandaşlık, ikametgâh, mutad mesken, ika yeri, zarar yeri, ifa yeri, varma yeri gibi
bağlama noktaları yabancı hukukun uygulanmasını sağlamaktadır. Bu bağlama noktaları birer maddi vakıadır. Bu nedenle bağlama noktalarının taraflarca ispat edilmesi gerekmektedir. Bu durum HMK 25. maddesi gereğidir, Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 174; Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Figenmeşe ,İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.57; Yaşar, Tuğçe Nimet, Türk Mahkmelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 33, Issue: 2 , 75 – 114, Y.2013, s. 82, (Yabancı Hukuk) yabancı hukukun "*vakıa*" olarak nitelendirildiği görüş gereğince, hukuk, düzenlendiği devletin egemenlik sınırlarından çıkması ile "*hukuk*" olmaktan çıkmakta ve mahkemeler için bağlayıcı kuvvete sahip olmamaktadır. Mahkemeler için sadece millî hukuk "*hukuk*" niteliğindedir. Dolayısıyla yabancı hukuk davaya ilişkin bir vakıa olarak, davanın tarafl arınca ileri sürülmekte ve ispatlanmaktadır. Başka bir ifade ile yabancı hukuk vakıalar gibi delilin konusu olup ispata ilişkin hükümlere tabidir, Aybay, Rona / Dardağan, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması(Kanunlar İhtilafı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 113; Nomer, Ergin; Davada Yabancı Kanun, İstanbul Üniversitesi Yayınları,İstanbul, 1972, s.9

[653]Kuru/Arslan/Yılmaz,s.355; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.163; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.182; Yılmaz-Şerh, C.I. s.902, Tanrıver-Usûl, s.369; Karslı, s.286; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.152; Budak/Karaaslan, s.173; Postacıoğlu/Altay,s.179; Kuru,s.305; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.,346, ayrıca hâkim Türk hukukunu bilmek zorunda iken, yabancı hukuku bilmek zorunda değildir, taraflardan yardım istemesi, yabancı hukukun belirlenmesi, değerlendirilmesi gereğinin ortaya çıkması durumunda MÖHUK 2/I. maddesi gereğince taraflardan yardım isterken tarafların gerek çeviri sunması, gerekse uzman görüşü getirmesi (Yaşar, Yabancı Hukuk, s. 89 vd) de bu anlamda HMK 31.maddenin bir yansıması niteliğinde uygulanabilir. Çeviri metinlerinin ve uzman görüşünün delil değeri temelinde yapılacak değerlendirmede, bu olgunun 31.madddede yer alan "delil isteme" ödevi ile karşılandığı ileri sürülebilecektir.

[654] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.355; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.320; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s.1146; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.227; Umar-Şerh, s.141; Yılmaz-Şerh, C.I. s.902; Tanrıver-Usûl, s.630; Karslı, s.287; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.372; Budak/Karaaslan, s.173; Postacıoğlu/Altay,s.179; Kuru,s.305; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.296; İyilikli, s.173, öğretide hâkimin davayı aydınlatma ödevi

HMK 33.maddesinin hâkime yüklediği kendiliğinden araştırma görevine karşın, öğretide dava dilekçesinde hukuki sebep bildirilmesinin zorunlu olduğu ileri sürülmüştür[655]. Bu konuda gerekçe olarak, dava ve cevap dilekçelerinde hukuki sebeplerin zorunlu olarak yer almış olmasından yola çıkılmıştır. Tarafların istemde bulunurken olayları gelişi güzel bir şekilde değil, istemlerini haklı kılacak hukuki gerekçenin gerektirdiği ölçü ve tamlıkta yerine getirirse hedeflerine varabilmeleri gerektiği ifade edilmiş, hâkimin de karar verirken sadece olayların gerçekliğini değil, ayrıca o olayların gerçekleşmesine hangi hukuk kuralının hangi hukuki sonucu öngördüğünü de araştırması gerekeceği ileri sürülmüştür[656]. Bu konuda tarafların yanılması karşısında, hâkimin hukuku uygulaması ilkesi uygulanarak yanlışlığın düzeltilebileceği belirtilerek, tarafların göstermesi gereken çabadan kurtulmamaları istendiği ifade edilmiştir. Özellikle de, avukat ile takip edilen işlerde adaletin üçlü dengesinde esas unsurlardan olan avukatın hâkimden hukuk bilgisi açısından geri olduğu kabul etmemek gerektiği, bu dengenin sağlıklı kurulmasında, avukatın hukuki sebep göstermekten kaçınmasının önlenmesi gerektiği ifade edilmiştir[657]. Bu kapsamda HUMK 76. maddesine göre yapılan değerlendirmelerde, madde hükmünün hâkime yönelik bir söylem içinde olduğu, fakat tarafların yükümlülüklerini kaldırmadığı ileri sürülmüştür[658]. Hâkimin ise, sebeple bağlı olmadığı, farklı bir hukuki sebep ile vakıayı ele alıp karar verebileceği belirtilmiştir. Görüş, hâkimden ötede, tarafın yükümlülüğü noktasında odaklanarak "hukuki sebep bildirme" zorunluluğunu kabul etmiştir. Özekes tarafından ileri sürülen bu görüş, aslında yazarın ifadesi ile " tarafın malzemeyi ham hali ile mahkemenin önüne yığıp getirmesi, ham malzemeden üretim yapmasını beklemesi mümkün değildir" görüşü ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin daha elverişli ve taraflarla işbirliği haline yerine getirilebilmesine yönelen bir ilke

kapsamında sadece çelişkili ve belirsiz dava sebepleri hakkında hâkimin soru sorabileceği savunulurken bizce hukuki sebepler noktasında da bir çelişki veya belirsizlik varsa hâkim aydınlatma ödevi kapsamında bu konuları taraflara sorabilmelidir.

[655] Özekes, Muhammet: Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s.745 vd.(Hukuki Sebep)

[656] Özekes, Hukuki Sebep, s. 778

[657] Özekes, Hukuki Sebep, s. 775

[658] Özekes, Hukuki Sebep, s. 759

olması da mümkün olabileceğini düşündürmektedir. Bu görüş, aslında, tam olarak bizce reddedilemez konumdadır ve tutarlı bir görüş olduğunu düşünmekteyiz.

HMK 31. maddesi hâkime, sadece vakıalarla ve taraf beyanlarıyla sınırlı bir açıklattırma, tamamlatma ödevi yüklememekte, hukuki belirsizlik veya hukuki çelişki halinde de aydınlatma ödevi yüklemektedir. Hukuki sebebe dair tüm belirsizlik ve çelişkilerde de hâkimin aydınlatma ödevi söz konusu olacaktır. Örneğin, bir trafik kazası sonucunda reşit çocukları sakat kalan bir anne-baba açtıkları davada Türk Borçlar Kanunu 53/3. maddesi gereği destekten yoksun kaldıkları gerekçesi ile maddi ve manevi tazminat talep ettiklerinde maddi hukuk açısından "destekten yoksunluk nedeniyle manevi tazminat" ile TBK 56/son fıkrası gereğince beden tamlığı ihlal olunanın ve ağır derecede sakatlananın yakınlarının isteyebileceği manevi tazminat birbirinden farklıdır. Dava dilekçesinde "oğlum sakatlandı manevi tazminat istiyorum" şeklinde bir ifade bu durumda açıklama gerektiren bir ifadedir. Bu şekilde istem talep sonucunda rakamsal olarak ifade edilmiş ise gerekçesinin tespit edilebilmesi için davacının hukuki sebebinin açıklattırılması ile aydınlatma yapılabilecektir. Manevi tazminat talebinin hukuki sebebi, eğer, dilekçede sunulması zorunlu olarak kabul edildiğinde davacı tarafın ya talebini somutlaştırması için araştırma yapması gerekecek ya da bir avukat yardımından yararlanarak vekil ile temsili gerekecektir. Davacı, örneğimizdeki gibi oğlunun sakatlığı nedeniyle anne ve babasına mali destekte bulunamamasının doğuracağı üzüntüden kaynaklanan zararı kasteden manevi tazminat ifadesi kullanılmışsa, Türk borçlar hukukunda yeri olmayan bu istem konulu bir dava, manevi tazminat yönünden reddedilecektir.Ancak oğlunun sakatlığı nedeniyle sırf çocuklarının durumundan doğan bir manevi acı, elem, ızdırap söz konusu olup da manevi tazminat talep edilmişse, koşulları varsa, dava kabul edilebilecektir. Hukuki belirsizlik açıktır. Böylesi belirsizliğin giderilmesinden önce önlenmesi usûl ekonomisi ilkesinin daha etkin olarak gerçekleştirilmesini sağlayacaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, yargılamaya egemen ilkeler içerisinde, diğer ilkelerden

ayrı bir şekilde, HMK sisteminin, taraflarca yaratılmış bir aksaklık üzerine hâkim müdahalesini düzenleyen bir ilkedir.

Alman Hukuku'nda da ZPO'nun değişik yerlerinde düzenlenmiş olan, mahkemenin maddi dava yönetimine dair düzenlemelerin (ZPO eski metin md.139 ve md.278 par.3), merkezi bir norm içinde (ZPO md.139) bir araya getirilmesi gerektiğinden yasa değişikliğine gidilmiştir. Bunun, gelecekte; mahkemenin maddi dava yönetimi için "Genel İlke"yi ifade etmesi gerekmektedir. Maddi dava yönetimi için merkezi olarak ZPO md.139'un böylesi bir yeni düzenlemesi; mahkemenin - kanun yolları reformu temelinde güçlendirilmiş olarak ön plana çıkan - uygun ödevini vurgulamaya ve netleştirmeye de elverişli olarak değerlendirilebilecektir[659]. Bu düzenlemeler, yargılamaya egemen diğer ilkelerin, tarafların egemenliğini sağlayıcı, liberal yaklaşımın doğuracağı olası aksaklıkları, daha sosyal daha koruyucu bir şekilde, kamusal bir konumdaki hâkimi harekete geçirerek gidermiştir.

Hâkimin Türk Hukukunu resen uygulaması da benzer bir şekilde tarafların yaşam deneyimleriyle haklı oldukları bilincinde olmalarına karşın, hukuk bilimi verilerini tam olarak dilekçelerine yansıtamayabilirler. Bu halde hâkimin tarafsızlığından taviz vermeden tarafın sunduğu olayı, normlar dünyasındaki yerine zihninde yerleştirmesi gerekir. Yani hukuk kurallarından hangisine olayın isabet ettiğini, daha doğrusu, olaya hangi hukuk kuralını uygulaması gerektiğini kendisi belirlemesi gerekecektir. Bunu yaparken de,olayı kurala değil, olaya uygulayacağı kurala dair bir uygulama arayışına girmesi gerekecektir. Davanın tarafları, özellikle hukuki yararlarını kanıtlama adına, olaydan fiilen ayrılması, yukarıdaki manevi tazminat örneğinde olduğu gibi, çoğu zaman olanaklı olmayan hukuki sebeplerini sunmaları, Özekes'e göre zorunlu olarak, diğer yazarlara göre ise yararlı olarak gerekmektedir. Özellikle istem özetinin ve istem sonucunun somutlaşması hukuki sebepten ayrı düşünülememektedir. Taraflar her ne kadar, yasa dilinden ayrı terimlerle istemlerini

[659] Liu. 203

sunsalar da, hâkim aydınlatma ödevi ile bu istemi adeta "hukukçuların diline" çevirmektedir. Özekes'in de kanımızca, isabetli olarak belirttiği gibi[660], yargılamanın başında mahkemeye bir hukuki sebep ve dayanak sunmayan tarafın mahkeme kararını açıkladıktan sonra kanun yollarında mahkemenin neden hukuka aykırı karar verdiğini iddia edebilmesi de zor olacaktır. Bu sebeple hâkimin aydınlatma ödevi ile aydınlatacağı yön, belirgin hale getireceği konular içinde, hukuki sebep de yer almaktadır. Hukuki sebebin hiç sunulmaması halinde hâkimin yargılamayı taraf yerine ve belki de tarafın iradesine aykırı şekilde sürdürerek sürpriz karar vermesi söz konusu olabilecektir[661].

Kanımızca bu anlamda hâkimin hukuku uygulaması sırasında aydınlatma ödevini de gerektikçe yerine getirmesi taraflarca getirilme ilkesi ve taleple bağlılık ilkeleri gereği de isabetli olabilir. Bu kapsamda, tarafın, yukarıdaki örnekteki manevi tazminat isteminde, taraf, oğlunun sakatlanmasına dair bir üzüntü içinde değil de sırf kendi mali yoksunluğuna üzülüyorsa, manevi tazminat istemi de reddedilecektir. Böylece, hâkimin hukuku uygulaması talepler karşısında çıkmaza girdiğinde ancak aydınlatma ödevi ile çözümü bulabilecektir. Sonuç olarak, her iki ilke arasında tamamlayıcı bir işlevin bulunduğu bizce söylenebilecektir.

VII.Müzakere Ödevi İle İlişkisi

Müzakere ödevi**,** Alman medenî yargılama hukukunda ve İsviçre medenî yargılama hukukunda düzenlenmiş olan hâkime yüklenen bir görevdir. Bu ilke dZPO 370. ve schZPO'da 55.maddesinde yer almaktadır. mahkemeye, delillerin toplanmasından sonra delillerin sonuçları hakkında müzakerede bulunma görevi yüklenmiştir[662]. Burada yapılan müzakere ile taraflarla hüküm sonucu için bir pazarlık değil, hâkimin kendi kararını ihsası reyde bulunmadan mevcut dava malzemesine göre olası sonuçlarına dair tarafları bilgilendirme, buna dair karşılıklı iletişim içinde olması olarak değerlendirmek

[660] Özekes, Hukuki Sebep,s. 776
[661] Umar, Şerh, s. 142
[662] Arslan-Doğrudanlık, s.54 dn.170

gerekmektedir. Bu bilgilendirme, hukuki dinlenilme hakkını egemen ilke olarak düzenleyen HMK'nun 27. maddesinin de bir gereği olarak görmek gereklidir. HMK'nun 27. maddesine göre, tarafların yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olma hakları, buna karşılık da açıklama ve ispat hakları vardır, bunun sağlanması için hâkimin bilgi veren konumunda olması, buna karşılık da açıklamaları ve ispat araçlarını dosyaya kabul eden ve değerlendiren bir rolde olması gereklidir. Bu işlemler karşılıklı bir iletişim gerektirmekte ve bu iletişim bilgi-açıklama alışverişi şeklinde olacağından müzakere olarak nitelenmektedir.

Yargılamada gelinen aşamada, davanın aydınlanmadığını, davada belirsizlik ve çelişkilerin sebeplerini, bunların olası sonuçlarını belirtmek, 31.madde gereği sorular yöneltirken en azından, gelen yanıtların yeterliliği hakkında değerlendirmede bulunmak müzakerenin bir görünümü olacaktır. Hâkimi sadece soru soran, açıklama alan, delilleri istedikten sonra bu şekilde toplanan ve böylece değişen dava malzemesi karşısında tarafları 27.maddeyi yok sayarak bilgilendirmekten ve iletişim kurmaktan uzak duracağını ileri sürmek bizce isabetli olmayacaktır.

Tarafların hukuki sorunlarla ilgili olarak da dinlenmeleri gerekir. Hâkim, Alman hukukunda tek başına hukuki sorunları belirleyemez ve uygulayamaz, tam tersine hukuku, taraflarla birlikte belirlemek ve onlarla çok kapsamlı bir hukuki müzakere yürütmek zorundadır. Müzakere ödevi; tarafların getirdiği vakıaların hukuki takdirine yönelik değildir. Mahkeme; hukuki nitelemelerden bağımsız olarak hukuku uygulamaya yetkilidir. Ancak bu gene de hâkimin; tarafların nitelemelerinden farklılaşarak oluşturduğu kendi hukuki değerlendirmesini daha önceden hatırlatmadan ve tarafların davadaki hukuki sebebplerini dinlemeden sürpriz bir karar verebileceği anlamına gelmez. Kanunu bilmek ve doğru uygulamak hâkimin görevidir. Avukatla temsil edilmeyen taraf, genellikle hukuk bilimini bilemeyebilir. İyi avukatların da, zaman zaman hukuki tavsifleri gözden kaçırmaları ve hatta bizzat hâkimlerin hukuku yanlış uygulamaları mümkündür. Bu yüzden hâkim, hukuku tek

başına değil taraflarla birlikte belirlemeli ve uygulamalıdır. Tarafların da, hâkimin kararı için belirleyici önemi olan hukuki bakış açısına karşı tutum alabilme yetkileri vardır. Çünkü onlar dava özneleridir, nesneleri değil. Çünkü onlar söz alabilmeli ve kendi çıkarlarını ilgilendiren hukuki kararlar için etkili olabilmelidirler. Hukuki dinlenme hakkının, medenî yargılamada sağlanmış olması gerekir.

Müzakere ödevi, Türk Hukuku yönünden, çalışma konumuz olan hâkimin davayı aydınlatma ödevini düzenleyen HMK 31.maddesinin gerekçesinde söz edilmiştir. Gerekçeye göre, karşılaştırmalı hukuktaki gelişim ile işaret etme ve müzakere etme ödevi ile aydınlatma ödevinin bir arada değerlendirilmesi gerektiği belirtilmekle Türk hukukunda yerini almıştır. Bu konuda yeri geldikçe bu ödeve değinilecek, hangi konuda, ne şekilde uygulanacağı yukarıda da, kısmen değinilse de Alman Hukuku ile karşılaştırmalı olarak yer yer incelenecektir. Müzakere ödevinin, aydınlatma ödevi ile birlikte değerlendirildiği mevzuat, dZPO 139. maddesi olduğu için aydınlatma ödevinin Alman ve İsviçre Hukukundan birlikte etkilendiği kabul edilmelidir.

Alman hukukundaki müzakere ilkesi Türk medenî yargılama hukuku açısından Alman hukukundan farklı olarak HMK 31. maddesinde açıkça madde metninde somut olarak öngörülmemiştir. Ancak gerekçede açıkça hem işbirliği hem de müzakere ilkelerine atıfta bulunulmaktadır ki, bu durumda Türk medenî yargılama hukukunda müzakere ilkesinin var olduğu kabul edilmelidir[663]. Bu ilkenin sınırları yönünden, hâkimin davayı aydınlatma

[663] Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin E. 2015/99 K. 2017/6642 sayılı T. 21.11.2017 tarihli içtihadında, "Bilindiği üzere; 6100 Sayılı HMK'nın 31. maddesinde '' Hâkimin davayı aydınlatma ödevi '' başlığı altında; '' Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. '' düzenlemesine yer verilmiştir. Bu madde ile Hâkimin, maddi anlamda davayı sevk yetkisi düzenlenmiş, taraflara sorular sorma, işaret ve müzakere etme ödevi ile, ileri sürülen vakıalardaki eksikliklerin tamamlanması amaçlanmıştır.(…) Somut olayda, mahkemece davacı tarafından ileri sürülen maddi vakıaların yeterince aydınlatılamadığı, davaya konu edilen taşınmazların tam anlamıyla tespit edilemediği ve tespit edilen taşınmazlar yönünden ise devirleri gösterir resmi akitler getirtilmediğinden hangi suretle devredildikleri saptanmadan sonuca gidildiği anlaşılmıştır.
Hal böyle olunca, 6100 Sayılı HMK'nın 31. maddesi uyarınca davacı tarafa hangi maddi vakıalara dayandığının ve hangi taşınmazları dava ettiğinin açıklattırılması, tespit edilen davaya konu taşınmazların devirlerini gösterir resmi senetlerinin dosyaya celp edilmesi, devirlerin ne şekilde yapıldığının saptanması, ondan sonra HMK'nın 33. maddesi uyarınca eldeki davada hangi hukuksal nedene dayanıldığının belirlenmesi ve varılacak sonuç

ödevinin sınırları ortak sınırlar olarak görülebilmelidir. Bir başka belirtilmesi gereken nokta da, hâkimin kanısını değiştirmesi durumunda tarafları hukuki güvensizliğe ve sunmaktan kaçındığı açıklamalarını sunmalarına neden olabilecek derecede sürekli hazır tutmak ya da hâkim ile diyaloglarında hâkimin kanısını açıklamaya dair hâkime ima ve baskı yapmaya tarafları yöneltmek da, hukuki güvenlik yönünden doğru olmayacaktır.

Müzakere ilkesinin benimsenmesi ile hâkimler arasında da karakteristik olarak taraflara uzak veya tam tersi işbirliğine yatkın olan hâkim görünüm ve uygulamalarına neden olmuştur. Eski-liberal dava modelindeki taraf müzakeresi yanlısı hâkim tipi yani pasif hâkim tipi, gelişim süreci içinde daha etkin olan bir hâkimlik anlayışına geri dönmüştür. Ancak taraf müzakeresi taraftarlığının tam karşıtı olan tip yani kapalı ve otoriter müzakereci anlayış, çağdaş medenî yargılama hukukuna uymamaktadır. Sadece sorular yönelterek anlattırmak ve kendisi çok konuşmak diğerlerini ise çok az konuşturmak ya da hiç konuşturmamak yani tarafların hâkim-taraf diyaloğuna katılmalarını çok düşük tutmak eğilimi; otoriter müzakereci hâkim yaklaşımı için belirleyicidir. Bir de, yanına çekinerek varılacak kadar mesafelilik, soğukluk ve önyargılılık buna eklenince, davanın görülmesinin; yargısal bir doyum eylemi olduğu, tek konuşanın kendisi olduğu bir hâkim tipinden söz edilebilir[664]. Günümüzde, sosyal hukuk devleti görüntüsüne denk düşen ve açık ve işbirliği yanlısı hâkim olarak nitelenebilecek müzakereci hâkimin ortaya çıkmasıdır. Bu açık, müzakereci hâkim için belirleyici olan nitelik; monolog değil diyalogdur. Egemenlik vasıtaları da aynı şekilde geri plana gitmektedir. Hâkim; davanın tarafları ve müdahillere katılmaları için fırsat verir ve ihtiyacı olan bilgileri sorular sorup alacağı yanıtlarla değil daha ziyade avukatların, tarafların ve tanıkların ortak çalışması yoluyla elde etmeye çalışır[665]. Taraflar ve tanıklar ayrıntılı olarak

çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. " demekle müzakere ilkesinin de Yüksek Daire tarafından benimsendiği anlaşılmaktadır.

[664] Wassermann, s. 154
[665] Wassermann, s. 154

beyanda bulunmaya cesaretlendirilir ve avukatlar, yeni hukuki nitelemelerde bulunma, varsayımları açıklama ve maddi olgularla olsun hukuki sorunlarla olsun başa çıkma fırsatı elde ederler. Bu anlayıştaki hâkimler için diğer belirleyici nitelikler; maddi gerçeklere bağlılık yani düşük bir duygusallık, aşırı olmayan bir mesafeli duruş ve baştan karar vermeme anlayışıdır. Mahkeme üyeleri, gelişmeleri izlemekle yetinmeyecek kendileri de işe müdahale edecektir. Mahkeme başkanı katı değildir tersine esnektir ve dava katılımcılarının değerini düşürmez aksine onlara, bilgi ve değerlendirmelerini davaya koyabilmeleri için fırsat verir. Kapalı değildir ve dava belgelerinden çıkardığı izlenimin dava boyunca aynen sürmesine değil yeni seçeneklere ve meselenin yeniden konumlandırılmalarına açık olmaya özen gösterir. Kapalı müzakere biçiminde; kapalı sorular (evet-hayır soruları) ağırlıkta iken ve yönlendirici sorular sorulurken yeni-liberal, işbirlikçi müzakere yöntemi; açık uçlu sorular sorma biçimiyle ve hâkimin, maddi olayları veya hukuki tavsifleri gizlemediği aksine açığa vurduğu bir konuşma biçimi belirler. Hâkimin başat konumu; iletişimsel konuların gerektirdiği ölçüde göreceli duruma gelir. Bununla diyalog, işbirliği, uyum ve gerekirse uzlaşmaya varılmaya çalışılır[666].

Müzakere konuşmaları; katılımcıların anlama kapasitesine uygun olmak zorundadır. Bir konuda konuşmanın amacı ancak; konuşmanın muhataba ulaşmasıyla değil içeriğinin de kavranmasıyla gerçekleşmiş olur. Doğaldır ki, bilgi alışverişi alışkanlıkları ve sözlü ve yazılı ifadeleri algılama yeteneği; muhatabın sosyal konumundan bağımsız değildir. Bundan dolayı alt katmanlarla üst-orta katmanlardan olan hâkimler arasındaki sosyal kökenden kaynaklanan iletişimsel gerilimler çok fazladır. Bu durumda hâkim; hukuk alanına özgü dilin kavramlarını günlük konuşma diline çevirmek göreviyle karşı karşıyadır. Duruşmalarda sadece kendi iletişim ve dengeleme görevini fazlaca önemseyen hâkimler iletişim sorunlarından dolayı

[666] Wassermann, s. 154

başarısız olabilirler[667]. Mahkeme; uyarılarını yaparken, taraflar uyarıların anlamını bilemeyecekse, alan dili yerine günlük konuşma dilini kullanmalıdır. Avukatla temsil edilmeyen ve hukuk bilgisinden yoksun olan taraf; mahkemedeki somut durumlarda, hukuki meselenin kendisi için anlaşılır biçimde ifade edilmesine muhtaçtır. Bir de taraflar veya avukatlar; uyarıları, konunun bağlamı içinde bir anlamla eşleştirebilecek durumda değillerse mahkemenin kavramların anlamlarını bir bütünlük içinde açıklığa kavuşturması gerekir. Taraflar uyarıları yanlış anlamışlarsa mahkeme bunun doğrusunu belirtmelidir[668].

VIII.Teksif İlkesi İle İlişkisi

1. İddia Ve Savunmayı Değiştirme-Genişletme Yasağı İlişkisi Yönünden

HMK kapsamında teksif ilkesinin bir sonucu olan iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, görülmekte olan bir davada dilekçeler aşamasından sonra taraflarca ileri sürülen beyanlar ile hâkim ve taraflar arasındaki ilişkide davada ortaya konulan irade beyanları, açıklamalar ve buna bağlı usûli yansımaları ile ilgilidir. Bu temelde, dilekçeler aşamasında ileri sürülen olayların ve istemlerin farklılaşıp farklılaşmaması bu ilkenin denetleyeceği konu olarak karşımıza çıkar. Teksif ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki ilişki, birbirlerine tam olarak bir örtüşme veya bir birine kaynaklık etmekten çok hâkimin davayı aydınlatma ödevinin teksif ilkesi ile sınırlanmış olup olmadığı incelenmelidir.

Öğretide, iddia ve savunmanın teksifi ilkesi[669] olarak ifade edilen teksif ilkesine göre, iddia ve savunma belirli bir usûl aşamasına kadar davaya getirilebilecektir[670]. İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına konu eylemden anlaşılması gerekenin,

[667] Wassermann, s. 159; Liu, s. 130, İşbirliği ilkesi varsa, mahkeme bir yandan ZPO md.139'a uygun olarak, sosyal bakımdan daha zayıf olanlar, belli bir alanda uzmanlaşmamış avukatlar ve bir de mahkemeler konusunda bilgi ve deneyimden yoksun kişi-taraflar lehine dengeleyici bir hukuki ve maddi konuşma yapmalıdır. Öte yandan da taraflarla veya avukatlarla iletişimci, işbirlikçi, açık ve çalışmada ortaklaşmacı bir müzakere konuşması yapmakla yükümlüdür.
[668] Liu, s. 157
[669] Tanrıver-Usûl, s. 362
[670] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 156

dava öncesinde var olup, taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları yeniden ileri sürme ya da eskisinin yerine, yenisinin getirilmesi olarak ifade edilmiştir[671]. Bu aşamanın bitiminden sonra ortaya çıkan öngörülemeyen maddi vakıaların eklenmesi söz konusu ise, davayı değiştirme ve genişletme yasağı söz konusu olmayacaktır. Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verildiği aşamada var olan ve öngörülebilir olup da dava dilekçesinde belirtilmemiş olan vakıa, vakıalar zincirine zımnen dahil ise, yeni dilekçelerde bildirilen ana vakıalar grubunu açıklıyor, tamamlıyor ya da gerekçelendiriyorsa bu yeni vakıanın sonradan yargılamaya sokulması da bu yasak içinde değerlendirilmeyecektir. Bu açıklamalar ve eklemelerin ana vakıa ile çelişmemesi gereklidir. Ancak bu yeni vakıa, bağımsız bir zincir niteliği taşıyor yani dava dilekçelerinde bildirilen vakıalara zımnen dahil değilse, onları açıklayan tamamlayan ya da gerekçelendiren nitelikten yoksunsa bu yeni vakıanın sonradan yargılamaya sokulması davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında kabul edilebilecektir[672].

İspat yüküne dair bir sınır olarak HMK 139. maddesi ile getirilen sınıra karşın, hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği tahkikat içinde, HMK 31. maddesine göre, delil sunulmasına engel olacak bir sınırdan söz etmek olası değildir. Süresinde sunulmamış bir delile karşılık, hâkimin HMK 145. maddeye göre izin vermesi hatta 31. maddeye göre delil sunulmasını istemesi olanağı varken, deliller yönünden de teksif ilkesinin var olduğu kabul edilmelidir. Delilin süresinde sunulması ana kural olup, 145. ve 31.madde yönünden delil sunulma olanakları istisnai ve koşula bağlıdır.

Her bir delil yönünden ayrı ayrı incelediğimiz sınırların yanı sıra HMK 140. ve 145. maddelerde düzenlenen sınırların da gözardı edilmemesi gerekecektir. Hâkimin süresinden sonra davanın aydınlanmadığı gerekçesiyle süresinde sunulabilecek iken sunulmayan

[671] İyilikli, s.152
[672] Üstündağ, İddia ve Savunma, s. 27

delillerin sunulmasına izin verecek şekilde bir aydınlatma faaliyetinde bulunması hâkimin tarafsızlığından da şüphe doğurabilecektir.

İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yönünden ise, dZPO 139. maddesindeki gibi, hâkime, tamamlama ödevi Türk Hukuku'nda hem HMK 31. maddesi hem de başkaca normlarla verilmemiştir. Örneğin, bir trafik kazasında, kazaya karışan araçta yolcu olarak bulunan davacının, araç sürücüsü ile kişisel bağı, neden araçta bulunduğu konuları, hatır taşıması savunması yönünden önemlidir. Davalı tarafın, böyle bir duruma işaret ederek savunma yapmaması durumunda, hâkimin bu noktayı müzakere etmesi, ya da konuyu olay olarak tamamlaması, maddi hukuk yönünden önemli olsa da, yargılama hukukunun amacı açısından yapılacak yoruma göre farklı değerlendirilecektir. Türk öğretisinde, bir defi olan hatır taşıması, zamanaşımı gibi savunmaların hâkim tarafından taraflara hatırlatılamayacağı ve teksif ilkesine göre uygun aşamada getirilmemişse, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile davaya getirilmesini olanaklı olmadığı, aksi durumun hâkimin yol göstermesi gerekçesi ile hâkimin reddi sebebi oluşturacağı yönünde görüşler ileri sürülmüştür[673]. Bunun sebebi de ve bu görüşlerin isabeti de Türk hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin "tamamlama ödevi" içermemesidir.

Öğretide de ifade edildiği gibi[674] hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amacı, adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesini sağlamak adına, davaya taraflarca getirilen vakıaların anlaşılabilirliğini sağlamak, ya da bu vakıalardaki çelişkili ya da eksik noktaların tamamlanmasını, çelişkisiz hale getirilmesini sağlamak olarak kabul edildiğinde, HMK 25. maddenin işaret ettiği gibi, yeni vakıa getirilmesi, taraflarca ileri sürülmemiş, iddia ve savunma sebeplerinin kendiliğinden davada hâkim tarafından tartışılması isabetli görülmeyecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bu yöndeki sınırı, taraflarca usûlüne

[673] Karaaslan, s. 182
[674] Schilken, 8 Rn. 35

göre, davaya getirilen vakıalar olarak kabul edilmektedir[675]. Alman Hukukunda da konu ile bağlantılı olarak belirtilmiştir ki, olayın dZPO md.139 par.2'deki anlamdaki maddi nitelendirmesi, tarafların ileri sürdükleri şekli ile olayı anlamayı değil sadece resen dikkate alınması gereken nitelendirmeyi ifade eder. Aksi takdirde hâkim; sürpriz kararlardan kaçınmak için, dZPO yd md.139 par.2'ye uygun olarak maddi tavsiflere yönelik olarak yapması gereken uyarıları yaptıktan sonra taraflarca dermeyan edilen maddi olguları da dikkate alabilirdi. Taraf eğer vakıanın kaynağını mantıklı tekil olaylar halinde bölümlere ayıracak durumda değilse hâkim, mantıklı tekil vakıalar beyanı için hatırlatmada bulunmak zorundadır ama bu konuda kendiliğinden delil ikame edemez[676].

İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, dava sebebi ve dava temeli kavramları ile iç içe olan, hareket noktasını da bu kavramlardan alan bir yasak olarak kabul edilmektedir[677]. Dava sebebi olarak vakıalara dayandırma teorisini benimsenmektedir ve Türk Hukukunda da baskın görüşün[678] bu yöndedir, öğretide verilen örneğe göre, davalının davacıya belli bir miktar para borcu bulunduğunu iddia ettiği bir davada, bu talebin hangi

[675] Simil, Sınırlar, s. 1361
[676] Liu, s. 150
[677] Üstündağ, İddia ve Savunma, s. 17 vd.
[678] İyilikli, Ahmet Can: Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi, TBB Dergisi, Y.2013, s.106, öğretide, dava sebebinin, dava konusunun temelini oluşturan hayat olayı olduğuna yazar hem fikir, karşı görüş Üstündağ, İddia ve Savunma,s. 4, bir başka görüş olarak da maddi vakıalara uygulanacak hukuk normunun soyut nitelikteki kurucu unsurlarını eksiksiz olarak karşılayan vakıaların oluşturduğu alan olarak belirtmektedir, Alangoya, Dava Temeli, s. 83. Bizce, hâkim taraflardan farklı olarak HMK 33. maddesi gereğince hukuku doğrudan uygulayacağından, öncelikle dava konusu ve istem sonucunu aydınlatmalıdır. Hakkın kaynağı, hukuk ise, hukukun kaynakları içinde norm olarak hangi norm bu hakkın doğumunda uygun olarak değerlendirilecek ise, davacının sunduğu olaylardan bu yönde bir değerlendirme yapılmalıdır. Davacı istem sonucu ve dava konusu ile ilgili olmayan fakat ilgili olabileceğini düşündüğü çok fazla sayıda olaylar örgüsü ve bağlantılı açıklamalar yapmış olabilir. Uygulamada özellikle avukatla temsil edilmeyen dava taraflarında istemle ilgisiz olay sunumuna sıkça rastlanabilmektedir. Özellikle boşanma davalarında nişanlılık aşaması ve hatta tanışma sürecinden gelen olayların gerçek boşanma sebebine gelene kadar anlatıldığı görülmektedir. Oysa ki, istem sonucunu haklı kılacak son bir yıl içindeki olaylar değerlendirilmektedir. Hâkimin dava sebebi olarak tüm olayları dikkate alması, her birinin ispatlanıp ispatlanmadığını değerlendirmesi bu nedenle isabetli olmayacaktır. Olaylar içinde, istem sonucunu haklı çıkarmayacak olayın sunulmamış olması hâkimin davayı aydınlatma ödevini uygulayarak son bir yıl içindeki boşanma sebebini sunmak yönünden taraflara soru sormasına, açıklama yaptırmasına da izin verilmesini gerektirmeyecektir ki, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile sınır teşkil ettiği bir örnek olarak verilebilir. Hâkimin boşanma sebebi oluşturan olay ile önceki olaylar arasında dava sebebi olayı resen ayırt etmesi gerekir. Hâkimin HMK 33. madde varlığını koruduğu sürece, dava sebebi olarak sunulmuş olaylardan hangisine dayanıldığını taraftan sorması doğru olmayacaktır. Böylesi bir soru, tarafı bazı olaylardan feragat etmeye zorlamak olarak yorumlanabilir ki, bu da 33. maddeye aykırı olacaktır.

ilişkiden doğduğunu belirtmemiş ise, davanın aynı dava olduğuna dair sorunda sadece taraflar ve sonuçtaki istemin ötesinde, olaylar yani vakıalarla beraber bir değerlendirme yapılması gereğine işaret edilmiştir. Davacı dava dilekçesinde ileri sürdüğü tek vakıadan doğan hakkından, aynı olaya bağlı başka bir hakka geçişi usûl ekonomisine göre olanaklı görmek mümkündür. Davacının davası, ileri sürülen istem sonucunun dayandığı vakıa, yarışan hak veya tek hak istemine olanak verse bile, tek vakıaya göre davanın reddi halinde bu istemlerin de talep edilmesi kabul edilmeyecektir[679], örneğin davacı dava dilekçesinde, arazisinin haksız olarak davalı tarafından işgal edildiğini iddia etmiştir, anak talep olarak hem ecri misil, hem tahliye hem de taşınmaza verilen zararın tazmini istemiştir. İşgalin haksız olmadığını davalı kanıtladığında, dava reddedileek olup, hem sayılan talepler hem de somut olayda başka doğan haklar varsa onlar da talep edilemeyecek, ayrı dava konusu edilemeyecektir.

Davada, belli bir usûl aşamasından sonra taraf değişikliği, taraf eklenmesi, dava sebebi olan olayların yani vakıaların değiştirilmesi veya eklenmesi, dava niteliğinin değiştirilmesi, istem sonucunun değiştirilmesi veya genişletilmesi iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamındaki usûli işlemler olarak değerlendirilmektedir[680].

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile birlikte değerlendirildiğinde, öncelikle hangi usûl aşamasından başladığı ve sürdüğü hangi temelde varlığının olduğu değerlendirilmelidir. Yazılı yargılama usûlü ve basit yargılama usûlü yönünden iki farklı aşamadan söz ederek değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

Yazılı yargılama usûlünde, davacı taraf ve davalı taraf, iddia ve savunmalarını dava ve cevap dilekçesinden sunduktan sonra, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde iddia ve savunmalarını değiştirebilecekleri gibi genişletebilirler(HMK m.141). İddia için cevaba

[679] Üstündağ, İddia ve Savunma, s. 43
[680] Yılmaz-Şerh, C.2, s.1977

cevap dilekçesi sunulduktan sonra bu yasak başlayacaktır. Madde gerekçesinde, HMK 141. madde yönünden Ön inceleme aşamasında tarafların iddia ve savunmalarının tam olarak aydınlanması, belirgin olması gerektiği, bunun öncelikle tahkikatın yürütülmesine yönelik olarak önem taşıdığı ifade edilmiştir. Gerekçe, "uyuşmazlık noktaları tam tespit edilebilsin" derken, aslında Ön inceleme aşamasından itibaren öncelikle "uyuşmazlık doğuran olayın" tam olarak çelişkisiz, eksiksiz ve belirgin olması gerektiğini düzenlemek istemiş olmalıdır. Bu yönü ile, dilekçeler aşamasındaki bu değiştirebilme olanağı, uyuşmazlığın yargılamaya aktarılırken, sözel olarak detaylandırılmasını, hâkimin uyuşmazlığa dair karar verirken, muhakeme yapabilirken, akıl yürütürken nihai bir aşamadan itibaren harekete geçebilmesini sağlayacaktır. Tahkikat aşaması, Ön inceleme aşamasını temel alarak, sunulan delillerin incelendiği bir aşamadır. Delilin değerlendirilmesinde yola çıkış, Ön incelemede "olgunlaşmış" olaydan olacaktır. Olayın meydana gelip gelmediği, olay içi unsurların var olup olmadığı yönündeki tartışmaların yapılabilmesi, delillerin olaya dair kanaat uyandırıp uyandırmamasının değerlendirilmesi tahkikatta olacağından, olayın dil ve algı açısından unsurları yönünden tam olması gereklidir. Bu aşamadan sonra "olay" yönünden veya "istem" yönünden meydana getirilebilecek herhangi bir farklılaştırma tahkikatın yönünü ve içeriğini etkileyecektir. Mantık yönünden değerlendirilince, olay değiştikçe ya da dava temeli değiştikçe tahkikatta ne tartışılacak, neyin ispatlanıp ispatlanmadığı ölçülecektir? Bu doğrultuda, davada bitmeyen bir süre, bitmeyen uyuşmazlıklar zincirinden söz etmek gerekecektir. İşte bu nedenle, tasarruf ilkesini de ihlal etmeyerek, konulan istisnayla sadece her iki tarafın açık muvafakatiyle bir farklılaşma yolu açılabilecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi yönünden, dilekçeler aşamasında, belirsizlik veya çelişkinin olup olmadığına dair tartışmanın meydana gelmeyeceğinden, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı açısından bir durumun ortaya çıkmayacağı, ancak bu aşamada da, dilekçeler üzerinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasına dair

kısımda inceleyeceğimiz gibi, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanması olanaklıdır; öğretide ifade edilen[681] iddia ve savunma malzemesi yönünden aydınlatma faaliyeti sonucu tarafların sunacağı beyanlar ve getireceği deliller açısından bu yasağın uygulanmayacağı yönündedir ki, biz de katılmaktayız.

İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, vakıalar ile ilgili olup, hukuki sebep ile ilgili değildir[682]. Bu nedenle hem dilekçelerde hem dilekçelerde, hem beyanlarda olsun, davanın her aşamasında, "hukuki sebep" değiştirilebilir; zira bu durum, HMK 33. maddenin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, dava açıldıktan sonra ortaya çıkan vakıalar yönünden de iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı uygulanmayacaktır[683].

Öğretide, egemen olarak belirtildiği üzere[684] davacının ileri sürdüğü vakıaya dahil olan bir konuyu belirtmeye dair açıklamaları, yeni bir vakıa olarak değerlendirilmeyecektir. Vakıanın delili olan konuların da açıklanması, belirtilmesi ve bir delilin gerçekliğine dair ispat araçlarının sunulması da iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağını ihlal etmeyecektir. Örneğin bir senedin delil olarak değerlendirildiği bir davada, senedin metninde geçen bir ifadenin belirsizliği karşısında, bu ifadenin aydınlatılması için tanık dinletilmesi veya uzman görüşüne başvurulması olanaklı görülmelidir. Bir vasiyette geçen ismin, vasiyet alacaklısının nüfus kaydındaki ismi değil de aile arasında bilinen ismi olması durumunda bu senedin davadaki taraf ile bağı araştırılırken, nüfus kaydı dışında yer alan bu ismin mesela bir etnik grupta kullanılan isim olduğu, aile arası isim ile nüfus kaydındaki isim arasındaki

[681] Karaaslan, s. 161
[682] Kuru, s. 187; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 300; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 346; Umar-Şerh, s. 414; Tanrıver-Usûl, s. 679; Postacıoğlu/ Altay, s. 476; Pekcanıtez, Usûl, C.2, s. 1250; İyilikli, s. 158, HMK 31. Maddesinin düzenleme sebebi, dava konusuyla ilgili doğru bilgiler verilebilmesi için davanın temelini oluşturan maddi vakıalar ile belirsiz ya da çelişkili görülen hukuki sebeplere ya da talep sonucuna ilişkindir. Dava temelini oluşturan maddi vakıalar konusunda her hangi bir tereddüt olmamalıdır ki, hâkim doğruya ulaşsın.
[683] Tanrıver-Usûl, s. 680; Yılmaz-Şerh, C.2, s.1978
[684] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 346; Umar, Şerh, s. 436; Tanrıver- Usûl, s. 680; Postacıoğlu/ Altay, s. 476; Pekcanıtez, Usûl, C.2, s. 1254

farklılığın bu nedenle oluştuğuna dair açıklama ve bu açıklamayı kanıtlayan delillerin sunulması iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına tabi tutulmamalıdır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi faaliyeti içinde iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının ihlaline neden olabilecek bir çok durum meydana gelebilir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, doğru bir zeminde yerine getirilmezse iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesine neden olabilecek usûli işlemlere yol açabilir. Tarafın açıklama yaparken, yeni vakıalar getirmesi, üstelik buna dair kanıt sunulmasının istenmesini de izleyen yeni delillerin dosyaya kazandırılması, ilgili davayı yönünden ve amacından, asıl uyuşmazlıktan uzaklaştıracaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin araçlarının uygulanmasının sonucunda, tarafların verecekleri yanıt, yapacakları açıklama veya sunacakları deliller ile asıl dava temeline, dava konusu vakıaları istemleri, değiştirmeleri veya genişletmeleri olası bir usûli tavır olsa da, böylesi bir durumda, hâkimin dikkatli olması, tarafı uyarması gereklidir. Açık muvafakat ile iddia ve savunma değiştirilip, genişletilebileceğinden diğer tarafın vereceği yanıtın da belirleyici olduğunu ifade etmek gereklidir. Açıklama yapan, yanıtlayan ve/veya yeni delil sunan tarafın karşı tarafı ifadelerdeki iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi durumunda açık muvafakat vermiş ise, iddia ve savunma genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı bu alanla sınırlı olarak, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir sınırı olarak değerlendirilmeyecek fakat böylesi bir muvafakat söz konusu değilse her ne kadar beyan/delil sunan tarafın karşı tarafı sessiz bile kalsa, hâkimin izin vermemesi veya dava içerisinde değerlendirmemesi gerekmektedir[685].

Yargılama sırasında, özellikle Ön inceleme ve tahkikat aşamalarında davanın tarafları stratejik bir öznel gerekçe ile veya gene kendilerince bir ihmal ile sunmadıkları çekişmeli bir vakıayı davaya katarak istedikleri dava sonucuna ulaşmak yolunu tutabilirler. Örneğin bir boşanma davasında tarafların toplum içinde küçük düşeceklerini düşünerek boşanma sebebi

[685] Aynı görüşle, Karaaslan, s. 161

oluşturabilecek veya boşanma kararı isteyen davacı tarafı daha fazla kusurlu gösterebilecek bazı olayları davanın Ön inceleme aşamasında veya tahkikat içinde örneğin tanıkların ifadelerine karşı yazılı olarak dilekçe ile beyanda bulunurken dile getirmesi durumu karşılaşılması olası bir durumdur. Böylesi bir olay katımı eylemi davada uyuşmazlığın odaklandığı durumları içeren vakıaları çelişkili veya hatta belirsiz duruma getirebilecektir. Aynı örneği somutlaştırdığımızda örneğin boşanma sebebi olarak zinayı hatta eşinin üçüncü bir kişinin birlikteliği nedeniyle çocuk sahibi olduğunu iddia eden davacının dava süreci içinde bu iddiasını resmi sicil ve senetlere yani nüfus kayıtlarına dayanarak kanıtlayamadığı üstelik tanık ifadelerinde buna dair bir beyanın geçmemesi üzerine davacı tarafın davalı aleyhine cinsel yetersizlik içinde bulunduğunu ileri sürerek davayı kazanma çabasına girmesi, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı olmasaydı çelişki yaratabilirdi. Davacı dava dilekçesinde davalı hakkında "cinsel ilkelerimiz ve sadakete dair görüşlerimiz uyuşmamaktadır, davalı tarafımı cinsel yönden mutsuz etmiştir" deseydi ve bu iddiasını Ön inceleme aşamasında da sürdürerek tahkikat aşamasına taşısaydı, bu aşamada tanıklara sorular sorulurken veya davalı hakkında bir sağlık kuruluşundaki kayıtların getirilmesini istediği sırada, hâkim davadaki bu vakıanın somutlaşmadığını fark ederek tahkikatı sürdürmeden "belirsiz" ifadelerin, yani davada bu aşamaya kadar her nasılsa böyle gelen dava temelinin aydınlanmasını sağlamalıdır. "Cinsel yönden mutsuz etmek" ifadesi ile ne anlatılmak istendiği, sadakate dair "ilke uyuşmamasının" ne olduğunu belirgin hale getirmeden tahkikatın sürmesi doğru bir yargılama faaliyeti de olmayacaktır, zira olay anlaşılmamaktadır. Cinsel mutsuzluk, sevgi sözcüklerinden yoksun bir süreç de ifade edebileceği gibi, yetersizliği, şiddet içermeyi de ifade edebilir. Hâkim, tarafa hiç soru sormadan somutlaştırma ödevine işaretle tarafı vakıayı netleştirmeye yönlendirmeden, belirsizliği tahkikatta anladığında, hukukun aradığı soyut normun düzenlediği alanda gerçekleşerek hak doğuran olaydan söz edilmediğini de görecektir. Dava sebebini ifade eden kavramsal açıklayıcı durum

ile dava temelindeki somut olay, farklı fakat soyut-somut derecesi içeren olgular olarak görmeli diye düşünülebilir. "Cinsel mutsuzluk" süregelen bir durumdur. Ancak somut bir olay değildir. Davanın sebebi olsa da, davanın temeli değildir. Cinsel yetersizlik içeren tarafların beraberliklerinin başarısız sonuçlandığı üst üste aylarca gerçekleşen birliktelikler dava temeli olan olay olarak kabul edilebilir. Bir başka örnek vermek gerekirse aynı evlilikte psikolojik şiddet uygulandığı dava dilekçesinde belirtilmiş olduğu varsayılan bir örnekte, buna kanaat getirmek için uyuşmazlık doğuran olayların da bilinmesi ve sunulması gereklidir. Örneğin eşi tarafından hakaretlere maruz kalan, bağırarak ürkütmeler yaşayan bir kişi, boşanma davasında hakaretin zamanını, içeriğini, yerini belirtmedikçe davada temel olacak bir vakıadan söz etmek mümkün olmayacaktır. Dava sebebinin vakıasız yani dava temelsiz olarak " vakıa" gibi tahkikata kadar taşınmış olduğu bir durumda ise, hâkimin soracağı vakıa belirginleştirme soruları aslında usûli yapıyı bozucu olabilir. Böylesi bir durumda, hâkimin Ön incelemenin tamamlandığına dair ara karardan rücu etmesi ve tahkikata geçmemesi gerekir. Geçti ise de sürdürmemesi doğru olacaktır. Dava dilekçesinin ne kadar açıklanırsa açıklansın, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile teması kaçınılmazdır. Somutlaştırma yükü kavramının önemi burada kendisini açık olarak göstermektedir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı arasındaki ilişkinin doğru kurulabilmesi, yani teksif ilkesi ile somutlaştırma yükü arasındaki ilişkinin doğru kurulabilmesine bağlıdır. Burada temel sorun, teksif ilkesini ihlal etmeden, bir koşul vakıanın davaya getirilme şekli ve zamanının nasıl olacağıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, Ön inceleme aşamasında, HMK 31. maddeye göre, taraflara davayı aydınlatıcı yani uyuşmazlık doğuran hak ihlaline neden olduğu iddia edilen olayları, soruları ve açıklama istemleri ile aydınlatmayı ihmal eden bir hâkimin bu ihmalini tahkikatta fark etmesi üzerine Ön incelemede getirilmemiş bir vakıa, tahkikatta getirilebilecek midir? Tanıkların dinlenmesi veya bilirkişi incelemesi yapılacağı sırada, hangi vakıa unsuru

araştırılacak ve gerçekliği sorgulanacaktır? Hâkime verilen, HMK 31. madde gereği bir ödevden söz edildiğine göre, yasakoyucu belli bir ölçüde tarafların kendilerini ifade etmekte zorlanmasını, hukuki değil günlük ve genel kavramlarla kendilerini ifade edebilir olmasını olağan gördüğünü, ancak bunun davada süregelmesi ve olumsuz sonuç doğurmasını kabul etmediği, sağlıklı bir yargılama olarak görmediğini değerlendirmiş olmalıdır ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkesini getirmiştir. Hâkim tarafların ifade acemilikleri, ifade becerisini davaya yansıtmamaları karşısında seyirci kalamaz ve soruları ile HMK 31.maddeden doğan araçları ile müdahil olmalıdır. Yasa gereği, hâkim etkin olarak "beyanların netleşmesine" katılabilecek iken, katılmamasından doğan olumsuz sonuçlara tamamen taraflar katlanmamalıdır. Ön inceleme aşaması tekrar edilerek hâkim uyuşmazlığın somutlaştırılmasına izin vermelidir. Bu gerçekleştirilirken de tarafın somut olmayan beyanı ile çizdiği "çerçeve sınır" aşılmamalıdır. Örneğin, "aracıma zarar verildi, psikolojim bozuldu" gibi soyut ama çerçeve çizen bir ifadenin aşılarak "araçtaki altının da çalındığını" iddia ederek somutlaştırma yapılması kabul edilmemelidir. Aslında, usûl ekonomisi gereğince, tarafların hazır olması halinde, tahkikat aşamasında da Ön inceleme aşamasına dönmeden vakıa tespiti yapılıp tarafların imzası alınabilir.

Somutlaştırma yükü ile, delillerin hasredilmesi ilkelerinin bağlantısı hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ilkelerinin sınırı ile aynı hukuki yerde kabul edilebilir. Bu usûli alanın tanımlanarak başladığı ve bittiği alanın belirginleştirilmesi sorunu çözücü olacaktır.

Öğretide, teksif ilkesi ile bağlı olarak delillerin hasrı ilkesinin benimsenmesinin HMK'ya göre doğru olup olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Ancak ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesine dair vakıa sunumu yönünden yasanın açık hükmü karşısında duraksama olmadığı söylenebilir. Bir olayın, yer-zaman-kişi unsurları ile bağlı olarak ortaya konulmasında, bu unsurlar başta olmak üzere belirginleştirme yani somutlaştırma

yapılmadan ispat faaliyetine girişilmesi mahkemece doğru algılanmadan karşıt tezler geliştirilmesine açılması söz konusu olmamalıdır[686].

Öğretide de aydınlatma ödevinin yerine getirilmesinde ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının ihlal edilmemesi gereğine işaret edilmiştir[687]. Bunun uygulanmasında, sadece tarafların ortaya koyduğu uyuşmazlık ilişkisini hukuki açıdan ele almak zorundadır. Tamamen yeni başka istemlere veya ikincil istemlere işaret etmek mahkemenin görevi değildir[688].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile somutlaştırma yükünün ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına temas ettiği noktada bir sorun doğumu söz konusu olabilir. Somutlaşmamış dava malzemesinin içerdiği belirsizliklerin veya çelişkilerin gideriminde dava veya/ve cevap dilekçelerinde yer alan olay sınırlarının aşılması durumunda teksif ilkesinin öngördüğü zaman sınırlarından sonra bu olayların tahkikata konu oluşturması halinde sorun ortaya çıkmaktadır. Somutlaştırma yükünün ihlali durumunda yaptırım olarak öğreti[689] ve Yargıtay kararlarında ispat yükünün yerine getirilmemesi nedeniyle esastan davanın reddedileceği, davalı tarafın yerine getirmemesi halinde ise, cevap dilekçesi sunulmamış sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu durumda, maddi anlamda kesin hüküm etkisinden söz edildiği sırada belirsiz ve çelişkili bir ifadede uyuşmazlık anlaşılamayacağından "gerçekleşmediği" kararı verilen olgu da gene belirsiz bir olgu olarak kalacak ve yansıma yolu ile yeni uyuşmazlıklar doğurabilecektir. Örneğin, bir olayın yer unsurunda belirsizlik söz konusu ise, böylesi bir durumda, davacı tarafın somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi halinde, davalının aynı türde, aynı tarihte ikinci bir eylemi dava konusu edildiğinde, ilk eyleme bağlı verilen red kararı maddi anlamda kesin hüküm olarak

[686] Tanrıver-Usûl, s. 797
[687] Börü, s. 106; Yardımcı, s. 230
[688] Rensen, s. 299
[689] Pekcanıtez, Usûl,s.1688 vd.

teoride etkilemese de uygulamada tüm etkinliği ile engelleyeceği açıktır. Öğretide, dava dilekçesindeki eksikliklerin kesin süre verilerek giderilmesinden başka yöntemler varsa öncelikle o yöntemlerin uygulanması gerektiği, örneğin taraf değişikliği ya da maddi hataların düzeltilmesi gibi yollar varsa bu yolların, eğer dava malmezemesi üzerinde belirsizlik ve çelişkinin varlığı sürmekteyse, dava dilekçesindeki unsurun olmadığı yönünde değil, unsuru var ama belirsiz kabul ederek davayı aydınlatma ödevinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir[690].

Somutlaştırma yükü açısından, dava veya cevap dilekçesinin olay unsurundan yoksunluğu nedeniyle şekil eksikliğine işaret edilerek HMK 119. maddedeki yaptırım ile yani davanın açılmamış sayılması yaptırımı ile davacı karşılaşmayacaktır[691]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında[692] bu duruma işaret ederek, davanın açılmamış sayılmasına karar verilemeyeceği, davanın esasına girilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu bakışla yukarıdaki gibi olayın unsurları yönünden belirsizliğin varlığı bir karmaşaya neden olabilme olasılığını içinde taşımaktadır. Öğretide, bu durumda, HMK 119/2. maddesi hükmünün kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir[693]. Bu durumda, eksikliğin tamamlanması için bir haftalık kesin süre verilecek, tamamlanmadığı takdirde dava açılmamış sayılacaktır. Bizce burada bir ayrım yapmak yararlı olabilir. Davacı dava dilekçesinde davalı ise cevap dilekçesinde, yazılı yargılamada da diğer dilekçelerde, her iki tarafça vakıa unsuru gene öğretide işaret edildiği gibi "kişi, zaman ve yer" yönünden belirginleştirilmişse delil ile vakıa arasında örtüştürme yapılmadığı, dolayısıyla somutlaştırma yükü ihlal edildiği ileri sürülerek davanın açılmamış sayılmasına gerek bulunmayacak, HMK 140. ve 145. madde uygulaması ile veya HMK 31. madde gereğinin yerine getirilmesi ile davada aydınlatma faaliyeti, teksif ilkesi ihlal edilmeden yapılabilecektir. Bu durumda bir kıyas dahi yapılması gerekmeyecektir. Ancak

[690] Özekes, Dilekçe, s.279
[691] Börü-Somutlaştırma, s.130
[692] 20.1.2016 tarihli 23-350/24 nakleden Yılmaz- Şerh, C.2, s.1820
[693] Yılmaz-Şerh, C.2, s.1818

dilekçeler aşamasında, olay unsurları yani yer-zaman-kişi unsurlarından yoksun bir olay sunumu sözkonusu ise, bu durumda az önce belirttiğimiz maddi anlamda kesin hüküm riskleri nedeniyle bu unsurları taşımayan bir dilekçe üzerine[694], var olmayan olayların varmış gibi ispata konu edilerek maddi hukuk tartışmalarının yapılması, davanın esastan yani maddi hukuk yönünden değerlendirilmesi doğru olmayacağından kıyasen davanın açılmamış sayılması isabetli olabilecektir.

Olay unsurlarındaki eksiklik aslında bir noktadan sakıncalıdır. Örneğin zaman unsurunun yokluğu, konunun zamanaşımı defiinin ileri sürülüp sürülmemesi noktasında önem taşıyacağı gibi, yer unsurunun yokluğu yetki konusunda tartışmaları zeminsiz bırakacaktır. Kişi konusundaki tartışmalara temel olarak, taraf sıfatı, husumet konuları da, kişi unsuru varsa yer alabilir. Olay yoksa, davada aydınlatılacak bir başka konu ikincil öneme sahip olacaktır. Olayın hak doğurup doğurmadığına, olayı aydınlattıktan sonra HMK 33.maddesi gereği bakılabilecektir. Olaya yeni olaylar veya dava değerini talep sonucunu arttıracak, değiştirecek eklemelerin yapılmaması için olayda "belirsiz unsur" ile "unsursuzluk" ayrımı tam yapılıp unsursuzluk durumunda hâkimin davayı aydınlatma ödevinden kaçınılarak olay yokluğuna olayın sunulmamışlığına işaret edilmelidir. Her ne kadar HMK'da yer almasa da, Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in 200. maddesinde[695] düzenlenen, usûl

[694] Özekes-Dilekçe, s. 288; Börü-Somutlaştırma, s. 130

[695] ***"Tensip tutanağı***

MADDE 200 – *(1) Davanın açılmasından sonra, dilekçeler aşamasının başında her dosya için bir tensip tutanağı düzenlenir. Tensip tutanağında yer alacak hususlar hâkimin takdirinde olmak kaydıyla; tensip tutanağının başına mahkemenin adı, mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa hangi sıfatla görev yaptığı, hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin ad ve soyadları ile sicil numaraları, tarafların kimlikleri ile T.C. kimlik numaraları, varsa kanunî temsilcileri ve vekillerinin ad ve soyadları ile adresleri yazıldıktan sonra aşağıdaki hususlara yer verilebilir.*

a) Dava dilekçesinin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 119 uncu maddesinde düzenlenen unsurları taşıyıp taşımadığının tespiti ile eksiklik bulunması hâlinde ne gibi işlemin yapıldığı.

b) Davanın türü.

c) Davanın tabi olduğu yargılama usûlü.

ç) Karşılıklı dilekçelerin ve eklerinin tebliği ile gerekli işlemlerin yapılması.

d) Tarafların, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 121 inci maddesi ve 129 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince delil olarak gösterdikleri belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermeleri ile başka yerden getirilecek belgelere ilişkin

ekonomisi ilkesi gereğince "tensip tutanağı" aşamasında, dilekçeler aşaması sürerken dava dilekçesi mahkemeye verildiğinde unsur yokluğunu tespit eden hâkim derhal HMK 27. madde gereğince davada gelinen bir aşamanın bildirilmesi kuralına dayanarak davacı tarafa dilekçesinde olaya dair unsur eksikliği bulunduğunu, davalı yanın bu dava dilekçesine teksif ilkesinin varlığı karşısında yeterli yanıt veremeyeceği, Ön inceleme ve tahkikat aşamalarının da unsursuz aslında "olmayan" olaya dayalı olarak yürütülemeyeceğini ifade ederek, davacı tarafa yeniden dava dilekçesi hazırlayıp sunması için süre vermelidir, burada da gene HMK 119/2. maddesine kıyasen bir haftalık kesin süre verilebilecektir. Zaman unsuru yönünden değerlendirildiğinde, davacının olayın zamanını belirtmekten davalı tarafından yapılacak bir zamanaşımı definden çekinerek, dava dilekçesinde olayın zamanını belirtmemesi üzerine, ikinci kez sunduğu dava dilekçesinde, yanlış ve yakın bir tarihi, sözgelişi zamanaşımı süresine olumsuz etkisi olmayan bir tarihi belirtmesi üzerine aslında yanlış olan tarihteki olaya işaret etmesi söz konusu olabilir. Örneğin bir trafik kazası 5.2.2007 tarihinde meydana gelmiş, dava TBK 72. maddesi ve buna bağlı olarak TCK 66. maddesindeki sürelerin aşılması ile 5.2.2018 tarihinde zamanaşımı süresinden sonra açılmış ise, bu durumda davacı X yerinde A ve B arasındaki trafik kazasını dile getirmişse, 5.2.2007 tarihi mi yoksa 5.2.2016 tarihi mi olduğu önemli olacaktır. Her iki taraf arasında sadece tek kaza olması, olayın başka türevlerinin olup olmadığını da araştırma yükü yüklemeyecektir. Üç boyutlu maddi bir bakışla, bir olayın evrende varlığı eni boyu hacmi ile değerlendirilirken, zaman kavramı içinde nerede ve ne

---

gerekli bilgileri vermeleri, davacının delilleri için gider avansının kullanılacağı, davalının gerekiyorsa tespit edilecek delil avansını da yatırması, tarafların bu hususları yerine getirmedikleri takdirde, basit yargılama usûlüne ilişkin hükümler saklı olmak üzere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 140 ıncı maddesinin beşinci fıkrası gereğince ancak ön inceleme aşamasında bu eksiklikleri tamamlayabilecekleri, aksi hâlde bu delillerinden vazgeçmiş sayılacakları.

e) Dilekçelerin tamamlanmasından sonra ön incelemenin duruşmalı yapılıp yapılmayacağına karar verileceği, ön incelemenin duruşmalı yapılmasına karar verilmesi hâlinde duruşma tarihinin dilekçelerin tamamlanmasından sonra belirleneceği ve avanstan karşılanarak bildirileceği.

f) Ön incelemede yargılamaya devam edilmesine karar verilmesi hâlinde, ön incelemenin sonunda ya da daha sonra tahkikat duruşması için gün verileceği.

g) Dosyanın durumuna göre gerek görülen diğer hususlar.

(2) Tensip tutanağının düzenlenmesinden sonra ilgili her aşamada gerekli kararlar verilerek işlemler yerine getirilir."

miktarda olduğu da önemlidir. Bir kuşun bir ağaçta bir zamandaki ötüşü ile başka zamandaki ötüşü farklı iki olaydır. Davacının, dava dilekçesinde kötüniyetle 5.2.2016 tarihini hâkimin uyarısı üzerine eklemesi durumunda dava sürecinde o tarihte X yerinde A ve B arasındaki trafik kazasının var olup olmadığı araştırılacaktır. 5.2.2016 tarihinde kazanın hiç olmaması, hatta 5.2.2007 tarihinden sonra A ve B'nin hiç karşılaşmamış olması durumunda bile, 5.2.2016 tarihi yönünden dava reddedilmelidir. 5.2.2007 tarihindeki X yerinde A ve B arasındaki kaza açısından ise, yeni bir dava açılması olanaklıdır. Bu davada davalı taraf zamanaşımı definde bulunabilecektir. Olayın bir başka boyutu da, aynı yer aynı şekil ve içerikte bir olayın aynı kişilerle tekrarlanmasıdır. Süregelen olayları zincirleme şeklinde gerçekleşmesi hukukta karşılık bulan bir durumdur, fakat burada zaman unsuru gene süreç halinde, başı ve sonu belirli, tek tek detaylandırıldığında ise zincirleme olayların içindeki her bir iç olayı için ayrı ayrı zamanlar söz konusu olabilecektir. Sürekli gürültü ile çalışan, meskun mahaldeki bir işletmenin faaliyet ruhsatına aykırı gürültüye neden olan gerekçeye, örneğin makine sesine dair müdahalenin meni davasında, örneğin 1.1.2015'den başlayan ve dava tarihine kadar süren, işletmenin her bir makinasının çalıştırılması ve durdurulması ile zincir halkası gibi içte olan olaylar silsilesinden söz etmek olanaklıdır.

Olayın doğru olarak yani yer-zaman-kişi unsurları ile sunulmasından sonra, maddi hukuktan doğan bir hakkın talep edilmesine göre, ispat yükü ve ölçüsü açısından hâkim HMK 33. maddeye göre hukuku resen uygulayarak olayda sunulmamış başka unsurları da 31. maddesine göre hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde belirgin hale getirebilecektir[696]. Teksif ilkesi ihlal edilmeden hâkimin davayı aydınlatma ödevinin

[696]Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ispat yükü yönünden yaptığı bir değerlendirmede, davadaki belirsizliği giderme yönünden hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantılı yaptığı yorumda konuda değinmiştir; "Öncelikle, ispat yükü ve hâkimin davayı aydınlatma yükümünün açıklanmasında yarar bulunmaktadır.Bilindiği üzere, ispat yükü kural olarak davacıya düşer; yani, davacı davasını dayandırdığı olguları ispat etmelidir.Yine, kural olarak herkes iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Kendisine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, kendisine ispat yükü düşmeyen diğer tarafın onun iddiasının aksini ispat etmesine gerek yoktur; o olgu ispat edilmemiş sayılır.Fakat kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, ispat yükü kendisinde olan diğer tarafın iddiasını ispat etmesini beklemeden, onun iddiasının aksini ispat için delil gösterebilir. İşte bu delile, karşı (

uygulanması da bu şekilde olabilir. Aynı örnekten yola çıktığımızda, 5.2.2007 tarihinde X yerinde A ve B arasındaki trafik kazasında A davacı olarak dava dilekçesinde B'nin tali yoldan aniden çıktığından söz etmemişse ve gene kavşakta çarpıştıklarını dile getirse, TBK 50. ve 51. maddeye göre hâkim, kusurun ispatını zarar görene ait olduğuna işaret ederek bu yöndeki delilleri sunması için, HMK 31. maddeye göre davacı tarafa süre verilebileceği gibi, davacının tali yoldan aniden çıkış yapan taraf olabileceğini değerlendirerek gene HMK 31. madde gereği ilgili yolun özellikleri için Karayolları Genel Müdürlüğü'nden bilgi alabilir veya keşif yapabilir, ya da kaza tespit tutanağından olaya dair A kendi lehine olan kadar bilgi verse de hâkim yeniden A ve B'ye yolun konumlanışını, hava durumunu, gece veya gündüz oluşunu, kaza saati ve dakikasını HMK 31. maddeye göre sorabilir. Kusurun ispatında, davacı kendi lehine olmayan kısımları belirtmese de, olayın içindeki ana unsurların yanındaki çevresel etmenler olduğu için bu konuların HMK 31. madde içinde ama teksif ilkesi sınırlarını

---

mukabil) delil denir.Taraflarca getirilme (hazırlama) ilkesinin uygulandığı davalarda, deliller kural olarak taraflarca gösterilir; hâkim, delillere kendiliğinden başvuramaz (Kuru, Baki /Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, 22. Baskı, s.377, 378). (…)Taraflarca getirilme ilkesi, hâkimin soru sorma ve davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) çerçevesinde yumuşatılmıştır (Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 2011, 11.Bası, s. 248 vd). (…)dosya içeriği ve toplanan delillerden; üzerinde bodrum, zemin ve 2 kattan oluşan bina bulunan 170 ada 15 parsel sayılı taşınmazın tarafların ve dava dışı paydaşların ortak murisi adına kayıtlı olduğu, binanın bir katını kendisi kullanmak, diğer iki katını ise kiraya vermek suretiyle davalı tarafından müdahalede bulunulduğu ileri sürülerek, eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Davalı ... ise daha önce kullanımında olan en üst katı yaklaşık 2,5 yıl önce terk ettiğini, zemin katın dava dışı paydaş Meryem tarafından kiraya verildiğini, orta katta ise; dava dışı paydaş Nureddin'in oturduğunu savunmuştur.

Yerel Mahkemece, yapılan yargılama sırasında taraflara delillerini bildirmeleri için yasal süreler verilmiş, davacı vekilince 14.12.2011 tarihinde tanık listesi verilmiş, yasal süre içinde davacı vekili tarafından başka delil bildirilmemiştir. Eldeki davada taraflarca getirilme ilkesi geçerli olduğundan Özel Daire bozma ilamında belirtildiğinin aksine taraflara yeniden delil bildirme imkanı tanınması, usûl ve yasaya uygun değildir.

Öte yandan, eldeki davada tüm paydaşları bağlayan harici taksim ya da tüm paydaşları kapsayacak şekilde fiili kullanım durumunun bulunup bulunmadığı tespit edilmemiş, taşınmazdaki katların kimlerin kullanımında olduğu, kiraya verilmişse hangi bölümlerin kim tarafından kiralanıp kira bedellerinin alındığı saptanmamış, davalı ...'ın taşınmazda kullandığı bir yerin bulunup bulunmadığı, var ise nereyi kullandığı, terk etmiş ise; hangi dönemde kullandığı açıklığa kavuşturulmamış, boş bina bölümlerinin bulunup bulunmadığı, davacının taşınmazda kullanabileceği yerlerin olup olmadığı belirlenmemiştir.Hal böyle olunca Mahkemece, yukarda belirtilen hususlar açıklığa kavuşturularak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; mahkemece davacının bildirdiği delillerin toplandığı ve dinlenen davacı tanığının taşınmazın kullanım durumunu bilmediğini beyan ettiği, bu sebeple davacının iddiasını ispat edemediği anlaşıldığından yerel mahkeme kararının onanması gerektiği ileri sürülmüş ise de; bu görüş kurul çoğunluğu tarafından yukarda belirtilen sebeplerle kabul edilmemiştir.Direnme kararı bu değişik gerekçe ve sebeplerle bozulmalıdır." (E. 2014/1-1066 K. 2016/532 T. 20.4.2016, www.kazanci.com, erişim tarihi 5.9.2018)

da aşmayan konular ve unsurlar olarak görmek, davaya HMK 31. madde araçlarıyla katmak kanımızca olanaklıdır. Böylece, dilekçeler aşamasında gizlenen bu türlü konular Ön inceleme aşamasında veya tahkikat aşamasında ortaya çıkan yeni detaylar ile davada değerlendirilebilir ve incelenebilir.

2.Deliller Üzerinde Teksif İlkesinin Olup Olmadığı Yönünden Konunun İncelenmesi

Deliller üzerinde teksif ilkesi ile yeni delil sunulması gerekleri arasındaki ilişki de incelenmelidir. Konuyu, HUMK'un yürürlüğü dönemi ile HMK dönemi arasında ayrım yaparak incelemek gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Teksif ilkesinin uygulama yönünden katı olarak uygulaması olup olmadığı temelinde değerlendirme yapılmalıdır ki, HMK dönemi ve HUMK dönemi farkları somut bir şekilde incelenebilsin. Aslında iki yasa arasındaki fark ve hâkimin davayı aydınlatma ödevindeki tereddüt yaratan, teksif ilkesinin varlığı ve uygulanışından kaynaklanmaktadır.

HUMK 75/3. maddesi ile HMK 31/son maddeleri arasında kapsam farklarının olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken teksif ilkesini aşarak tarafça dayanılmamış, dosyaya da bu nedenle kazandırılmamış delillerin, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile dosyaya getirilmesinin HMK açısından olanaklı olup olmadığından yola çıkılmıştır. Bu esasta, HUMK 75/3. maddesinin resen keşif ve bilirkişi delillerine başvurulmasından farklı olduğu da ileri sürülmüştür[697].

Teksif ilkesi, ne HUMK ne de HMK içeriğinde açıkça yasa koyucunun adını başlık olarak vermediği ancak mevzuatın getirdiği sistemde varlığı öğreti tarafından tespit ve kabul edilen bir ilkedir[698]. Yargının hızlanmasına yardım ettiği ileri sürülen[699] bu ilkeye göre, davacı

[697] Alangoya, Dava Temeli, s. 290

[698]Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.158; Üstündağ, Yargılama,s.252; Erdönmez,Pekcanıtez Usûl, s.809; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.204; Yılmaz-Şerh,C.II., s.1977; Tanrıver-Usûl, s. 362; Karslı, s. 285; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.127; Budak/Karaaslan, s.191; Postacıoğlu/Altay, s.169; Kuru,s. 283, Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.340; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes,s.265; Ulukapı, s.128

veya davalı tüm iddia ve savunma araçlarını belli bir usûl aşamasına kadar ve hepsi birlikte olarak ileri sürmek zorundadır[700]. Öğretide, bu ilke, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile birlikte açıklanarak böylece HMK 119/1. ve 141. maddeleri[701] beraber incelenmiştir[702]. İlke öğretide incelenirken, daha çok iddia ve savunmaya dair vakıalar üzerinde durulmuş, delillerin gösterilmesine dair değerlendirmeler eksik kalmıştır. HMK 146. maddesinde ise, açıkça, tarafların yasada belirtilen süreden sonra kanıt gösteremeyeceği de ilke olarak açıkça düzenlenmiştir. Bu da, teksif ilkesinin deliller açısından da kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıca, HMK 139. maddesinde ön inceleme duruşma davetiyesinde davatiyenin tebliğinden itibaren iki hafta kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi için gereken açıklamayı yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi halinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarna karar verileceği ihtar edilmektedir. 140. maddesi, 5.fıkrasında da ön inceleme duruşmasında, 139.maddeye göre yapılacak ihtara rağmen dilekçelerinde gösterdikleri belgeleri sunmayan veya belgelerin getirtilmesi için gerekli açıklamayı yapmayan tarafın bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verileceğine dair düzenleme getirmiş olmakla ve de 145. maddesinde[703] açıkça sonradan delil gösterilmesini istisnai olarak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan

---

699 Üstündağ, s. 252

700 Üstündağ, s. 253

701 *"**MADDE 141-** (1) 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.*
(2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır."

702 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 158; Karslı, s. 285

703 *"**Sonradan delil gösterilmesi***
***MADDE 145-** (1) Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir."*

gösterilmesine izin verebileceğini düzenlemiştir ki burada HMK sisteminde deliller açısından ana kuralın teksif ilkesi olduğu sonucuna varmak olanaklı görünmektedir. İlkenin gereği olarak, taraf delili ön inceleme aşamasından önce ve verilecek iki haftalık kesin süre içinde sunması gereklidir. Bu temelde, HMK açısından davanın taraflarının HMK 119. madde ve 139. maddelerindeki aşama ve sürelerden sonra yeni bir delil gösterilmesi ve sunulması kural olarak söz konusu olmayacaktır[704]. Öğretide, bir tarafın ispat yükü altında olduğu bir olayın ispatı için gereken tüm delilleri göstermesine ve başkaca bir delili olmadığını bildirmesi de, delillerin hasrı olarak tanımlanmıştır[705].

Delillerin incelenmesi öncesinde, yukarıdaki süre içerisinde sunulmamış bir delilin 145. maddeye göre 139. maddesi gereği verilen süreden sonra yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa ya da 139. maddedeki sürede sunulamaması, ileri süren dava tarafının kusurundan kaynaklanmıyorsa o delilin sonradan sunulmasına mahkemece izin verilebileceği düzenlenmiştir. Hâkimin bu yetkisi, davanın uzamasına neden olunmaması, makul sürede yargılama ilkesi gereklerine dikkat ederek kullanılması öğretide önemle belirtilmiştir[706].

HUMK yürürlüğü dönemindeki sistem ise, 75. maddesinin üçüncü fıkrasından başka 217/2. maddesi ve 378. maddesi düzenlemeleri dikkat çekicidir. Anılan hükümlere göre, davanın ispatı için delil sunulması gerekli ise, hâkimin vereceği süre içinde bunun gerçekleştirileceğini, ayrıca toplu mahkemelerde tahkikat hâkimince dinlenen tanıkların yeniden dinleneceği, bilirkişi incelemelerinin yeniden yapılacağına, tahkikat hâkimine sunulan vakıalara dair yeniden yeni deliller ile ispatın olanaklı olduğu da düzenlenmiştir. 378. maddeye dair, sadece toplu mahkemelerde değil, tek hâkimli mahkemelerde de uygulanmasının HUMK 75/2. maddesinin amacına uygun olacağı da ifade edilmiştir[707].

[704] Yılmaz-Şerh, s. 873; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 385
[705] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 391
[706] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 385
[707] Alangoya, İlkeler, s. 169

Anılan hükümlere ilişkin olarak da, hâkimin taraflardan delil sunmalarını istemesi gerektiği kabul edilse bile, belirli bir delile işaret etmeden, dava malzemesi ile sınırlı olarak HUMK 75/2. ve 3. fıkraları hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği, ispat edilememiş bir vakıa karşısında ispat yükü kendisine düşen tarafa başka bir delili olup olmadığını, eğer hasredilmiş deliller içinde belirtilmiş bir delil türü varsa, o delilin de sunulmasını emredebilmesi gerektiği ifade edilmektedir[708]. Yeni delil sunulmasının sınırı olarak da 75/3. maddesinin "iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere" ifadesi ile, hâkimin sadece tarafların vakıa ve talep olarak dosyaya getirdikleri dava malzemesi ile sınırlı kalacağının düzenlendiğinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir[709], dosyadan anlaşılamayan delillere de hâkimin bu nedenle başvurmasının kabul edilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

HMK 145. maddesi yönünden yapılan değerlendirmelerde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantısının olmadığı, hâkimin taraflardan tahkikatın sonuna kadar dava dosyasından anlaşılan delilleri sunmalarını isteyebileceğini, dosyaya sunulmayan deliller hakkında ise talepte bulunamayacağı ileri sürülmüştür[710].

Aynı paralelde bir görüş ise 145. maddeyi teksif ilkesi çerçevesinde yorumlamış, yasadaki usûl aşamasını aşacak şekilde delil sunulmasının istenemeyeceğini ve bu konuda süre verilemeyeceğini belirtmiştir[711]. Aksi yöndeki görüşe göre ise, 145. madde, taraflara yeni delil sunmalarına dair bir hüküm olmanın ötesinde, hâkimin dava dosyasına katılmamış olan delillerin ibraz edilip edilmeyeceğine dair taraflara anımsatabilmesine olanak yaratan bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir[712].

Son görüşe katılmamız olanaklı olmamıştır, zira her ne kadar HMK maddi gerçeğe ulaşmayı amaçları arasında saymış olsa da, teksif ilkesini usûl ekonomisi ilkesinin bir

[708] Kuru, C.II, s. 2022-2023
[709] Alangoya, İlkeler, s. 175, Karaaslan, s. 143
[710] Bolayır, s. 151
[711] Pekcanıtez/ Erdönmez, C.I, s. 832
[712] Karaaslan, s. 194

yansıması olarak kabul etmiştir. Tarafın elinde olduğu halde, sırf davada, davanın olası uzaması ya da kasten uzatmaya dair çabalar sonucunda uzattıktan sonra sunmayı erteleldiği bir delili getirmek için teksif ilkesini deliller yönünden yok sayabilecektir. Oysa ki 145. madde açıktır ve böylesi niyetlere izin vermeyecektir.

Hemen yukarıda sunulan teksif ilkesinin daha katı uygulanmasını savunan Erdönmez ve Bolayır'a ait olan aynı eserlerinde, HUMK 75/1-2. maddelerinin HMK 31. maddesine karşılık geldiğini ileri sürerek hatta neredeyse taraflarca getirilme ilkesini bu konuda uygulama alanı dışında görerek 31. maddenin taraflara başka delilleri olup olmadığının sorulması ile yetinilmeyerek, görülmekte olan davanın dosyasından ilgili delilin varlığı anlaşılmakta ise, tarafların ileri sürmedikleri ve dayanmadıkları delilleri dava dosyasına getirebilmeleri için hâkim tarafından karar verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir[713].

Bu tespitlere katılma olanağımız yoktur, zira burada hâkimin taraflara yol gösterme yasağını da ihlal etmesi söz konusu olabilecektir. 145. maddede ilk fıkrasında açık şekilde süre yönünden delil sunumunu sınırlamakta, devamında tarafın elinde olmayan sebeplerle sunamadıysa istisna getirmektedir. Elinde olup da beklemesi korunmayacaktır. Tarafa yol gösterme yapılması da, dava açılırken ya da cevap dilekçesi verilirken sunabileceği halde sunmadığı dava malzemesi yönünden eksikleri varsa 145. maddesi aşarak tamamlaması için olanak yaratılması da yasakoyucu tarafından istenmemektedir. HMK 31. madde ile 145. maddelerinin arasındaki bağlantı, 145. maddenin 31. maddenin bir yansıması olmasından doğmamaktadır. Bağlantı, 145.maddeye göre sunulan deliller üzerinde aydınlatma faaliyetinde bulunulabilmesine dair bir sınırlama teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Hâkimin, sunulan delillerin belirsizlik ve çelişki içerdiği durumda harekete geçerken kendisini sınırlayan 25. madde dışına rahatlıkla çıkarak resen araştırma ilkesinin koşullarına ya da teksif ilkesini yok sayarak taraflara sınırsız dava malzemesi getirme olanağı

[713] Pekcanıtez/ Erdönmez, C.I, s. 823; Bolayır, s. 146

yaratmasına yasa koyucu izin vermek isteseydi, bunu açık bir istisna şeklinde yapardı kanısındayız[714].

HUMK döneminde, uygulamada karşılaşılan önemli bir belirsizlik de, dava ve cevap dilekçelerinde deliller belirtilirken, taraflarca genelde delil türleri yazılmakta ancak somutlaştırılmamaktaydı, bu şekilde özellikle "ve sair deliller" ibaresi ile büyük bir anlaşılmazlık oluşturulmaktaydı. Bu şekilde, teksif ilkesinin, HUMK 75/3. maddesi ile de dolanılması sonucunu doğuracak şekilde ihlal edilmesi sonucu da doğmaktaydı. Bu temelde, yemin delilinin bu belirsizlik içinde hatırlatılıp hatırlatılamayacağı da öğretide tartışılmıştır. Bir görüşe göre, yemin delilinden önce tarafların iddialarının yemin delili dışındaki deliller ile ispatlamaya yönelip son çare olarak yemin deliline başvurulacağından, hâkimin hatırlatması gerektiği ileri sürülmüştür[715]. HUMK döneminde, Yargıtay da, bir çok kararında aynı görüşte içtihatlar oluşturmuştur[716]. Aksi yöndeki görüşler ise, yasada bu yönde bir açıklık olmadığını, tarafların açıkça dayanmadığı bir delili hâkimin hatırlatmasının olanaklı olamayacağını ileri sürmüşlerdir[717]. Aynı görüş taraftarlarınca , HUMK'un 3156 sayılı yasa ile değişik 179/3. ve 195. maddeleri tarafların davanın başında dava ve cevap dilekçelerinde delillerini açıkça göstermesi gerekli olduğundan, bu tür bir "sair delil" ifadesi de yerinde olmayacağı ileri sürülmüştür[718].

HMK sisteminde, yeni delil ibrazı veya delil sunulmasının hatırlatılması, HUMK sisteminden daha çok ve daha koşulları belirli olarak düzenlenmiştir. HUMK 378. maddesinin benzer bir hükmü ise, HMK'da yer almamaktadır[719]. Bu nedenle de, HMK 145. maddesi

---

[714] Benzer şekilde, HMK 31. maddesinin HUMK 75. maddesine göre daha kapsamlı olduğu, bunun gerekçesinin de 25. madde gerekçesinde de işaret edildiğine dair bkz. Karaaslan, s. 196 ve dn.244
[715] Kuru, C.II, s. 2503; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 346; Üstündağ, Ders Kitabı, s. 689; Üstündağ, Genişletme Yasağı, s. 71
[716] 9.HD, 2007/13211 E. 2008/4804 K. Sayılı 13.8.2008 tarihli, 14. HD, 2008/10406 E. 2008/11477 K. 13.10.2008 tarihli içtihatları (www.kazanci.com, erişim tarihi :5.5.2018)
[717] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 506
[718] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 228
[719] Bolayır, s. 238

paralelinde bir değerlendirme yapılması ve böylece koşulları oluştuğu takdirde yasal süresinden sonra delil sunulması olanaklı olacaktır. Madde metni incelendiğinde, sonradan ileri sürülen delilin amacının yargılamayı uzatmamak özelliğinde olması ya da ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmaması gerekli olduğu anlaşılmaktadır.

Madde gerekçesinden, HUMK dönemindeki, usûl ekonomisine aykırı tutum ve sakıncaların giderilmek istendiği ancak katı uygulamanın, hukuki dinlenilme hakkını da ihlal etmemesi için anılan istisnaların getirildiği ifade edilmiştir. Bu iki istisnanın olmadığı, davadaki malzemenin belirsizlik ve çelişki taşıdığı, hüküm verilmeyecek derecede davada hukuki belirsizlik olduğu durumda, HMK 31. maddesindeki hâkimin davayı aydınlatma ödevinin delil sunulmasının istenilmesi sonucunu meydana getireceği kabul edilmiştir[720]; bu anlayışa göre, teksif ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin aslında bir birinin hem işlevselliğini arttırıcı hem de birbirine istisnai özellik taşıdığını ifade etmek olanaklı kabul edilebilir.

Yargıtay'ın özellikle yemin delili temelinde, yeni delil sunulmasına olanak tanımak için uygulamada kullanılan "sair deliller" , "diğer kanuni deliller" gibi beyanlar ile yemin deliline başvuruşmuş sayılmayacağı gibi, hâkimin de ispat yükü kendisine düşen tarafa bu delile dayanma yani yemin teklif edip etmeyeceğine dair hatırlatmada da bulunamayacağı yönünde içtihadı bileştirme kararı vardır[721]. Gerekçe olarak, HMK 194. maddesine göre

[720] Bolayır, s. 238, Alman Hukukunda benzeri şekilde tarafı kanıtın yetersizliğine dair bilgilendirme yükümü söz konusudur, bkz. Rensen, s.211

[721] İBK E. 2015/2, K.2017/1, 3.3.2017 t., 17.6.2017 tarihli 30099 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. *"(...)Çözümlenmesi gereken sorun açıkça yemin deliline başvurmayan tarafın dilekçesinde "sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller" gibi ibarelere yer vermesi halinde, bu ibarelerin ilgilinin yemin deliline başvurmuş sayılıp sayılamayacağı ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa "yemin teklifinde bulunma hakkı"nm hatırlatıp hatırlatamayacağı noktasında toplanmaktadır.(...) İçtihadı birleştirmenin konusu; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde "sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller" gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline dayandıklarının kabul edilip edilemeyeceği, bu kapsamda hâkimin, ispat yükü üzerinde olan tarafa, yemin teklif etme hakkını hatırlatmasının gerekip gerekmediği hususundadır.Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "dava dilekçesinin içeriği" kenar başlıklı 119 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendinde "davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri"nin, (f)*

somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi sırasında, delil-vakıa bağlantısının kurulması zorunlu olduğu için "sair deliller" ya da "diğer kanuni deliller" gibi belirsiz ifadelerin geçerli olmayacağı, hâkimin de somutlaştırılmamış, açıkça belirtilmemiş delilleri hatırlatamayacağına karar verilmiştir. Bu gerekçe, aynı şekilde teksif ilkesi için de kabul edilebilecektir.

Öğretide, bu içtihat eleştirilmiştir, bu konudaki görüşte, "sair deliller" ya da "diğer kanuni deliller" ifadesinin lafzi yorumu ile bunu dilekçesinde sunan tarafın "tüm delilleri" kastetmiş olduğu, bu itibarla aslında somutlaştırmanın da gerçekleştirildiğini, hak arama özgürlüğünün kısıtlanmamasını, bu ifade ile yemin delilinden vazgeçilmiş olmayacağı ileri sürülmüştür[722]. Bu görüşe katılmak olanaklı değildir, zira yasa koyucu HMK genel gerekçesinde HUMK'un yürürlüğü dönemine göre yargılamayı hızlandırmayı, usûl ekonomi ilkesini uygulamayı istemiştir, 194. maddenin gerekçesinde, "özellikle taraflarca hazırlama

---

fıkrasında ise "iddia edilen her bir vakıanın hangi deliller ile ispat edileceğinin" dava dilekçesinde; aynı şekilde 129 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (d) bendinde "davalının savunmasının dayanağı olan bütiin vakıaların sıra numarası altında açık özetleri"nin ve (e) fıkrasında da "savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin cevap dilekçesinde gösterilmesi gerektiği düzenlenmiş bulunmaktadır.Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 136 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında davacının cevaba cevap dilekçesi hakkında dava dilekçesine, davalının ikinci cevap dilekçesi hakkında da cevap dilekçesine ilişkin hükümlerin, niteliğine aykırı düşmediği sürece kıyasen uygulanacağı ilkesi getirilmiştir. Her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğinin gösterilmesi zorunluluğu cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri için de geçerlidir.Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi" kenar başlıklı 194 üncü maddesinde dayandıkları vakıaların, ispata elverişli şekilde somutlaştırması gerekliliği taraflara yüklenmiştir. Somutlaştırma yükü ile taraflardan, dayandıkları delilleri göstermeleri beklendiği gibi hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini de açıkça göstermeleri beklenmektedir.Mülga 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda bulunmayan bu kural Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilmiştir. Nitekim maddenin gerekçesinde de "maddenin yeni düzenleme olduğu, maddenin amacının bir yandan ispatın genel hükümleri çerçevesinde temel bir kavrama yer vermek iken, diğer yandan da uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçilmeye çalışıldığı vurgulanmıştır. Aynı şekilde somutlaştırma yükümlülüğünün yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için zorunlu olduğu vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ya da zaman kaybının önlenmesinin hedef alındığı,vakıaların somut olarak ileri sürülmesinin taraflar için bir yük olduğu, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen tarafın sonuçlarına katlanacağı" hususu belirtilmiştir. Yukarıda yük (külfet) konusunda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi somutlaştırma bir yükümlülük değil fakat bir yüktür. Taraflar vakıa ve delil ilişkisini kurmak zorunda değildirler fakat bundan kaçınmaları dava ile elde etmeyi umdukları hukuki korumadan mahrum kalmaları sonucunu doğurur.Bu yasal düzenlemeler ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda yasa koyucunun taraflara hangi delilin, hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme, yani somutlaşma külfeti getirdiğini, bu düzenlemeye göre de açıkça yemin deliline dayanılmadığı takdirde, tarafın yemin teklif etme hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Tarafın "sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller" gibi ibareleri kullanmış olması yemin deliline açıkça dayanmış olduğu biçiminde yorumlanamaz.Bu çerçevede tarafın "sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller" gibi ibareleri kullanmış olması halinde hâkimin taraflara yemin teklif etme hakkını hatırlatmasının mümkün bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır."

[722] Karaaslan, s. 197-198; aksi yönde Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.324

ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verilebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür." ifadeleri ile yasakoyucunun dava açılırken ya da cevap dilekçesi verilirken delilleri hazırlamasının yargılamanın doğru yürütülmesi ile birlikte makul sürede yargılamaya da işaret etmiştir. Öğretideki içtihadı birleştirme kararının karşısındaki görüş ile yasakoyucunun maddeyi tesis amacı bu nedenle örtüşememiştir.

Alman Hukuku yönünden, ZPO 139. Maddesinde 2001 reformu ile yapılan değişikliklerde, özellikle gerekçe ile somutlaştığı üzere, yeterli delil sunulmaması nedeniyle veya sunulan delilin yetersizliği nedeniyle hâkim kanaatinin kuvvetlenememesi üzerine, tarafların bilgilendirilmesi ve bu durumun taraflarla müzakere edilmesi benimsenmiştir. Bu normun amacı , taraflara başkaca yeni delil talepleriyle olaya dair tespit işlemini etkileme ve böylece kanun yolu aşamasında karara itiraz edilmesini engelleme fırsatı tanınmasında yatmakta olduğu gerekçeden yola çıkılarak öğretide ifade edilmiştir[723].

Mahkeme sadece sunulan delillerin sonuna kadar değerlendirilmesinden sonra, sunulan delillerin, uyuşmazlık hakkındaki kanaati için yeterli olmadığı veya bir beyanın delil gerektirdiği konusunda dikkat çekmelidir. İspat yükü kendisine düşen tarafın bu açıkladmadan başkaca kanıtlar getirip getirmemesi sonucunu çıkarması tarafa kalmıştır[724].

Alman Hukukunda hâkimlerin ZPO 139. Maddesine göre bilgilendirme yükümlülüğü , tarafların anlayabileceği biçimde belirlenmelidir. Avukatlar ve taraflar ZPO 139/2.maddesine göre hâkimlerin işaretini bilgilendirmelerini doğru anlamaya muktedir olmadığı sürece, mahkeme taraflarla tarafların o ana kadar davadaki faaliyetleriyle ulaşılan

[723] Liu, s.338; Zöller/ Greger, s. 53
[724] Liu, s.339

durumu da içeren hukuksal duruma ve uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kapsamlı müzakerede bulunmalıdır. Müzakerenin konusunu verilen dilekçeler , iddia veya ihtilaf edilen olaylar sunulan kanıtlar ve hâkimlerin hukuksal ve maddi değerlendirmesi oluşturabilir[725].

Sonuç olarak, teksif ilkesi ile, gelen dava malzemesinin en verimli kullanımı ve ilkenin yaratabileceği olası kısıtlı ispat olanakları karşısında, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, ilkenin sakıncasını giderici bir rol oynadığı ileri sürülebilecektir. Tarafların belli bir zaman ve aşamaya kadar dava malzemesi getirmesi beklenirken, çeşitli eğitim seviyelerinden gelen insanların aynı detayda ve miktarda dava malzemesi getirmesini beklemek gerçekçi olmayacaktır. Günlük konuşma dilinde "meram anlatma" olarak belirtilen hukuki dinlenilme hakkını kullanması kapsamında, her ne kadar bir taraf olaya dair bilgi ve kanıtlara sahip olsa da, gerek sunuşu, gerekse sunmayı gerekli görüp görmemesi noktasında belirgin ve çelişkisiz olamayabilir, bu nedenle teksif ilkesinin belki amaçladığı usûl ekonomisi ilkesinin de amaçlarından olan makul sürede yargılamanın sonuçlandırılması gerçekleşse bile, uyuşmazlık doğru ve adil bir çözüme kavuşamamış olabilecektir. Teksif ilkesinin yaratabileceği böyle bir sakınca da, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile giderilebilir; bu anlamda Medenî Yargılama Hukuku'nun amaçlarından olduğunu düşündüğümüz adil yargılanma hakkı da ihlal edilmemiş olacaktır. Teksif ilkesinin var olup, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin olmadığı bir yargılama sisteminde toplum ile yargı organları arasında uyuşmazlık çözmeye dair yargı organından beklenen işlevin karşılanmamışlığı ve maddi hukuktan doğan hakların ihlaline neden olabilecek durumların sıkça yaşanırlığı ya da yaşanma olasılığı yüksek olacaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin olup da, teksif ilkesinin olmadığı bir yargılama sisteminde ise, uzayan dava süreçleri, çözülmemiş uyuşmazlıklar nedeniyle hem usûl ekonomisi ilkesi hem de medenî yargılamanın amacı olan adil yargılanma hakkı

[725] Liu, s. 342

gerçekleşmeyecektir. İlkeler arası tamamlayıcılık işlevi ve bir diğer açıdan da istisnailik durumundan söz etmek kanımızca olanaklıdır.

§ 6. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN TARAF YÜKÜMLÜLÜKLERİYLE İLİŞKİSİ

A- SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ İLE İLİŞKİSİ

I.Somutlaştırma Yükü Kavramı

HMK'nın davada taraflara yüklediği, özellikle taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu davalarda, yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerden biri de somutlaştırma yükü HMK 194. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir[726]. Maddenin hükümet gerekçesinde, maddenin amacının ispatın genel amacına dair temel bir hüküm vaz etmenin yanı sıra, uygulamada geniş ifadelerle dava açılmasının önlenip, somut olaylara dayandırılmasına yönlendirtmek olarak belirtilmiştir. Gerekçede devamla, bir davada ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen olaylara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen olayların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekecektir. Soyut betimlemeler ve beyanlar ile olayların ileri sürülmesinde, yargılama sağlıklı bir şekilde yürütülemeyecektir. Ayrıca, olayların anlaşılabilmesi için ayrıca bir araştırma yapılması, zaman kaybı söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, gerekçede gene belirtildiği üzere taraflar haklarını dayandırdıkları

726 *"**Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi***
***MADDE 194**- (1) Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdırlar.*
(2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur."

hukuk kurallarının aradığı koşul olaylara uygun , somut olayları ortaya koymalıdırlar. Bu olayların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf açısından bir yük olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerekçe, ilk fıkradaki olaylara ilişkin yükümlülüğün deliller yönünden de boyutunun olduğunu belirtip, ikinci fıkradaki delillere dair duruma işaret etmiştir. Bu durumda, dava dilekçesinde ileri sürülen olay ile bu olayın delilinin ilişkilendirilmesi gerekecektir. Aynı şekilde, cevap dilekçesinde savunmaya esas olayların ilgili delili ile bağının sunulması gerekecektir. Gerekçe uygulamanın eksikliğine işaret ederek, hükmün konuluşundan söz etmiş, tarafların iddia ve savunmada bulunurken yeterli araştırma yapmadan olayları ileri sürdüklerini ya da bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdiklerinin görüldüğünü ifade etmiştir. Taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul sürede karar vermesi için delil- olay bağının kurulup mahkeme önünde sunulması gerekecektir. Bunun için de tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi olayın ispatı için kullanılacağının işaret edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Somutlaştırma yükü, çok benzer bir içerikte İsviçre medenî yargılama hukukunda da düzenlenmiştir. Mehaz yasa olan schZPO'da 221. maddesinin 1/(e) bendinde düzenlenmiş olup, içerik olarak her bir delilin hangi olay için getirilmiş olduğunun belirtilmesi gerektiği normlaşmıştır[727].

---

[727] *"**Art. 221** Klage*
[1] Die Klage enthält:
a.die Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertreterinnen und Vertreter;
b.das Rechtsbegehren;
c.die Angabe des Streitwerts;
d.die Tatsachenbehauptungen;
e.die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen;
f.das Datum und die Unterschrift."
(https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi: 1.8.2017), HMK 194. Maddesinin bu normun tam bir mehazı olmadığı ileri sürülse de, Börü, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s.184 (Somutlaştırma), HMK 194.maddesinin ilk fıkrasının schZPO 221/1/ (e) ile tam olarak örtüşmese de, HMK 194.maddenin ikinci fıkrası ile ilk fıkrasının somutlaştığını ve açıklandığını düşünüyoruz. Bu nedenle kaynak olarak gene İsviçre Hukukunun olduğunu ileri sürmek bizce yanlış değildir.

Kavram olarak, somutlaştırma, görülen bir dava kapsamında, taraflarca olay (vakıa) olarak sunulanlar hakkında, davanın görülmekte olduğu mahkemeye net, anlaşılır, somut, ayrıntılı bilgi vermek ve açıklama yapmak olarak tanımlamıştır[728]. Buradan da anlaşıldığı gibi, somutlaştırma, tarafa düşen bir ödev olup, ilke olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgisi olsa da, taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucudur[729]. Bu nedenledir ki, biz, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile taraflarca getirilme ilkesi arasındaki ilişkiyi incelediğimizde ilkeler arasında kural-istisna ilişkisinin olmadığını, tam aksine, tamamlayıcı işlevin varlığının söz konusu olduğunu düşündüğümüzü belirtmiştik. Bu halde, taraf, kamusal bir müdahale ile bir uyuşmazlığın çözümünü istiyorsa, her ne kadar, sorunun çözümünde kamu barışı tesisi yararı olsa bile, taraf yararı olgusunun öne çıktığı gözetildiğinde, hâkim, dava konusu uyuşmazlığı tüm boyutlarıyla değerlendireceği için, anlaşılır, tartışılabilir, taraflarca aksi ileri sürülebilecek derecede somut olarak dava malzemesinin getirilmesi gerekir, zira hâkimin sadece hukuki değil vicdani olarak da kanaat geliştirmesi Anayasal bir ödevdir. Kamu barışı ve diğer toplumsal yararlar gözetilerek hâkime, tarafsız bir hukukçu olduğu varsayımı ile eylemde bulunma yani soru sorma ödevi verilmişse de tarafın getirdiği dava malzemesinden sonra pasif kalmasının da önüne geçilmiştir.

Öğretide, HMK sisteminde madde başlığı ile yeni olarak getirilmiş bu hüküm açıklanırken, çalışma konumuz olan HMK 31. maddesinin adeta tamamlayıcısı olarak açıklanmıştır[730]. Bir başka ifade ile de, somutlaştırma yükü tarafların açıklama ödevinin bir parçası ve dilekçelerinin verilmesi aşamasındaki bir yansıması olarak açıklanmıştır[731].

[728] Atalay, Menfii Vakıa, s.31
[729] Simil, s. 139; Atalay, s. 31
[730] Yılmaz-Şerh, s. 1026
[731] Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.246; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Ders Kitabı, s. 433; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.308; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.319; Atalay, Pekcanıtez Usûl, s.1673; Umar-Şerh, s.564;Yılmaz-Şerh, C.I.s.2395; Tanrıver, Usûl, s.796; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.475; Budak/Karaaslan, s.229; Postacıoğlu/Altay,s.612; Kuru,s.328; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.473

Öğretide, somutlaştırma yükü, tarafların uyuşmazlık konusu olaylara dair savunma ve iddialarını ispat ve delil sunma çalışmasına esas olacak şekilde, davada ayrıntılı ve ayrı ayrı açıklaması olarak tanımlanmıştır[732].

II.Görünümleri

Somutlaştırma yükü, somut ve soyut somutlaştırma yükü olarak iki boyutlu olarak incelenmiştir.

Soyut somutlaştırma yükü, uyuşmazlık ile ilgili uygulanacak hukuk kuralını koşul olayına göre tespit edilir, davacının dava dilekçesinde dayandığı vakıaları iddia etmesini, davalının ise olası savunma araçları ile savunmalarını sunmaları gerekmekte olduğu değerlendirilmiştir[733].

Somut somutlaştırma yükü ise, belli bir dava kesiti içinde, taraflardan birinin davaya getirdiği vakıa ile ilgili olarak, diğer tarafın detaylı ya da yeni vakıa sunmaya zorlayan ve de taraflar arasında koşullarına göre yer değiştirebilen bir yük olarak tanımlanmıştır[734].

Gerçekten de, öğretide belirtildiği gibi, hâkimin açıklatma ödevi varsa aynı şekilde, açıklaması gereken tarafın da açıklama ödevi olmalıdır. Aksi halde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi tam anlamıyla uygulanamayacağı gibi eksik ve işlevsiz kalacak, adeta açıklama yapması istenen tarafın keyfiliğine kalacaktır. Bu halde, davanın reddinde çıkarı olan veya davalının olası itirazlarının önüne geçmek isteyen taraf beyanda bulunmaktan kasten kaçınabilecektir[735].

---

[732] Börü-Somutlaştırma, s.185; Atalay- Menfii Vakıalar, s. 33

[733] Börü-Somutlaştırma, s. 185

[734] Börü-Somutlaştırma, s. 186

[735] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi bir içtihadında, somutlaştırma yükü ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki somut olarak belirtilmiştir; "Hukuki uyuşmazlığın çözümü için mahkemece, öncelikle tarafların ileri sürdüğü ve savunduğu hususlar çerçevesinde maddi olayın denetime de elverişli olacak şekilde aydınlatılması ve bundan sonra hukukun somut olaya uygulanması gerekmektedir. Davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan 6100 sayılı HMK'nın "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi" başlıklı 31/1. maddesi "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." şeklinde düzenlenmiş ve bunun hâkimin görevi olduğu açıkça vurgulanmıştır. Maddede, hâkimin maddi anlamda davayı sevk yetkisi

IV. Konusu

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin konusu ile, tarafların somutlaştırma yüklerinin konusu neredeyse aynıdır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi amacına ulaşırken, bu anlamıyla hem ispat yükünün taraf üzerindeki baskısından hem de somutlaştırma yükünün baskısından yararlanır.

Taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkimin taraf istem ve katkısı olmadan bir beyanı çelişki ve belirsizlikleri gidermeden, denetlenemez bir konumda yorumlaması ve kararda dikkate alması isabetsiz olacaktır. Bu halde, tarafın sunduğu dava malzemesini, soyut normla bütünleşebilecek derecede bir belirlilik ve çelişkisizlik içinde sunması gerekir. Her ne kadar Klein'ın belirttiği gibi, toplum bir uyuşmazlığın çözümünden yararlanacak, huzur bulacak olsa da, dava öncelikle, taraflar arası konumundan dolayı öncelikle onlar arası huzur ve uyuşmazlık gideriminden doğan çıkar tatminine ulaştırmayı amaçlayacaktır. Bu durumda, yasa koyucunun hâkimi harekete geçirdiği noktada, tarafların

---

düzenlenmektedir. Bu yetkisiyle hâkim, olayın ve hukuki uyuşmazlığın olgusal ve hukuki boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflara 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. HMK'nın 194. maddesinde de somutlaştırma yüküne yer verilmiştir. Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılma yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Genel geçer ifadelerle, somut bir şekilde ortaya koymadan iddia veya savunma amacıyla vakıaların ileri sürülmesi durumunda, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün olmayacağı gibi, vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ve zaman kaybedilmesi söz konusu olacaktır. Taraflar, haklarını dayandırdıkları hukuk kuralının aradığı koşul vakıalara uygun, somut vakıaları açıkça ortaya koymalıdırlar. Bu vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yüktür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır.
Somut uyuşmazlıkta, dava ve temyiz dilekçesinde vakıaların anlatımına ilişkin ilk kısımda İİK'nın 177/4. maddesine dayalı doğrudan iflas isteminin maddi vakıaları olan "ilama müstenit alacağın icra emriyle istendiği halde ödenmediği" maddi vakıasına yer verilmek ve son kısmında ise İİK'nın 156. maddesi gereğince iflas ödeme emrinin tebliğine rağmen itiraz edilmediği maddi vakıasına dayanılmak suretiyle biribiriyle çelişkili anlatımlarda bulunulmuş ve dava dilekçesinde davalının iflasına karar verilmesi istenilmiştir. Davacının dayandığı anılan maddi vakıalar hem doğrudan iflas, hem de iflas yoluyla adi takibe itiraz edilmemesi üzerine iflas istemine uymakta olup, uyuşmazlığın aydınlatılması için zorunlu olarak davacıdan açıklama istenmelidir. 04.06.1958 Gün ve 15/6 sayılı İBK'da da belirlendiği gibi, HUMK'nın 74,75 ve 76. maddeleri gereğince hâkim, tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve bunlara bağlı netice-i taleplerle bağlı ve fakat hukuki tavsiflerle bağlı olmayıp, kanunları re'sen uygulamakla ve neticeye vardırmakla yükümlüdür. Her iki iflas talebinin koşulları ve sonuçları farklı olduğundan, mahkemece, davacı vekilinden İİK'nın 156. maddesindeki iflas yoluyla adi takibe dayalı iflas mı, yoksa İİK'nın 177/4. maddesi anlamında doğrudan iflas mı istendiği konusunda açıklama alınıp, sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, dava dilekçesinin ikinci kısmındaki ve talep sonucu bölümdeki hukuki tavsife dayalı hüküm tesisi doğru görülmemiştir. "(E. 2013/857 K. 2013/1445 T. 11.3.2013) (www.kazanci.com, erişim tarihi: 5.4.2018)

pasifleşmesi, taraflarca getirilme ilkesinin esas alındığı bir davada doğru olmayacaktır. Somutlaştırma yükü, tamamlayıcı olduğu kadar, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin de varlığını sağlayan bir araçtır. HMK 31. maddesinin taraflar açısından bir yaptırım getirmemesi de somutlaştırma yükü ile uygulanabilirliği sağlamaktadır[736].

---

[736] "Maddede sözü edilen somutlaştırma yükünün amacı, mahkemenin uyuşmazlığı doğru saptayıp, yargılamayı doğru ve sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi ve makul sürede sonuçlandırmasını sağlamaktır. Somutlaştırma yükü, dava açılırken veya cevap dilekçesi verilirken iddia ve savunmanın dayandırıldığı vakıaların ve hangi vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmemiş olması halinde söz konusudur. Vakıalar belirli ve hangi delillerle ispat edileceği belirtilmiş ise, artık somutlaştırma yükümlülüğüne ihtiyaç yoktur. Davalı-davacı (kadın) birleştirilen boşanma davasında; iddiasını dayandırdığı vakıaları göstermiş ve bu vakıaları hangi delillerle kanıtlayacağının da, diğer bir ifade ile dayandığı delilleri belirtmiş, ön inceleme duruşmasından önce de (9.5.2012 tarihinde) tanıklarının isim ve adreslerini gösteren listeyi mahkemeye vermiştir. Bu durumda gösterilen tanıkların, dava dilekçesinde yer alan vakıalar konusunda dinletilmek istendiği açıktır. Hal böyleyken davalı-davacı (kadın) vekilinden, gerekmediği halde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 194. maddesi gereğince "hangi tanığın hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini belirtmesinin" istenmesi ve bu yönde açıklamada bulunması için süre verilmesi hukuki sonuç doğurmaz. Bu bakımdan, davalı-davacı (kadın) vekilinin gösterdiği tanıklar usûlünce dinlenmeli ve tüm delilleri birlikte değerlendirilerek tarafların kusurları saptanmalı ve tazminat talepleri buna göre sonuca bağlanmalıdır. Bu yapılmadan tazminatlar hakkında eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2. HD,2013/730 E. 2013/13537 K. Sayılı 13.5.2013 tarihli kararı (http://karamercanhukuk.com/yargitay-karari/bosanma-davalarinda-somutlastirma-yuku-13-nisan-2016-tarihli-hgk-karari'dan naklen erişim tarihi: 01.12.2018)

Bu karara karşı verilen İzmir 10. Aile Mahkemesi'nin 2013/674 E. - 2013/794 K. Sayılı 7.11.2013 tarihli direnme kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca 2014/2-693 E. 2016/499 K. Sayılı 13.4.2016 tarihli kararı ile bozulmuştur.

Kararın karşı oyunda 8. Hukuk Dairesi Üyesi İrfan Okur tarafından hâkimin davayı aydınlatma ödevi temelinde yaptığı değerlendirmeyi aynen aktarmak kanımızca yararlı olacaktır "Bu amaçla; konuyu düzenleyen HMK.194.maddeyi, dellilerin dilekçeye eklenmesine dair HMK.121 ve bu yükmülülüğün yerine getirilmemesi halinde yapılması gerekeni açıklayan 140/5.maddeler birlikte ele alındığında: somutlaştırma yükü açıklamasına gerek duyulduğunu saptayan hâkimin; makul süre içinde, kendi yetkisi dahilinde olmak ve davayı aydınlatma ödevi (m.31) çerçevesinde eksikliği tamamlatması gerekir. Bu eksiklik takdirde hâkim,eşleşmede her bir delilin vakıaların tamamı için ispat aracı olduğu gerçeğiyle yargılamayı yürütme zorunluluğuyla karşılaşacak; belki de bu durum uyuşmazlığın çözümünü güçleştirecek, davanın da makul sürede bitirilememesi sonucuna da yol açabilecektir.Somutlaştırma yükünün yaptırımı kanunda gösterilmemiştir.Bu sebeple öğretide özellikle hâkimin HMK.31 madde düzenlenen "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" çerçevesinde inisiyatif alacağı, kendi yargılama yol haritasını bilirlemek için ilgili tarafa somutlaştırmayı yapması için kesin nitelikte makul süre vereceği, süreye uyulmadığında özellikle uygun şekilde gösterilmeyen delili göz önüne almadan, mevcut delil çerçevesinde bir karar vermek durumunda olduğu; bunun hâkimin davayı yürütme yetkisinin bir parçası olduğu belirtilmektedir (Doç.Dr.Güray Erdönmez:Hukuk Muhakemeleri Kanunu`na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı: İstanbul Barosu Dergisi, 2013/5, s.21;Dr.Cenk Akil: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun`nda Dava Dilyekçesinin Unsurları Bağlamında Somutlaştırma Yükü,Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2012/1,98).

Somut olayda, ilgili davacı dört ayrı vakıaya dayanmış, bunun ispatı için dört ayrı tanık bildirmiştir.Dilekçelerde özellikle delillerle ilgili somutlaştırma yapılmadığı görülmektedir.Bunu tespit eden ve her bir tanığı vakıaların tamamı için dinlemenin yargılamayı makul sürede bitirilmesini ve uyuşmazlığın sonuçlandırılmasını tehlikeye atacağını tespit eden hâkim; HMK:31 .madde çerçevesinde insiyatif alarak,yol haritasını çizmek için ilgili tarafa delillerle ilgili somutlaştırma yükü konusunda açıklama yapması için iki haftalık kesin süre vermiştir. İlgili tarafın verilen kesin süreden sonra somutlaştırma açıklaması yapması karşısında, hâkim gösterilen bu delilleri göz ardı ederek, mevcut delillere göre davayı karara bağlamıştır.

Kuşkusuz, hâkimin somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getirme açıklaması ihtarı yapması gereğinin bulunup bulunmadığı temyizen denetlenebilir. İhtardan önceki dilekçelerde ve sözlü açıklamalarda bu yönde yeterli açıklama varsa veya tek bir vakıaya dayanılmış ve sadece bir delil gösterilmiş ise; somutlaştırma yükü ihtarı yapılmasına bir ihtiyaç olduğu söylenemez. Böyle bir durumda yapılacak hâkim ihtarı bir sonuç

Somutlaştırma yükü ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin aynı usûli konu üzerinde tamamlayıcı, işlevsellik katıcı özellikte olduğu kanımızla birlikte, bu konunun yani somutlaştırma yükü ile aydınlatma ödevlerinin istediği dava malzemesini tespit etmek gereklidir. HMK 31.maddesini incelediğimizde, maddi ve hukuki açıdan belirsizlik veya çelişkiden bahsetmekte, ancak bu halde yani belirsizlik ve çelişkinin ne konuda olduğu durumda ilkenin uygulama alanı bulacağından söz etmemektedir. Uyuşmazlığın

---

doğurmayacaktır.Aksi durumda; yani dayanılan birden fazla vakıa , birden faza delil (özellikle birden fazla tanık bildirilmiş ise) delil gösterilmişse, hâkimin yetkisi dahilinde somutlaştırma yükü açıklaması yapılması ihtarına başvurması usûlen geçerli olacak; ihtar ve süre verilmesi usûlünce yapıldığı takdirde de, davada o deliller göz ardı edilerek karar verilmesi gereği oluşacaktır.

Bu bakımdan; Yüksek Genel Kurul ve Y. 2.Hukuk Dairesi çoğunluk üyelerinin somutlaştırma yükü açıklaması ihtarı gerekmediği şeklindeki kabulü, hâkime kanunen tanınan yargılamayı yönetme yetkisini dikkate almamaktadır.Bu şekilde içtihat oluştuğu takdirde; çoklu vakıaya dayanılan,çoklu delil bildirilen bütün davalarda, hâkimin davayı makul sürede bitirme görevi tehlikeye girecek; karmaşa sebebiyle uyuşmazlığın çözümü, hatta kanun yolu denetimi de güçleşecektir. Bu şekilde kompleks vakıa ve delil içeren davalarda, ilgili tarafca somutlaştırma yükü gereği yapılmadığı ve hâkim tarafından somutlaştırmanın yapılması ihtar edilmediğinde ise; hâkim delillerin tamamını tüketmek, eş söyleyişle , her bir delili tüm vakıalar için toplamak ve incelemek zorunda kalacaktır. Böylece hâkim kendi işini zorlaştırmış olacağı gibi, belki de davayı makul sürede sonuçlandıramayacak ve kanun yolu denetimi de zorlaşacaktır. Bu sebeple Sayın Daire bozma ilamındaki "somutlaştıma yükü açıklamasına ihtiyaç yoktur" şeklindeki bozma gerekçesine katılmıyorum.

Somut davada delillere dair olarak, ilgili tarafın somutlaştırma yükü açıklaması yapmasına ihtiyaç vardır ve bu sebeple hâkimin ilgili taraftan açıklama istemesi de kanuna uygundur.

Ne varki, usûl kanununda kanunun öngördüğü süreler dışında, hâkim tarafından verilen süreler Adli tatilde de işleyeceğinden (Ejder Yılmaz : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,Ankara 2012,sh.728) temyiz edenin bu yöne dair savunmaları geçersiz ise de; hâkimin somutlaştırma yükü açıklaması için verdiği iki haftalık süre makul bir süre değildir.Tarafların yapması gereken işlemler için hâkim tarafından süre belirlenirken; süre takdirinde usûl ekonomisi ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı arasında bir denge gözetmeli; bir başka anlatımla verilen süre ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.Ölçülü olmayan, örneğin yapılması güçlük taşıyan bir işlem için çok kısa bir süre verilmesi ve bu sürede tarafın işlemi yapamaması hakkın yitirilmesine yol açıyorsa; bu sonuç adil yargılanma hakkı kapsamındaki hukuki dinlenilme hakkına (HMK.m.27) aykırılık oluşturacaktır ki, bu durum tek başına bir bozma sebebi olacaktır.Bu açıklamalar göz önüne alındığında somut davada yargısal süreç şu şekilde gerçekleşmiştir:Temmuz ayı ortasında yapılan duruşma sonunda hâkimin verdiği sürenin son günü Adli tatil içinde bitmektedir.Adli tatil, sadece adli birimde görevli hâkim ve savcılar için getirilmemiştir. Adliyedeki diğer çalışanlar, davanın tarafları ve onların avukatları için de yasal bir imkandır.Temyiz eden vekilinin de bu dönemde tatilde olabileceği göz önüne alındığında; bir sonraki duruşma gününün hemen Adli tatil bitimine bırakılmayarak Ekim ayı ortalarına bırakılmış olması ve duruşmadan önceki makul bir sürede somutlaştırma yükü açıklaması yapılıp, Gerekli dinleme giderinin de yatırılması suretiyle tanık (lar)ın dinlenmesinin mümkün olması karşısında; tanınan iki haftalık kesin süre makul olmayıp,; hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır ve bu sebeple hukuki sonuç doğurmayacaktır.

Açıkladığım nedenlerle; her ne kadar Sayın Daire bozma ilamındaki karşı oyumda; temyiz edilen hükmün onanması gerektiği görüşünü belirtmişsem de; o zamanki incelemede hâkimin verdiği sürenin makul süre olup olmadığı yönünden bir değerlendirme yapılmadığından; şimdi direnme kararının açıkladığım değişik bu gerekçeyle bozulması gerektiğini düşünüyor; Değerli çoğunluğun bozma soncuna katılmakla birlikte, bozma gerekçesine katılmıyorum."

Bozma gerekçesini isabetli bulma sebebimiz, bu gerekçede, somutlaştırma yükünün HMK 31. maddesi doğrudan ilişkisini ortaya koyar şekilde bir değerlendirme yapması, ilke ve yük arasındaki denge ve birlikte uygulama koşullarını kanımızca isabetli bir incelemeye tabi tutmasındandır. Bozmada gerekçeye katılmadığını ifade etse de bu kararı veren sayın Hukuk Genel Kurulu kararında somut bir gerekçeye yer verilmemesi karşısında karşı oyun gerekçesindeki bu yorumların da diğer Yargıtay dairelerince benimsenip benimsenmeyeceği de ayrıca incelenmelidir.

aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlara işaret edilse de bu durumlar açıkça kazuistik bir düzenleme içinde değildir, olması da kanımızca beklenmemelidir. HMK 194. maddesini incelediğimizde ise, kanıt-olay bağlantısının somut olarak kurulmasından söz etmektedir. Bu somutlaştırmanın ana konusunu olaylar oluştursa da, ispatın gerçekleşebilmesi, kanıtların olay ile bağının kurulması da bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm kapsamında, tarafların dava malzemesini, hâkimin uyuşmazlık hakkında karar verebilmesine yeterli derecede anlaşılır ve değerlendirilebilir durumda dava dosyasına getirmeleri gereğinden söz etmiştir. HMK 31. madde ise sadece olay- kanıt bağlantısının kurulması ve olayların anlaşılır sunumu ile yetinmeyen bir hâkim istemekte, sadece olaylarda değil kanıtlarda da bir belirsizlik veya çelişkinin varlığına kanaat getirdiğinde, anlamadığı, denetleyemediği, varlığını tüm unsurları ile tetkik edemediğinde, kanıttaki belirsizliği giderebilmesinde ödevli olması normlaşmıştır. Alman Hukukunda, ZPO md.139 par.2 anlamında tavsifin, tarafların maddi vakıa beyanı ile değil hem hâkimin kanunu uygulaması hem de maddi olguların ve delillerin mahkemece değerlendirilmesi bağlamındaki tavsiflerle ilişkili olduğu da vurgulanmalıdır[737]. Bu konuda ispat yükü ile somutlaştırma yükü birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin, bir ticaret şirketinin feshi davasında, şirketin ortakları arasında uyuşmazlığın doğumuna neden olan olayların gerçekten var olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Şirketin bir ortağının, şirketin feshini isteyen diğer ortağı kasten yaralaması olayının dava sebebi olduğu bir davada, somutlaştırma yükü açısından konu değerlendirilmelidir. Kasten yaralama ile ilgili delilin sunulması, bu anlamda örneğin kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı varsa, kararın delil olarak sunulması, olay içinde, yaralamanın basit bir şekilde olmayıp, öldürme kastı ile oluştuğu ileri sürülmüşse tanık delilinin veya suç atfolunan ortağın notlarında durumun netleşmesine yarar ifadelerin olduğunu düşünelim. Davanın tarafının HMK 194.maddesinde istenilen şekilde, ceza mahkemesi dosyası ve tanıkların varlığından

[737] Liu, s.227

daha ötede, kastın varlığına dair bir açıklama içeren tanık ifadesinin belirsizlik ya da çelişki içermesi halinde, yeniden dinlenmesi, bu yolla tanık beyanının belirginleştirilmesi için karar verilmesi gerekecektir. Delili sunan tarafın bir eylemi gerekmeksizin hâkim tanığı dinleyebilecektir. Tarafın bu konuda bir katkısı olacaksa bu katkının gerçekleştirilmesi de ispat yükü ile ilgili olacaktır. Örneğin, aynı tanığın adresi değişmiş olabilir, ya da ifadelerdeki belirsizlik ile ilgili olarak hâkim taraftan açıklama isteyebilir, ispat yükü kendisine düşen tarafın açıklama yapmaktan kaçınması ispat yükünü yerine getirmekten kaçınma olarak da değerlendirilebilecektir. Bu örnekler içinde baktığımızda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin somutlaştırma yükü ile desteklenen ancak bu yük ile yetinmeyen bir ilke olduğunu belirtmek bizce yararlıdır.

Mahkemenin, tarafça sunulan bir olaya dair beyanların temelsizliği gerekçesiyle, bu tarafın hakkını, mevcut eksiklerine dair HMK 27.maddesi uyarınca bilgilendirme yapmış olmaksızın göz ardı etmesi uygun değildir. Bir dilekçenin gerekçesi , olay ile hukuk normlar arasında bağlantı kurmayı sağlayamayacak kadar temelsiz ise, dilekçenin gerekçesi olduğu konusunda bir çıkarıma imkan vermediği gibi, bir olaydaki eylem unsuru ölçütüne de imkan vermediği için , önemli gerçek olayları tam anlamıyla unsurlarına ayırmasına rağmen , mevzuat ile örtüştürme olanağını kapatmaktadır. Burada aynı zamanda somutlaştırma yükünden de söz etmek gerekebilir. Sadece hukuksal terimlerin kullanılması ile verilen bir dava temeli, aslında vakıadan yoksun olduğu için gereken koşulları taşımadığı ve hâkimin bu yönde vakıanın tamamlanması için uyarı görevi olduğu ileri sürülmüştür[738]. Taraf, davanın hukuki sebebini davaya katarken, bunların hâkim tarafından nasıl değerlendirileceğine dair yanlış öngörüde bulunmuş olabilir. Bu durumda, mahkeme, tarafın olaya dair sunduğu hukuki sebep, hem de hâkimin kendi yorumuna dair

[738] Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 41

uyuşmazlıkta eklenmesi gereken bir olay varsa, buna dair bilgilendirme yapması gerektiği Alman öğretisinde değerlendirilmektedir[739].

Somutlaştırmanın ana konusu olan vakıalar yani olaylar, bir davanın temel varlık sebebidir. HMK 119. maddesi[740] dava dilekçesinin içeriğini düzenlemektedir. Maddenin hükümet gerekçesinde somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi başlıklı 198. maddesi ile, tarafların, hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmelerinin zorunluluğu kapsamında, delil ile vakıa bağının kurulmasını, dava dilekçesinde her bir vakıa için ayrı ayrı delil gösterme zorunluluğunun varlığına işaret edilmektedir. Aynı şekilde HMK 129. maddesinde de aynı doğrultuda, savunmanın dayanağı biçiminde ileri sürülen her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğinin belirtilmesi zorunlu tutulmuştur. Dava dilekçesindeki bu zorunluluğun gerekçesi olarak da , özellikle ispat konusunda, davaların usûl ekonomisi ilkesine uygun olarak, makul bir sürede sonuçlanmasının hedeflendiği belirtilmiştir. Tüm bu açıklamalarla ulaşılan sonuç ile dava dilekçesi ve cevap dilekçesinde vakıa kavramının temel olarak yer aldığı anlaşılmaktadır. Dava dilekçesi açısından baktığımızda, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri de dilekçesinin kurucu unsur olarak yer almaktadır. Cevap dilekçesinde ise, bu durum savunmanın dayanağı olan tüm vakıaların sıra numarası altında açık özeti olarak yer almaktadır. Bu konuda, 22.3.1955 tarihli Neuchatel Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında, hâkimin yalnızca dilekçede bildirilmiş iddia ve savunma araçlarını değil, ileri sürülmüş olaylara göre varlığı anlaşılan iddia ve savunma

[739] Liu, s. 308

[740] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir içtihadında maddenin HMK 31. mmaddesi ile bağlantısına işaretle," "HMK'nın 26/1. maddesinde "Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir." ve yine Hâkimin davayı aydınlatma ödevi başlıklı HMK'nın 31/1. maddesinde "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." düzenlemesi mevcuttur. HMK 119/ğ. maddesinde de talep sonucunun açık bir şekilde yazılması gerektiğine değinilmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre, hâkim tarafından öncelikle davacının talep sonucu açıklattırılmalı ve daha sonra HMK 194. maddesi gereğince tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmaların somutlaştırılması istenilmelidir. Her ne kadar, davacı 20.06.2013 tarihli dilekçe sunmuşsa da, talep sonucu anlaşılabilir şekilde ortaya konulmamıştır. O halde, mahkemece, öncelikle taleplerin davacı tarafa açıklattırılması ve net olarak ortaya konulması, buna göre tüm talepleri karşılayacak şekilde hüküm tesisi gerekirken, bu hususlar göz ardı edilerek, çelişkiye mahal verecek şekilde karar verilmesi, usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." denilmiştir (E. 2016/7144 K. 2017/8616 T. 27.9.2017, www.kazanci.com, erişim tarihi :12.12.2018)

araçlarını da dikkate alması gerektiği, bu iddia ve savunma araçlarının bir diğerinin hukuki silahlarını bir bakışta anlatabilecek şekilde açıkça anlaşılır olması gerektiği belirtilmiştir[741].

V. Dava Temeli ve Vakıa

Davanın temeli[742] kavramı dahilinde hangi kavramların yer alması gereğine dair teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden, Türk Hukuku'nda dava dilekçesinin unsurlarını esas alarak benimsenen görüş, ferdileştirme ilkesi değil, vakıalara dayandırma ilkesi olmuştur[743].

Ferdileştirme ilkesi, davacı tarafın olayları değil, hukuki sebebi belirtmesinin yeterli ve gerekli olduğunu kabul etmektedir[744]. Taraflar arasındaki uyuşmazlık sonucu veya uyuşmazlığın doğmasına neden olan hukuki ilişki ile davacının talebinin belirtilmesi uyuşmazlık ferdileştirilmiş olacaktır[745]. Bu esasta, hukuki sebep ya da hukuki ilişki açıkça ileri sürülmelidir[746].

Vakıalara dayandırma ilkesine göre ise, dava dilekçesinde ya da cevap dilekçesinde, tarafların iddia ve savunmalarına esas olan uyuşmazlığı doğuran bütün olayların belirtilmesi yeterli ve gerekli olarak kabul edilmiş, gerekçe olarak da HMK 119/1/(e) bendi gerekçe gösterilmiştir[747], biz de aynı gerekçeler ile katılmaktayız. Öğretide, taraflar arasında gerçekleşen bütün olaylar değil, istemi haklı kılacak doğrudan ilgili olan olayların belirtilmesinin yeterli olduğu ileri sürülmektedir[748].

---

[741] Postacıoğlu, E.İlhan: Davanın ve Kazıyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, Dr. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 511

[742] Dava sebebi olarak da ifade edilmektedir, Börü-Somutlaştırma, s. 78

[743] Bkz. ayrıntılı bilgi için Üstündağ, Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, (Üstündağ-Yasak); Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 323

[744] Yılmaz/ Arslan/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 323

[745] Üstündağ-Yasak, s. 25

[746] Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden: Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 44; Börü-Somutlaştırma, s.79

[747] Üstündağ-Yasak, s.32; Tanrıver-Usûl, 479; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 324; Börü-Somutlaştırma, s.80,

[748] Tanrıver-Usûl, s.480; Kuru-Dava Sebebi, s. 245; Alangoya-Dava Temeli, s. 284; Yılmaz-Islah, s. 149; Börü-Somutlaştırma, s.83

İspatı gereken vakıa, HMK 187/1.maddeye göre hukuken değerli ve çekişmeli olaydır. İspatın konusunu belirleyen bu iki konu yani olayın hukuken önemli ve değerli olması ve de çekişmeli olması konuları, somutlaştırılması gereken vakıaları belirlerken de ölçüt olarak alınmalıdır. Delilin değerlendirilebilmesi, ileri sürülmüş vakıanın somutlaştırılmasına bağlıdır. İleri sürülmüş yani dava edilmiş vakıanın önemi, bu vakıaya dair delilin değerlendirilebilmesi, ancak vakıanın somutlaştırılması ile belirlenebilir. Belirli bir vakıanın hukuken önem arz eden bir vakıa olup olmadığı davadan bağımsız olarak belirlenebilir.İspat faaliyetine girmeden önemin tespiti ise, olaya uygulanacak normun esas alınması ile bir vakıanın önemli olup olmadığı anlaşılabilir. Ayrıca, çekişmeli olup olmama yalnızca vakıanın yargılamaya dâhil edilmesi ve diğer tarafın tepkisi ile anlaşılabilir, burada verilebilecek bir örnek de, reddedilen inkar edilen vakıa çekişmeli olarak kabul edilmelidir[749].

Soyut somutlaştırma yükü olarak yukarıda belirttiğimiz boyut açısından yapılan değerlendirmelerde, "soyut norma göre vakıanın somutlaştırılması", kanımızca Türk hukuku yönünden kabul edilebilir değildir, zira, unsur yönünden istem unsurunu kabul ettiğimizde, vakıanın norma göre somutlaşması değil, HMK 33. madde ile tarafa bu yükü yüklemeden, isteminin somutlaşmasının gerektiğini ileri sürmek daha doğru olabilir kanısındayız.

Davacının, bir haksız fiil tasvir ederken "bana tüm gücü ile, öldürmek, beyin travması geçirtmek amacıyla vurdu, yaraladı" ifadesi ile, davalının "aniden bana bağırması üzerine elim çarptı" ifadelerinin değerlendirilmesi sırasında, haksız fiil faili olduğu yönünde bir iddiayla karşılaşan davalının,iç dünyasının "kast" içerip içermediği, aydınlatılması gereken bir konudur. Gerek bu örnekteki gibi, bir tarafın iç dünyasına ait bir durum, gerekse çarpma olayı gibi dış dünyaya ait bir durum kime göre, neye göre gerçek ve var kabul edilip edilmeyeceği tartışılmalıdır. Varlığının, tarafların her ikisi için de "bağlayıcı" olabilmesi, her iki taraf yönünden de, artık tartışmasız sayılabilmesinin standardını belirlemek, medenî yargılama

[749] Yardımcı, s.46

hukukunun görevlerindendir. Yukarıdaki örnekten hareketle, "yaralama" vakıası, gerek hastane raporları gerekse bilirkişi incelemesi ile, her iki tarafın aksini iddia edemeyeceğinin, yargı organları huzurunda bir vakıanın var sayılacağının ölçütünü ispat kuralları belirleyecektir. Hâkimin zihninde, olay, bir hak iddiasına konu edilmiş ise, bu ileri sürülen olayın bir hak doğurup doğurmadığı yönünden değerlendirme yapılması sırasında, hak doğuran olayın her iki tarafça varlığına dair tartışmaları sonlandırıcı betimlemesi, bu betimleyişin belirginleşmesi, tarafın vakıanın nasıl ve hâkim zihninde ne şekilde var olmasını istediğine dair ayrıntılı, hak iddiasının değerlendirilmesine uygun açıklanması çalışması aslında somutlaştırma faaliyetidir. Medenî yargılama hukukunun ve hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amacının "maddi gerçek" olduğu yönündeki görüşlere katılmayarak, etkin hukuki koruma ve adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi olduğu kanısında olduğumuzu belirtmiştik; bu kapsamda taraflar maddi dünyada hiç var olmamış bir olayı karşılıklı ikrar ve kabulleri ile hâkim zihninde oluşturması sonucu, karara etkili bir olgu olarak değerlendirtmek isteyebilirler. Bu anlamda vakıa tanımı, medenî yargılamanın amaçları yönünden bakıldığında, maddi gerçek görüşü temelinden hareket eden bakış açılarının tanımlarından farklı ele alınmalıdır.

Vakıa, bir uyuşmazlık olarak yargı organlarının önünde değerlendirilen, ispat araçlarıyla ve taraf beyanlarıyla hâkim zihninde davanın taraflarınca oluşturulmak istenen, gerek insan varlığının iradesi ve düşünsel dünyası ile, gerekse onun dış dünyadaki etkinlikleri ve eylemleri ile varlık bulduğu iddia edilen ya da savunulan, hukuk düzenince soyut hukuk kuralları ile var oluşu halinde, bir hak doğumuna, hakkın sona ermesine neden olacağı maddi betimlemelerdir şeklinde tanımlanabilir.

Bu tanımdan yola çıkılarak bir örnek vermek gerekirse, bir davacının gömlek satışı konulu bir sözleşmede, gömleğin pamuklu olduğu, değerin bu esastan belirlenmesi gereği iddiasına ve bu iddiaya bağlı belli miktarda bir para alacağının tahsilini dava etmesi

karşısında, davalı tarafın gömleğin niteliği yönünde dahi olsa açıkça " ben gömleğin niteliğinin pamuklu olduğunu kabul ediyorum ancak alacak zamanaşımına uğramıştır" savunması karşısında, hâkim çekişme dışı haline gelen gömlek niteliği vakıasının gerçekliğini araştıramayacaktır.

Medenî yargılama hukuku açısından bakıldığında " süre gelen veya olmuş olay" tanımı aslında, katılmadığımız bir tanım haline gelmektedir. Taraflarca, eğer bu konuda bir tartışma olmadığı açık ikrarlar ile davada belirtilir, mahkeme kararında da bu duruma işaret edilirse, maddi anlamda kesin hüküm haline ulaştığında, aslında hiç pozitif dünyada var olmayan bir olgu, medenî yargı açısından bakarsak, tarafların arasındaki hukuki ilişkide var olarak değerlendirilecek, bir başka uyuşmazlıkta, aynı gömleğin aslında yünlü olduğu iddiası, yukarıda belirtilen ikrar karşısında maddi anlamda kesin hüküm etkisi ile karşılaşacaktır. Bu karşılaşma da anılan iddianın aksinin ikrarı nedeniyle iddianın reddi ile sonuçlanabilecektir. Bu anlamda, maddi anlamda kesin hükmün uygulama alanı yönünden asıl kuralın, hüküm fıkrası yönünden uygulama alanının söz konusu olduğu öğretide baskın görüş ise de yukarıdaki örnekteki gibi, hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı gerekçe[750] söz konusu olduğu durumlarda bu sonuca varılabilecektir.

Tanım olarak vakıa kavramına dair yaklaşımımızı, "gerçeklik" ve "gerçekleşmiş olan" açılarından farklı sunmakla beraber, öğretide vakıaya dair, medenî yargılama hukuku kapsamında dış dünyaya ya da insanın düşünsel ve iç dünyasına yönelik olarak, geçmiş veya halen var olan olumlu ya da olumsuz, yargılama içi veya dışında meydana gelen, zaman ve yer olarak belli durum ve koşullar olarak da tanımlanmıştır[751]. Bu tanımdan ve diğer tanımlardan yola çıkarak, bu vakıanın hangi unsurları içermesi gerektiği, belirsizliğin başladığı yerin tespiti yönünden büyük önem taşımaktadır. Belki de, tüm çalışmamızın temelinde, bu unsurların belirlenmesi yer alabilir. Zira bir hukuk davasında hâkimin, bir

[750] Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 695

[751] Gürdoğan, Burhan: Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, SBFD, Y.1956, C.IX,S.3, s.260

olayın hangi unsurlarının varlığının söz konusu olmadığı durumlarda o olaya dair hüküm verememesi söz konusu olacaksa, olayı kavramakta ve soyut hukuk normu ile bağlantı kurmakta o unsura dair araştırmaya yönelecek, sorularını, kanıt istemlerini bu unsura odaklayacaktır. Vakıanın unsurlarını araştırırken , bu araştırma konusu edilen vakıanın gerçekliğinin söz konusu olup olmadığını araştırmamız, medenî yargılama hukukunun amacına hangi görüşü kabul ettiğimiz ile ilgili eksende söz konusu olacaktır. İkrar, nedeniyle çekişme dışı tutulan bir vakıa söz konusu ise, bu vakıanın değerlendirilebilir olması için gerekli unsurlar bilinmelidir.

Unsurların belirlenmesinde, öğretide hukuk kurallarından hareket edilmeyeceğini, bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini, nerede, ne zaman, nasıl gerçekleştiğinin araştırılması gereğine işaret edilmiş, bu konuda kanımızca felsefi değerde bir tespitle, "fanilere nasip olmayan mutlak bir hakikat derecesinde olmasa bile içinden gelen şüpheyi vicdanını susturabileceği kadar kesin bir kanaate vasıl olmak" hâkimin ilk işi olarak belirtilmiştir[752].

Bir başka yaklaşımla da, aynı görüşle " büyük önerme - küçük önerme" olgusu üzerinde durulmuştur[753]. Bu konudaki değerlendirmede, bir uyuşmazlık hakkında mahkemece bir karar verilirken, mantıksal bir akıl yürütme yolu izlenmesi gereğine işaret edilmiştir. Bu anlamda, mantıksal bir akıl yürütme bir önermede bulunan sonucun yani büyük önermede elde edilen verinin, ikinci bir önerme yani küçük önerme ile birleştirilmesi olarak belirtilmiştir[754]. Bu akıl yürütmenin ikinci unsurunun vakıa, ilk unsurunun ise soyut hükümler olduğu kabul edilmiştir[755]. Bu konu açısından öğretide, normun soyut olarak düzenlediği vakıanın somut iddia açısından gerçeklemesi söz konusu olmadıkça, ilgili normatif düzenlemenin yöneldiği hukuki sonucun doğduğuna karar verilmeyeceği belirtilmiştir[756]. Bu

[752] Gürdoğan, s. 264
[753] Göksu, Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s. 339, (Vakıa ve Hukuk), Gürdoğan, s. 265 vd.
[754] Göksu, Vakıa ve Hukuk,s. 339
[755] Gürdoğan, s. 264
[756] Atalay, s. 58

paralelde hâkimin ödevinin somut olayda gerçekleştiğinin belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir. Son görüş açısından katılamadığımız nokta şudur ki, yargılamaya sunulacak veya sunulan vakıanın mutlaka bir hukuki sebep ile ya da diğer bir ifade ile bir hukuk normu ile ilişkilendirilmesi gerekmediği düşüncesindeyiz. Biz de bu görüşümüzle öğretide, dava sebebinin vakıa olduğu yönündeki görüşlere katılmaktayız[757].

VI. Somutlaştırma Çalışması

Dava dilekçesi, daima sadece lafzına göre değil, aynı zamanda tüm içeriğiyle , dolayısıyla da dava sebebi yardımıyla yorumlanmak durumundadır[758]. Dava sebebi, davacının dilekçesine gerekçe gösterdiği gerçek olay, maddi dünyada gerçekleşen eylemsel durumudur. Bu her davanın ön şartıdır, zira hukuk düzeni, davayı fiili durumlara bağlamaktadır. Ayrıca verilen dilekçenin açık ve kesin olup olmadığının takdiri dava sebebinin açık ve eksiksiz sunulmasına bağlıdır.

Mahkeme önce dava sebebini sorular ve bilgilendirmelerle açıklığa kavuşturup eksiklerini gidermeli, sonra da açık seçik olmayan ya da belirsiz bir dilekçeyi açıklığa kavuşturmalı ve bundan sonra tarafların iradesini ve olayları tam içermeyen, belirsizlik ve çelişki içeren bir dilekçeyi, taraf iradesine ve uyuşmazlık konusu somut olaya uygun hale getirmekte taraflara soru sorarak yanıt verme, açıklama yaptırma, yeni delil sunmalarını istemek suretiyle yükümlülük yükler ve böylece davayı aydınlatma ödevini yerine getirir[759].

---

[757] Kuru, Dava Sebebi, s. 256; Bilge, s. 513; Gürdoğan, s. 79, bkz. karşı görüşte, Postacıoğlu, s. 494 vd.

[758] Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 27

[759] Yargıtay'ın bir içtihadında da bu duruma işaret edilmektedir, "Davacı tarafın dayandığı 20.01.1987 tarihli miras taksim sözleşmesinin incelenmesinde, 12.12.1976 tarihinde vefat eden E. mirasçıları arasında birden fazla taşınmazın paylaşımı hakkında düzenlendiği, taşınmazlardan bir bölümünün parsel numaralarının sözleşmede yazılı olduğu, bir kısım taşınmazların ise mevki ve yüzölçümü belirtilerek paylaşıma konu edildiği anlaşılmaktadır. 6100 Sayılı HMK'nın 31. maddesi "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." hükmünü içermektedir. Mahkemece, davacı tarafa süre ve imkan verilerek davaya konu yerlerin sözleşmede yazılı olan hangi taşınmazlar olduğunun açıklattırılması, iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak yeniden yapılacak keşif ile davaya konu edilen taşınmazların sözleşmede yazılı taşınmazlar olup olmadığının belirlenmesi ve dosya içerisinde mevcut olan 24.06.1996 tarihli miras taksim sözleşmesinin, davacı tarafça dosyaya sunulan ve davaya dayanak olan 20.01.1987 tarihli miras taksim sözleşmesini hükümsüz hale getirip getirmediği hususunun da açıklığa

Mahkeme ayrıca bunun ötesinde dava sebebinin değerlendirmesini ve yaşam fiili durumunun açık ve amaca uygun bir dilekçe ile olan ilişkisinin hukuki değerlendirmesini açıkça beyan etmek durumundadır[760].

---

kavuşturulması gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulmuş olması nedeni ile de bozulmalıdır."(8. Hukuk Dairesi, E. 2014/18165 K. 2015/1333 T. 22.1.2015)

[760] Liu, s. 286, benzer şekilde Yargıtay da, 16. H.D.'nin E. 2015/17578 K. 2018/311 sayılı T. 29.1.2018 tarihli içtihadında, "Davacı, dava dilekçesinde çekişmeli taşınmazın müşterek muristen geldiğini ileri sürerek miras payı oranında tapu iptali tescil ve taşınmazın üzerinde bulunan kargir evin murise ait olduğu hususunda tapu kaydının beyanlar hanesine şerh verilmesi istemiyle dava açmış, keşif sonucunda da dava dilekçesindeki taleplerinin öncelikli olup, bu talepleri mahkemece yerinde görülmezse mirasta iade, muvazaa, tenkis ve mirasta denkleştirme hukuki nedenlerine de dayandıklarını belirterek harç yatırmaksızın davasını ıslah ettiğini bildirmiştir. Mahkemece, ıslah sonucunda davacı tarafın hangi dava sebebine dayandığının net olarak ortaya konulamadığı gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmiştir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde; "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." düzenlemesi bulunmaktadır. Ne var ki; mahkemece, ıslah harcının ikmal edilmesi için davacı tarafa süre verilmediği gibi, gerekçede davacı tarafın hangi dava sebebine dayandığının net olarak ortaya konulamadığı belirtilmesine, bir diğer ifade ile bu husus belirsiz olarak kabul edilmesine karşın yukarda sözü edilen madde uyarınca davacı tarafa bu hususun açıklanması yönünde soru sorulmadığı gibi süre verilerek açıklama da istenilmemiştir. Hal böyle olunca, öncelikle, ıslah harcının ikmal edilmesi için davacı tarafa süre verilmeli, ıslah harcının ikmal edilmesi halinde davacı taraf ıslah dilekçesinde dava dilekçesindeki taleplerini saklı tutup bu taleplerini de devam ettirdiğine göre öncelikli olarak davacı tarafın kadastro öncesi nedene dayalı tapu iptali ve tescil talebi ile muhdesat iddiasına yönelik talebi hakkında, bu talepleri yerinde görülmez ise ıslah dilekçesinde davacı tarafın öne sürdüğü diğer hukuki nedenlere dayalı talepleri hakkında; ıslah harcının ikmal edilmemesi halinde ise davacı tarafın dava dilekçesinde öne sürdüğü kadastro öncesi nedene dayalı tapu iptali ve tescil talebi ile muhdesat iddiasına yönelik talebi hakkında bir karar verilmesi gerektiği düşünülmeli, belirsiz görülen hususlar bulunması halinde 6100 Sayılı HMK'nın 31. maddesi uyarınca hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bu hususlar açıklığa kavuşturulmalı, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir." şeklinde görüşünü kararda açıklarken dava sebebinin aydınlatılması gerektiği üzerinde durmuş, yasal dayanağı da HMK 31. maddesinden almıştır. Bir başka içtihatta da, dava sebebinin denetlenmesi ve dava sebebi içindeki olayın çözümlenmesinde hukuki sebep ile örtüşmesinin incelenmesinde hâkimin yapacağı araştırmaya işaret edilmektedir, "Dava, anonim şirket yönetim kurulu üyesinin huzur hakkı alacağından kaynaklanmakta olup, mahkemece davacının 62.500 TL huzur hakkı alacağının tahakkuk ettiği, şirket kayıtlarına kasa hesabından ödeme şeklinde kayıt düşüldüğü, davacının kredi kartı harcamalarının huzur hakkı alacağına mahsuben ödendiği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, davacı taraf bilirkişi raporuna karşı beyanında dekontlarda şirket adına ödeme yapıldığının belli olmadığını, ödemeleri yapan M. K. Y.'ya elden para vererek kredi kartı ödemelerini yaptırdığını, ödemelerin hesap hareketleri incelenerek gerçekten şirket tarafından yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerektiğini bildirerek itirazlarda bulunduğu halde, mahkemece davacının ek rapor alınmasına dair talebi reddedilerek ciddi itirazları üzerinde durulmadan hüküm kurulmuştur.

Bu itibarla mahkemece, bilirkişi heyetinden ek rapor veya yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınmak suretiyle, şirket kayıt ve defterleri üzerinde inceleme yapılması, davacının kredi kartı harcamalarının şirket tarafından ödenip ödenmediğinin belirlenmesi, dosyada davacının huzur hakkı talep ettiği tarihten önceye ait kredi kartı harcamalarına dair benzer dekontlar bulunduğundan, davacının şirketten olan huzur hakkı alacaklarını davalının savunduğu gibi tahsil edip etmediği konusunda teamül oluşup oluşmadığının tespit edilmesi, H.M.K.'nın 31. maddesi uyarınca hâkimin uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü husûlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği, delil gösterilmesini isteyebileceği gözetilerek, gerektiğinde dekontlarda ismi geçen M. K. Y.'nın dinlenip, kredi kartı harcamalarına dair olarak paraları davacıdan mı, yoksa davalı şirketten mi aldığı hususunun açıklığa kavuşturulması ve neticesine göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple davacı yararına bozulması gerekmiştir." (www. kazanci.com, erişim tarihi: 10.12.2018), Ayrıca benzer yönde, bkz.11. Hukuk Dairesi, E. 2014/3245 K. 2015/1360 T. 5.2.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi 10.12.2018

Vakıanın hukuki sebeple bağlantılı olup olmadığını, davanın hâkimi HMK 33.madde gereğince belirleyecektir, bu anlamda, bir dava şartı olan hukuki yararın da olup olmadığını resen araştıracaktır. Davada, taraftan beklenilen, bu anlamda, somut bir olay ve olaydan doğan bir hakkı olduğunu iddia ediyorsa veya bir hakkın doğmadığını savunuyorsa, hakkın doğumuna engel olan bir olayı ileri sürüyorsa, bu olayın unsurlarını belirgin olarak davaya getirmesi olmalıdır. Hukuki bir değerlendirme yapması kendisinden beklenmeyen dava tarafının, ifadelerinde öğretinin tanımlarındaki gibi soyut normda aranılan somut olayı getirmesi değil, sadece somut olayı ve olaydan doğan sadece istemini sunması olmalıdır. İstemin hukuki değerlendirilmesi, değerlendirme sonucu isabetine dair bir kanıya veya aksine, isabetsizliğine dair bir yoruma ulaşılması hâkimin görevidir. Bu konuda, hâkim, kendi anlayış ve değerlendirmesini, en başta kendi vicdanında isabetli yapmak ve pozitif açıdan da denetlenebilir halde, tutarlı ve kanıtlara dayalı bir durumda bulundurmak için olayı yani vakıayı sunan tarafa sorular sorabilecek kanıtlar sunulmasını isteyebilecek ve açıklama yapılmasını isteyebilecektir. Ancak, hâkim bunları yaparken tarafın, vakıayı ve diğer dava malzemesi olan delilleri somutlaştırmasını istemiş olmaktadır. Bu somutlaştırma yükü içine ise, kanımızca hukuki tasnif girmemektedir.

Tarafın istemin, hangi soyut normdan doğan hakka dayalı olduğuna dair yapılacak bir değerlendirme, taraf bir hukuki sebep gösterse bile hâkime aittir. Örneğin bir trafik kazası nedeniyle yüzünde ağır yanıklar oluşan bir haber sunucusunun, dava dilekçesinde sadece maddi ve manevi zararının davalıdan tahsil edilmesini istediği bir davada, hâkim ilgili zararın, Borçlar Kanunu'nun hangi maddesine dayalı olarak istenildiğini davacıdan sorması, bu açıklamalarımıza göre isabetsiz olacaktır. Hukuki sebepler yerine vakıayı getirene vakıa unsurlarının sorulması, ya da istem içeriğinin sorulması gerekecektir. Ancak somutlaştırma istenirken, HMK 31. maddesinin sınırları olarak da belirtilebileceği gibi, hâkimin taraflara yol göstermemesi gereklidir. Bu gereklilik aynı zamanda HMK 36. maddesinden de

kaynaklanmaktadır. Hâkimin, yukarıdaki örneğimizde olduğu gibi maddi zararın içeriğini sorması halinde, davacının bazı zarar kalemlerini belirtip bazılarını belirtmemesi halinde hâkimin belirtilmeyen kalemleri hatırlatması yol gösterme olarak da kabul edilebilir. Alman Hukuku'nda ise Türk Hukuku'ndan farklı olarak hâkim, ZPO md.139 par.1 ve 2 çerçevesinde, taraflarca beyan edilmemiş olan maddi vakıayı değerlendirmeye yetkili değildir ancak, hâkim, bir tarafın "açıkça" gözden kaçırdığı veya önemli görmediği nitelemelere ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkan taraf beyanlarındaki eksikliklere işaret etmesi gerekir[761].

Öğretide, olayın unsurları yönünden, yer, zaman ve kişi unsurları açısından ayrıntılı ve somut bildiriminin gereğine işaret edilirken[762], aslında somutlaştırma yükünün konusu olan somutlaştırma faaliyetinin de yönünü belirtmiş olmaktadır[763]. Bu temelde, bir vakıanın,

[761] Liu, s. 154

[762] Erdönmez, Gülay: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İstanbul Barosu Dergisi, Eylül-Ekim 2013, C.87, S.2013/5, s.19

[763] Bu unsurlardan ayrı olarak, bir hukuki işlemin de münhasıran dava konusu olması olanaklıdır. Örneğin, bono ve konu edildiği icra takibi bu anlamda bütün olarak ele alınırken, belki bu işlemlerin içinde anılan unsurlar yer alsa da, dava konusu olarak tümüyle bir icra takip dosyası ve dayanağı bono da gösterilebilecektir. Burada bir belirsizlik doğmasına örnek olarak da Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bir içtihadı incelenmelidir: "Dava dilekçesinde toplam tutarı 37.500 TL olan 13 bonodan dolayı borçlu bulunulmadığının tespiti istenmiş olup, bu bonolarla ilgili olduğu ileri sürülen ...İcra Müdürlüğü'nün 2012/9530 , 2012/11637, 2012/11638 ve 2012/13993 sayılı icra takip dosyalarının dava konusu olduğu belirtilmiştir. Dava dilekçesinde belirtilen bu dört adet icra takiplerine konu edilen bonoların toplam 15 adet olduğu görülmektedir. Oysa davacı taraf 13 bonodan dolayı menfi tespit isteminde bulunmuştur. Öte yandan ... İcra Müdürlüğü'nün 2012/11638 sayılı takip dosyasına konu bonolarda davacılardan ...'nin sıfatının bulunmadığı anlaşılmıştır. Kaldı ki bu dosyadaki iki adet bono dışındaki diğer dosyalardaki 13 adet bononun toplam miktarının ise dava dilekçesinde belirtildiği gibi 37,500 TL olduğu görülmüştür.
Bu durumda mahkemece davacılar vekiline 6100 sayılı HMK'nun 31. maddesi uyarınca belirtilen hususlarla ilgili olarak açıklattırma yaptırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yeterli gerekçe gösterilmeksizin ... İcra Müdürlüğü'nün 2012/11638 sayılı takip dosyası bakımından da menfi tespit kararı verilmesi doğru görülmemiştir."(E. 2015/2806 K. 2016/717 T. 25.1.2016)
Benzer şekilde bir başka içtihatta, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, "Somut olaya gelince; davacı, davalı aleyhine başlattığı takibe vaki itirazın iptalini talep etmiş, ancak dava dilekçesinde davalı aleyhine başlattığını bildirdiği takibin ait olduğu icra dairesi ile esas numarasını bildirmemiştir. Mahkemenin gerekçesine esas alınan takip dosyası ise, dava dilekçesinde dava dışı alacaklı S. E.'in dava dışı borçlu Sancaktepe Belediyesi aleyhine başlattığı takip olarak belirtilmiş, yine dilekçenin devamında bu takibin itiraz üzerine durduğu ve sonrasında yapılan araştırma sonucunda davacı tarafından davalı aleyhine davanın konusunu oluşturan takibin başlatıldığı bildirilmiştir.
Bundan ayrı, Bakırköy 9.İcra Müdürlüğünce dava dilekçesinin arkasına 2012/17685 sayılı takip dosyası nedeniyle "alacaklı tarafından 44,90 TL peşin harç yatırılmıştır" ifadesinin şerh edilmiş olduğu anlaşılmaktadır.
Bu durumda mahkemece; hâkimin davayı aydınlatma yükümü gözetilerek, dava dilekçesinde davanın konusunu oluşturan takip dosyasının ait olduğu icra dairesi ile esas numarasının belirtilmediği, ayrıca dava dilekçesinin arkasına Bakırköy 9. İcra Müdürlüğünce 2012/17685 sayılı takip dosyası nedeniyle harç için şerh verildiği hatırlatılmak suretiyle davacının davaya konu ettiği takip hakkında beyanı alınarak iddianın açıklığa kavuşturulması, sonrasında taraflarca gösterilen deliller toplanarak varılacak sonuca göre uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar

davanın tarafı ile bağlantısını yani illiyetini belirlemek, bu illiyetin bir hak doğurup doğurmamada önem ve gereğini hukuken değerlendirecek olan davanın hâkimine sunmak gereklidir. Bunun yanı sıra, olayın meydana geldiği yer unsurunun belirli olması gerekir. Bu unsur, usûli olarak kesin yetki hallerinde hâkim tarafından yetkili olup olmadığının resen değerlendireceğinden, temel bir önem taşırken, olayın maddi yani pozitif evrende var oluşunun belirlenmesi adına da önemlidir. Bir olayı, bir başka olaydan ayırt etmekte, yer unsuru adeta olaya genetik bir kod vermektedir. Örneğin, aynı zaman ve aynı tarafların, aynı yerde meydana getirdiği bir haksız fiil, bir başka yerde aynı zamanda gerçekleşemeyecektir. Olayların arasından, dava konusu edilenin tespitinde, yer unsuru önemlidir. Hatta, kurucu niteliktedir. Yer unsuru gibi, zaman unsuru da kanımızca kurucu niteliktedir. Aynı zamanda aynı yerde iki olayın birden meydana gelmesi olanaklıdır, fakat farklı zamanda aynı yerde meydana gelen iki olay aynı olay olarak kabul edilemez. Örneğin, 12.12.2012 tarihinde X kişisinden sol elmacık kemiği üzerinde yumruk ile darbe alan Y kişisi, 13.12.2012 tarihinde aynı yerde aynı beden bölgesine aynı kişi tarafından bir yumruk darbesi alsa, her iki olayın aynı olması, kanımızca felsefi tartışmalar çalışma konumuzu aşmakla birlikte, pozitif bilim verileri ile olanaklı olmayacaktır.

Hukuk, özellikle de yargılama hukuku metafizik veriler ve bilgiler üzerine değil, pozitif bilimlerden yola çıkılarak değerlendirmelerini yapması gereklidir. Sunulmuş bir vakıada, hâkim algısının, dış dünyaya yani tüm taraflar ve üst mahkemece denetlenebilir olabilmesinin de mümkün olması gerekir. Sadece hâkim zihninde ve sübjektif algısında kalan bir değerlendirme hukuki güvenliği ihlal etmesinin yanı sıra mahkeme kararlarının denetlenebilir olması ilkesine de aykırıdır.

---

verilmiş olması usûl ve yasaya aykırıdır." (E. 2014/19516 K. 2014/17022 T. 22.12.2014, www. kazanci.com, erişim tarihi 5.12.2018) şeklinde karar vermiştir.

ZPO 139/2. maddesi en başta yapısal ve birbirleriyle bağlı hukuki, maddi ve farklı anlama gelebilecek çok boyutlu bakış açılarının saydamlığını ve hukuki, maddi ve olaya dair farklı bakış açılarının anlamı, içeriği ve bağlantısı üzerinde genel bir anlayış birliği oluşturmayı amaçlar. Saydamlık; açıklık, netlik, anlaşılırlık, kavranabilirlik demektir. Yani saydam bir süreç; açık bir süreçtir, gizli-kapaklı ilerlemeyen tam tersine gözlemci için görülebilir ve anlaşılabilir bir süreçtir. Resmi kararların içeriğini ve mantığını anlamayı zorlaştıran, çoğu zaman, olayların ve işleyişlerin karmaşıklığıdır. Bu yüzdendir ki saydamlık sadece soyut bir bilgi kümesinin çoğaltılmasını değil aksine aynı zamanda bilginin belirli bir biçimde düzenlenmesini de yani yurttaşlar için de gerçekten yararlı ve verimli biçimde hazırlanmasını da öngörür. Demek ki, burada karmaşıklığın azaltılması da söz konusudur. Belli biçimde düzenlenmiş karar süreçleri aracılığıyla, karar verilmesi gerekenler parçalara ayrılır ve bu şekilde karar verenle karardan etkilenenin karar verilmesi sürecini tam anlamıyla takip edebilmesi olanağı sağlanmış olur. Ancak örneğin daha basit, daha kolay anlaşılır bir dilin kullanımı için çalışmak da buraya dâhildir. Bu demektir ki, hukuk eğitimi almamış sıradan bir kişi bile, birazcık çabayla bir yasa metnini anlayabilecektir. Bu ise, hukuku uygulayanlar zaten yazılı metinleri daha iyi anlayabileceğinden daha fazla saydamlık demektir. Böyle bakıldığında saydamlık; sayısal olarak fazlaca bilgi yığını sorunu değil tersine hem de erişilebilir bilgilerin niteliği sorunudur. Bundan dolayı mahkeme; yapılandırılmış ve işlevselleştirilmiş bir anlaşım kurgusu[764] ortaya koymalı ve hukuki, maddi ve birden fazla anlama gelebilecek bakış açıları arasındaki bağlılığa, anlam bütünlüğüne ve karşılıklı etkileşime dair uyarılarda bulunmalıdır. Mahkemenin her bir değerlendirmesinin bir diğer değerlendirmeyi nasıl etkilediği, iki bakış açısının karşılıklı olarak nasıl birbirlerini etkilediği, maddi ve hukuki taraf beyanının mahkemenin hukuki ve maddi değerlendirmelerine nasıl bağlı olduğu ve bu beyanın mahkemenin değerlendirmesini ne

[764] Bröhmer, Jürgen: Transparenz als Verfassungsprinzip, Habil., Saarbrücken 2002, s.18-19

şekilde etkilediği konularında uyarılar yapmalıdır. Bu arada ilgili kişiye; hukuki bir yaklaşımın bir başka hukuki veya maddi bakış açısını etkilemesini, maddi bir bakış açısının esnek anlamlı veya hukuki bir yaklaşıma olan etkisini, bunun taraf beyanının netleştirilmesi, tamamlanması ve değişikliğe uğratılmasına yönelik etkilerini ve maddi beyanın, delil ikamesinin ve dilekçenin netleştirilmesinin, tamamlanmasının ve anlaşılmasının bakış açılarının anlaşılmasına yönelik etkisini somut ve yanlış anlamaya olanak vermeyecek biçimde açıklamalıdır. Bir anlaşma sistemi içinde hukuki, maddi ve şüpheli-çok anlamlı bakış açılarının karşılıklı bağımlılığı ile ilgili uyarılar yapmak zorundadır. Güçlendirilmiş bir anlaşım görevi yerine getirmek hâkim omuzlarına yüklenmiştir[765].

Bir uyuşmazlığın ana konusu olan vakıanın doğru algılanıp algılanmadığı, sadece hukuk bilimi ile kanımızca denetlenemez. Algı konusu, algı kavramı bilinçli ve isabetli olmalıdır. Özellikle, kesin olarak yani kanun yolu kapalı verilen kararların, maddi hukuka aykırı olmakla birlikte somut gerçeklere de aykırı olması durumunda kamu barışının korunması da zorlaşacaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, bu anlamda sadece usûli bir konu değildir. Olayın, hâkimin zihninde doğru anlaşılması, hâkim algısına doğru katılması, bunun taraf beyanlarından yola çıkarak, delillerle de örtüşerek oluşabilmesi, hâkimin ödevi ise, bu ödevin usûl ekonomisi ilkesini de ihlal etmeden yani yargılamanın uzamasına neden olmadan yerine getirilmesi gerekir. ZPO-RG 2001'in kanun yapıcısı, bundan dolayı mahkemenin ZPO md.139'daki mahkemenin maddi dava yönetimi ve uyarma görevini genişletmiştir. Hâkimin, kendi değerlendirmesi her iki tarafın beyanından farklılaşmışsa, maddi ve hukuki durumu taraflarla net biçimde tartışması ve tanımlaması gerekir[766].

Bir dava, yargı organı nezdinde incelenirken, hukuki terimlerden uzak, hukuki tasnifleme çabaları isabetsiz olan bir çok taraf beyanı, dilekçesi ile karşılaşabilir. Medenî yargılama hukuku, hâkim algısında, bir olayın, hangi araçlar, belirticiler varsa kanıtlanmış

[765] Liu, s. 424-425
[766] Liu, s.201

sayılacağını ispat kuralları ile belirlemişken, olayın değerlendirilmesinde, algılanmaya uygunluğunda hangi kriterlerin unsurların olması gerektiğini, "algıya uygunluk" ölçeklerini düzenlemiş değildir. Halbuki, tarafların yaşadığı olay ile kanıtlar ve dilekçe beyanları çok farklı olabilir. Buna bağlı olarak, etkin hukuki koruma isteminde bulunduğu hak ihlali iddiası da farklı olabilir. Hâkim, ilk derece yargılamasında uyuşmazlığın, eğer taraflar avukat yardımından yararlanmıyorsa, temyiz ve istinaf incelemelerinden daha farklı bir konumu ile tarafları ile neredeyse ilk karşılaşan kişidir. Hâkimi insani duyguları, "yol gösterme yasağı" ve "ihsası rey" yasaklarını ihlale istemeden sürükleyebilir. Tam tersi bir yorumla, çok açık, anlaşılır bir olay ya da delil sunumu, beyan sunumu karşısında, hâkim anlamamış, algılamamış da olabilir. Hatta aydınlatma ödevini yerine getirmek isterken, aydınlanmış bir noktayı, algılama sorunu yaşayarak , yeniden aydınlatma faaliyetine girişebilir. Bir olayda, "aydınlanmış sayılma", hüküm verebilmek açısından, önemli ve hatta kurucu bir adımdır. Bir olayın doğru algılanmamış olması, anlaşılmamış olması halinde verilecek kararın, yasa yolu denetiminde tarafların da dinlenmemesi halinde uyuşmazlığı çözecek işlevinin olması da beklenmeyecektir. Örneğin, iş hukuku uyuşmazlığında, işçinin ücretinin asgari ücret olduğu konusunda taraflar arası bir uyuşmazlık yoksa, hâkimin ilgili meslek odası ve sendikadan emsal ücret araştırmasına yönelmesi, aslında ücret konusundaki karşılıklı kabulleri anlamadığını, algılayamadığını gösterebilir. Aydınlatma ödevinin, bu anlamda yanlış bir yönde kendini göstermesi de, sonuçta, verilecek kararı da olumsuz etkileyebilecektir. Bu nedenle, kanımızca psikoloji bilimi yönünden, "çatışma algısı", "iletişim çatışması" konularının da, çalışma konumuz yönünden kısaca incelenmesi, yararlı olabilir. Bu kapsamda, kanımızca "kişilerarası iletişim" kavramını ilk olarak incelemek, oradan da bu kavramlar ışığında "algı" konusunu değerlendirmek yararlı olacaktır.

Psikoloji öğretisinde, iletişim, bilgi üretme, aktarma ve anlamlandırma olarak, tanımlanmıştır[767]. Kişiler arası iletişim ise, genel tanımı ile, kaynağını ve hedefini insanların oluşturduğu iletişim olarak tanımlamıştır[768]. Kişiler arası iletişim ise, sözlü olabileceği gibi, sözsüz de gerçekleşebileceği ifade edilmektedir. Sözlü iletişimde, dil ve dil ötesi unsurlar yer alırken, sözsüz iletişimde yüz ve beden, bedensel temas, mekan kullanımı ile araçlar kullanılmaktadır[769]. Konumuz açısından iletişim ve türlerinin önemi, kendisini taraf ifadeleri, dilekçeleri, beyanları ile hâkim arasında göstermektedir. Hâkim, gerek tarafın açıklamalarını alırken gerekse tanık dinlerken, bilirkişiye ya da uzman görüşü sunan uzmana sorular sorarken onlarla iletişim halinde olacaktır. Aydınlatma faaliyetini, "doğru ve sağlıklı iletişim" kavramından ayrı görmek kanımızca zordur.

Uygulamada kimi zaman karşılaşılan durumlardan biri de, tarafların özellikle sosyal konum ve geçmişlerinin etkisi ile cinsel istismar, hakaret, darp olaylarını tüm açıklığı ile sunamamalarıdır. Örneğin, eşinin kendisine hakaret ettiğini iddia eden davacının dava dilekçesinde, hakaretin içeriği kendisine sorulan davacının "namusuma sövdü, onurumu kırdı" demesi üzerine, hâkimin bu ifade ile yetinmesi olanaklı kabul edilmemelidir. İki eş arasındaki çatışmalı iletişimde yani medenî hukuk terimi ile "*ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış*"[770] olacak derecede taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana gelmişse, hangi sözün onur kırıcı kabul edildiği değerlendirilmelidir. Hangi sözün toplumsal algıda iffetsizlik olarak bir algı oluşturduğu da önemlidir. Belirtilen sözün manevi zarar doğuracak nitelikte olup olmadığı da önem taşımaktadır. Bu esaslar üzerine, hâkimin, tarafa, tekrar sorması gereken soru, "eşiniz size ne söyledi?" olmalıdır. Bu durumda, davacıdan, eşi ile yani davalı ile olan hakaret eylemini içeren, eylemi tüm unsurları ile anlayabileceği şekilde davaya getirmesi mahkemece beklenmektedir. Bu beklenti

[767] Dökmen, Üstün: İletişim Çatışmaları ve Empati, İstanbul 1994, s. 19
[768] Dökmen, s. 23
[769] Dökmen, s. 26
[770] TMK 166. Maddesinde geçmektedir. "*Madde 166- Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir."*

karşılanmadan, hâkimin bu olayı tanıkları dinlemek , başka kanıtları incelemeye yönelmek şeklinde bir faaliyete girişmesi kanımızca ispat hukuku açısından isabetli olmayacaktır. " Olay" kavramının yani vakıanın boyutlarının bilinmesinin önemi de burada yer almaktadır. Örneğimizdeki olayda, davalı, davacı eşine "sosyete gülü" demiş olduğu varsayımında, tanıklar "serseri" sözcüğünün kullanıldığını belirtirse, kanımızca iddia ispatlanmış olmayacaktır. "Sosyete gülü" ifadesinin hakaret niteliğinin olup olmadığı maddi hukukun konusudur. Bu sözün söylenip söylenmediği ise medenî yargılama hukukunun konusunu oluşturacaktır. Örneğimizde, dava dilekçesinde, davalının davacıya hakaretinin olduğu iddia edilmiş bile olsa, bu belirsiz bir vakıa olarak kalmıştır. Somut değildir. Hakaret karşılık olarak bir maddi hukuk normunun öngördüğü sonuç ve istem olarak sunulmuş olabilir, örneğin boşanma ve dahilinde manevi tazminat istemi ileri sürülmüş olabilir, ancak uyuşmazlığı doğuran olay maddi ve somut olmalıdır. Medenî hukuk tarafından evliliğin ilk ayındaki hakaret ile son altı ay içerisindeki hakaret farklı olarak değerlendirilmektedir[771]. O nedenle, yer, zaman, kişi, eylem/eylemsizlik yönünden olayın belirli olması gerekir. Hâkim böylesi bir durumda, "eşim davalı…, içinde bulunduğumuz yılın Temmuz ayında bir aile toplantısı sırasında,….yerindeki annemlerin evinde muhtelif kişiler huzurunda bana sosyete gülü dedi" şeklinde bir açıklama üzerine olayın sunumunu kabul ederek doğruluğu yönünde ispat faaliyetlerini değerlendirmeye başlayabilecek midir? İlk okuyuşumuzda, böylesi bir ifade, "olay" algımız yönünden doğru olarak sunulmuş izlenimi yaratsa da, bu algının kanımızca bir standardı olması yararlı olacaktır. Yukarıdaki örnekte, hâkimin aldığı son beyanlardaki unsurları incelediğimizde, yer unsuru bellidir; davacının annesinin evi olarak sunulmuştur.

[771] Türk Medenî Kanunu'ndaki bazı örnek düzenlemeler şu şekildedir :
"Zina
Madde 161- Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir. Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Affeden tarafın dava hakkı yoktur.
Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış
Madde 162- Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir. Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde bu sebebin doğumunun üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Affeden tarafın dava hakkı yoktur."

Zaman unsuru da, açıklama tarihini içeren yılın Temmuz ayı olarak belirtilmekle, yer unsuru ile de bağlantılı olarak kısmen belirli kabul edilebilir. Kişi unsuru ise davanın tarafları yönünden belli olup, eylem sözlü hakaret ve hakaret sözcüğü olarak belirtilmektedir. Bu sunulan dava malzemesi, olayın gerçekliği, ilgili unsurlara dair doğrulama yapmaya elverişli delillerin sunulmasına bağlı olarak kanaat getirilecektir. İddia içeriğinden sözlü bir hakaret olduğu belirli kişilerin de bunu duyduğu belirtilmekle, olay-kanıt ilgisi kurularak bir somutlaştırma yapıldığında, tanık deliline dayanılmış olduğu kanısı uyanmaktadır. Davacı da, bunu doğrular bir sunumda bulunursa, hâkim tanığı sorgulayacak ve algıladığı olayın usûli gerçek olarak belirli hale gelip gelmediğini sorgusu ile belirginleştirecektir. Tanık, yer unsurunu belirtmediğinde, bu durumda, çelişkinin doğmaması için bu yönde tanığa soru yöneltilecektir. Hâkimin sadece yukarıda sunulan olayı anlayıp, tanığa, "davacı…, der ki, bana davalı hakaret etti, var mı böyle bir olay, doğru mu?" şeklinde bir soru yöneltmesi kanımızca delilin aydınlatılmamış olduğunu göstermektedir. Sırf bu ifade hüküm kurmaya elverişli bir algı olarak kanımızca değerlendirilmemelidir. Bu belirlemeler, aslında Türk Hukuku yönünden, hem öğreti hem yargı içtihatları açısından bir çok noktada tahmin ile veya uygulamalar sonucu deneyim ile kabul edilmiş olabilir. Ancak, uyuşmazlığı sonlandırmak isteyen yasa koyucu,vakıalara dayandırma teorisini yasada kabul ederek[772], belki de davaya dair tüm kurumları 'vakıa' kavramı üzerine kurmuş olmaktadır. Vakıa kavramının unsurlarına dair bir standardın olmayışı kanımızca yasa koyucunun bir eksikliğidir. Bu durumu, tüm maddeyi atomlardan oluşturmak ve atomlara dayandırmakla ifade eden kimya biliminin, atomun unsurlarını incelememiş, araştırmamış olmasına benzetmek, benzetmemizde, vakıayı usûlün atomu gibi düşünmekle açıklayabiliriz düşüncesindeyiz. Bu nedenle, sırf tahminler, sırf uygulama geleneği diye, bir anlayışın peşin kabulünü bilimsel bulmayıp, yukarıda başladığımız incelemeyi sürdürmeyi yararlı buluyoruz.

[772] Üstündağ,İddia ve savunma, s.65

Öğretide, bir görüşe göre, dava temeli kavramı incelenirken uygulanacak hukuk kuralının soyut durumdaki kurucu unsurlarını eksiksiz olarak karşılayan vakıaların yani olguların oluşturduğu olay olarak tanımlanmıştır[773]. Bu görüş, mülga HUMK 179/3 maddesini esas alarak şekillenmiştir ve dava temelini oluşturan vakıaların ,hayat olayını diğerlerinden ayıracak ölçüde dava dilekçesine yansımasının yeterli olduğu kanısındadır[774]. Bir diğer görüş[775] de, dava temeli olan hayat olayının yani maddi vakıaların eksiksiz olarak davaya getirilmesini zorunlu görmüş, böylece dava temelini,gene,olay-vakıa olarak kabul etmiştir.

Öğretide azınlıkta kalan bir görüş de[776] dava sebebi-temeli olarak hukuki sebebi işaret etmiştir; ancak bu temellendirmede de vakıa ekseninden uzaklaşmadan, aynı hukuki sebeple bağlantılı tüm vakıaları dava sebebi olarak yazarlar kabul etmektedir.

Bir başka görüşe göre de, dava sebebinden amacın hukuki sebep olmadığını, vakıalar olduğunu, hukuki sebebin de vakıa ile bağlantılı olarak, davaya dair istemini haklı sunmak amacıyla davacının dava dilekçesinde sunduğu vakıaların hukuki mahiyeti olarak açıklanmıştır[777]. Bu değerlendirme, hâkimin, mülga HUMK 75/1, mer'i HMK 25.maddesi kapsamında yapılmış, hâkimin bildirilmeyen vakıaları hatırlatmasının bile yasak olduğu ifade edilerek, hukuki sebebin tayininin de vakıalara göre yapılacağı belirtilmiştir.

Yargıtay, çeşitli kararlarında dava temelini farklı ele almıştır. Bir kararında[778] 'Davamızda istemin konusunu oluşturan ve dava temeli yapılan olgulara göre, davalı yönetimin sözleşmeye aykırı davranması sonucunda davacının beden tamlığını yitirmesi nedeniyle giderim istediği açıktır' diye işaret etmiş, aynı kararda 'bir davada yanların sav ve savunmalarına göre hukuksal ilişkinin belirlenmesi hâkimin görevinin bir gereğidir' demiş,

[773] Alangoya,Yavuz: Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Makaleler İstanbul 2012, s.284
[774] Alangoya,Dava Temeli, s.285
[775] Üstündağ,iddia ve savunma s.25-46
[776] Postacıoğlu, s.494 vd, Domaniç, s.82 vd.
[777] Kuru,s.254-256
[778] 13.HD,1981/2345 E. 1981/3074 K. 22.4.1981 t.,(www. kazanci.com, erişim tarihi: 1.10.2018)

öğretideki baskın görüşe böylece katılmıştır. Bir başka daire kararında ise[779] 'dava dilekçesinin istek bölümde tenkisten söz edilmiş ise de, dava temelde BK 'nun 18.maddesi hükmünü içeren muvazaa hukuksal temeline dayalı iptal isteğine ilişkindir' diye bir saptamada bulunurken kanımızca sunulan istem-olay bağı kurarak, hukuku resen uygulamıştır. Aynı daire bir diğer kararında[780] 'dava dilekçesinde hata, hile ve gabinden de söz edilmiş ise de, dava temelde ve özde ehliyetsizlik hukuksal nedenine dayanan tapu iptali isteğine ilişkindir' diyerek ifade etmekte olsa da, bu belirlemede hukuki ifade kullanmış olması, hukuki sebep yönünden saptama yapılmış olması vakıadan başka bir kaynak ve temel arandığını kanımızca göstermemektedir. Aynı yıl başka bir daire ise[781] 'davacı, dava temelini oluşturan MK m.649 uyarınca adalete uygun,giderim istemiştir.' ifadesinde kanımızca davanın merkezinde olayı kabulden vazgeçmese de, hukuki sebep ile vakıayı bir bütün ele almış olabilir,kararın devamında başka farklı bir yoruma bizi taşıyacak belirleme yapılmamıştır.Aynı daire, aynı yıl[782] bir içtihadında ise 'dava avukatlık ücret sözleşmesinden doğan 50.000 lira ücret ile bürodan ayrılma tazminatı 4500 lira için yapılan icra kovuşturmasında ileri sürülen itirazın iptali ile bu paranın % 15 icra inkar tazminatıyla birlikte davalıya ödetilmesi dileğine ilişkindir.Dava temelini oluşturan 25.09.1972 günlü avukatlık ücret sözleşmesi düzenlendiğinde, davacının Silivri Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki davayı izlediğinde, sonradan davalının bu dava için avukat Nusret'i vekil olarak atadığında bir uyuşmazlık bulunmadığı gibi dosyanın içeriği de bu yönü desteklemektedir' yaklaşımında bulunmakla olay-vakıa kavramlarını davanın temeli olarak aldığı anlaşılmaktadır.Yargıtay'ın daha güncel kararlarında ise[783] "davadaki ileri sürüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmakta olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır.' şeklinde belirtmiş,

[779] 1.HD.1981/441 E.1981/6123 K.5.5.1981 t. .,(www. kazanci.com, erişim tarihi: 1.10.2018)
[780] 1981/9075 E.1981/10464 K. 22.09.1981 t. .,(www. kazanci.com, erişim tarihi: 1.10.2018)
[781] 13.HD.1981/7470 E. 1981/8439 K. Sayılı 24.12.1981 t. .,(www. kazanci.com, erişim tarihi: 1.10.2018)
[782] 21.10.1981 tarihli 1981/4763 E. 1981/6621 K. Sayılı.,(www. kazanci.com, erişim tarihi: 1.10.2018)

[783] 13.HD.2006/10068 E.2006/13288 K.sayılı 10.10.2006 tarihli.,(www. kazanci.com, erişim tarihi: 1.10.2018)

bir tespitinden önce de,'uyuşmazlık ameliyat sırasında anesteziyi yapan davalı doktorun hukuka aykırı bir eylemin, kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır" diye belirterek, dava temelini uyuşmazlık konusu olayla birlikte hukuki sebebi de esas alarak değerlendirmiş olduğunu düşünmekteyiz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2012/8-1505 E.2013/494 K. Sayılı 10.04.2013 tarihli içtihadında[784] ise, çalışma konumuz olan hâkimin aydınlatma ödevi ile birlikte konuyu değerlendirmiştir.

[784] HGK 2012/8-1505 E.2013/494 K. Sayılı 10.04.2013 tarihli'Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık, davanın tapu iptali ve tescili isteminin yanı sıra katılma alacağı isteğine de ilişkin olup olmadığı,12.10.2009 tarihli dilekçenin ıslah niteliğinde bulunup bulunmadığı, her iki istemin birlikte terditli olarak istenebilip istenemeyeceği,buna göre katılma alacağı konusunda mahkemece bozma ilamında değinilen işlemlerin yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece 01.10.2009 günlü celsede davacı vekiline, davasının katkı payı ve değer artış payı alacağına mı yoksa muvazaaya dayalı iptal tescile mi ilişkin olduğu hususunun açıklanması için kesin süre verilmesi üzerine, davacı vekili 12.10.2009 tarihli dilekçesini mahkemeye sunarak tapu iptali ile davalı Nuri adına yarı yarıya tescilli, olmazsa katılma alacağının hesaplanarak hüküm altına alınmasını istediğini belirtmiştir. 28.01.2010 günlü celsede ise,dilekçesini tekrar ettiğini, asıl davanın tapu iptali ve tescil olduğunu bildirmiştir. Bu beyandan davada sadece tapu iptali ve tescil isteği olduğu sonucunun çıkarılamayacağı açıktır.

1086 sayılı HUMK ve 6100 sayılı HMK da düzenlenen ıslah yolu ile iddia ve savunma genişletilip değiştirilebilir. Buna göre davacı dava dilekçesinde belirttiği dava sebebini de değiştirebilir.

Öte yandan dava dilekçesinde nelerin yer alması gerektiği hususu 1086 sayılı HUMK 'nun 187.maddesi ve 6100 sayılı HMK 'nun 119.maddesinde düzenlenmiştir.6100 sayılı HMK'nun 31.maddesinde ise;'Hâkim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda,maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında,taraflara açıklama yaptırabilir;soru sorabilir;delil göstermesini isteyebilir.' Hükmüne yer vermiştir.O halde, açıklık bulunmayan hallerde hâkim dava dilekçesinin açıklanmasını ilgili taraftan her zaman isteyebilir.12.10.2009 tarihli dilekçesinde,dava konusu taşınmazın alımına katkıda bulunduğunu,mülkiyetin eşi davalı Nuri adına oluştuğunu,anılan davalının boşanma davası açılması üzerine davalı eşinin kendisinden mal kaçırmak için taşınmazı muvazaalı olarak diğer davalı eniştesine temlik ettiğini ileri sürüp,tapu iptali ve tescil,olmazsa katılma alacağının hesaplanmasını ve tahsilini istediğini belirtmiştir.Gerek dava dilekçesi gerekse 12.10.2009 günlü dilekçesinden davacının tapu iptali ve tescil istemindeki amacının da taşınmazın kocanın mülkiyetine döndürülerek sonuçta katılma alacağını elde etmek olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı vekili tarafından sunulan 12.10.2009 tarihli bu dilekçede,dava sebebi değiştirilmiş olmayıp;bu dilekçede ileri sürülen hususlar tekrarlanarak,ileride açılacak katılma alacağına ilişkin davanın sonuçsuz kalmaması için tapu iptal ve tescil istediğini belirtmiştir.

Özel Daire bozma ilamında da belirtildiği üzere,davacının katılma alacağına ilişkin,kural olarak ayın talebinde bulunamayacağından,mahkemenin bu yöne ilişkin talebi reddetmesi yerindedir.Ne var ki,mahkemece 12.10.2009 tarihli davanın açıklanmasına ilişkin dilekçesindeki katılma alacağı konusunda olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiştir.

Öyle ise,mahkemece davacının 12.10.2009 tarihli dilekçesindeki talep ettiği alacak miktarı açıklattırılarak,varsa eksik harcın tamamlanması,sonrasında işin esasına girilerek karar verilmesi gerekir.

İçtihadın incelenmesinde anlaşılan odur ki,dava temeli olarak öncelikle,HMK 33. maddesine de uygun olarak, davacının sunduğu hukuki nitelemeler ve davanın hukuki sebebi olarak sunulan konular temel kabul edilmeden, içtihattaki "gerek dava dilekçesinde gerekse 12.10.2009 günlü dilekçesinden davacının tapu iptali ve tescil istemindeki amacının da, taşınmazın kocanın mülkiyetine döndürülerek sonuçta katılma alacağını elde etmek olduğu anlaşılmaktadır' tespitiyle, kanımızca önce taraflar arası gerçekleşen malvarlığı devirlerinin ve bu malvarlığı devirlerinden davacının kendisine iadelerin olması gerektiğine dair talebi olay ve istem olarak anladığı görülmektedir.Yargıtay'ın davanın temelini 'olay' yani 'vakıa' olarak kabul ettiğini söylemek kanımızca mümkündür.

VI.Hâkimin Algısı Sorunu

Hâkimin aydınlatma ödevinin, bir davayı sürüncemede bırakmadan, hâkim algısına uygun bir biçimde dava temeli olan vakıaların sunulması gerekir. Aydınlanmamış bir davanın, aydınlanma kriterlerini belirleyebilmek için hangi ölçüde 'algılanabilir' olduğu bizce önemlidir. Algı kavramının, hukukun kaynakları içerisinde tespit edilip belli bir standart içinde değerlendirildiği görülmemiştir; ancak hâkimin kararının gerekçesinden çıkarılabilen bir olgu olarak hukuki değerlendirilmeye tabi tutulabilecekse de, Türk hukukunda HMK 27. ve 31. maddelerin gerekçeleriyle birlikte yerini almış olan, yukarıda incelediğimiz sürpriz karar yasağı ve müzakere ödevi ile değerlendirdiğimizde, hâkimin "doğru algıda" bulunması, taraflarla hukuk temelindeki iletişiminin sağlanmasında bizce önemlidir, bu nedenle insan algısı ile ilgili olarak psikoloji biliminin incelemelerinden yararlanabilineceği kanısındayız. Hâkim, doğru algılama yapmadığında takdirini kullanırken, olaya dair kanısını geliştirirken,

---

Açıklanan bu değişik gerekçe ile yerel mahkemenin direnme kararı usûl ve yasaya aykırı olup bozulması gerekir.' (www.kazanci.com, erişim tarihi :1.10.2018)

bu esasta da, aydınlatma ödevine gereksinim duyup duymama noktasında sorunlar çıkabilecektir.

Algı kavramı değerlendirilmesinde, bilginin öğrenilmesi, edinilmesi, insan zihninde değerlendirilebilir olması açısından, öğrenme kavramı ele alındığında konunun daha somut bir zeminde değerlendirmeye olanak tanıyacağı düşüncesindeyiz.

Psikoloji biliminin dallarından öğrenme psikolojisinde Wallas[785] problem çözmede dört aşama tespit etmiştir;

1. Hazırlık:Sorunun tanımlanması ve ilgili bilgilerin toplanması
2. Kuluçka:Diğer çalışmalarda yer alırken sorun hakkında bilinçaltı seviyesinde düşünmek
3. İlham:Sorunun çözümü için ani bir anlayış geliştirmek
4. Doğrulama: Çözümün doğru olduğundan emin olma amaçlı denetim

Bu doğrultuda, aynı yazarca başarılı bir sorun çözme becerisi, insanın bilgi işleme sisteminin çeşitli yönlerine bağlıdır: İşler hafıza kapasitesi, kodlama süreçleri, uzun süreli hafıza geri çağırma, probleme ilişkin mevcut bilgiler ve üst biliş.

Bu yönlerden algı ölçekleme ve algının belirlenmesi açısından,'problemi kodlama' önemlidir. Bir problemi kodlamada önemli etken, sorunun hangi yönlerinin çözüm bulma açısından ilgili ve ilgisiz olduğunun tespit edilmesidir[786].

Algı ise, psikoloji öğretisinde, duyu organları yoluyla alınan uyaranların,organizmanın beklenti,gereksinim ve dikkat süreçlerinin önderliğinde yorumlanması ve anlamlandırılması süreci olarak ifade edilip tanımlanmıştır[787]. Bu tanımın açıklanmasında çalışma konumuz ile

[785] Ormrod,Jeanne Ellis: Öğrenme psikolojisi (Human Learning,Sixth edition) Ankara 2013 çev:Mustafa Baloğlu s.401
[786] Ormrod,s.403
[787] Aydın, Ayten: Eğitim Psikolojisi,Gelişim-Öğrenme-Öğrenim,Ankara 2014 s.161

bağlantılı olduğunu düşündüğümüz bir tespitle, algının,yalnızca nesnelerin nicelik ve niteliklerinden ibaret olmayıp,insanın dikkat,beklenti ve gereksinimleri gibi koşulları ve süjelerin durumu gibi değişkenlerin zihinsel süreçlerin oluşumunu etkili olduğu belirtilmiştir. Bu paralelde, bireyin zihinsel kurulumu, önceki yaşantılara bağlı deneyimlere, güdülenmeye ve içinde bulunulan duruma göre birçok psikolojik etkenden etkilendiği açıklanmış, bir bilginin bellekte anlamlı bir kategori olarak yerleşmesi, sadece objektif gerçekliği ifade eden etkenlerle açıklanamayacağı değerlendirilmiştir. Bu düşünce ile bağlantılı olarak da işleyen bellekteki bilgi, objektif gerçek değil algılanan gerçek olarak belirtilmiştir[788]. Bir davada davaya bakan hâkimin de yukarıda belirttiğimiz gibi dava malzemesini aynı düzende algılaması beklenmemelidir. Hâkim, bir insandır. Takdir ve değerlendirmeleri de her ne kadar,nesnel olmalı ise de öznel olması olasılığını en fazla hatırlatabilecek konumdadır. Davanın her iki tarafı da, iddiasını ispatlarken ya da savunmasını ispat ve temellendirirken bir ikna faaliyetinde bulunduğundan,bu çaba hâkim algısını hedefleyen bir çabadır. Özel hukuk yargılaması ve özel hukuktan kaynaklanan hakların etkin korunması, kimi zaman kamu hukukundaki kadar kişi yaşamını doğrudan etkileyici nitelik gösterebilir. Bu nedenle, hâkim algısının oluşmasında ve bu algının gerekçelendirilmesi, denetime açık duruma getirilmesinde medenî yargılama hukukunun amaçlarından kamu barışının korunması yönünden yararı olduğu düşünülebilecektir.

İletişim yönünden konu değerlendirildiğinde, verici (konuşan / gönderici) ve alıcı (muhatap), farklı bir dilsel işaret (göstergeler) birikimine (repertuvarına / dağarcığına) sahipseler ve konuşan bu yüzden alıcının tanımadığı kelimeleri kullanıyorsa, anlaşmada her zaman zorluklar doğar. “Tanımamak” şu iki anlamı içerebilir: Anlam taşıyıcıları; muhataba yabancı bir dile örneğin bir alan dilinden veya özel dilden geliyor oldukları için, anlaşılamayabilirler. Bunun yanında; muhatabın (alıcının) gönderici tarafından iletilen

[788] Aydın s.161

kelimeleri kendi dilsel göstergeler birikimine dayanarak çözümleyebilir ancak, muhatap bu kelimeleri kendi özel bağlamları içinde bir anlamla eşleştiremediği için anlaşma gene de başarısızlıkla sonuçlanabilir. Bunun arkasından, eğer dilsel iletişim süreci içinde kullanılan kelimeler muhatap için tanıdık olmakla ve onun tarafından yorumlanabilmekle birlikte konuşan ve muhatabı aynı anlam taşıyıcılarıyla farklı anlamları eşleştiriyorsa ikinci bir dil engeli daha ortaya çıkmış olur. Anlaşma burada konuşmanın iki paydaşının gösterge (simge) kapasitelerindeki farklılık yüzünden değil tersine semantik (anlambilim) kuralları alanındaki farklılıklar yüzünden engellenmiştir. Tanımlamalar; dilsel iletişim niyetlerinin açığa kavuşturulması ve kolaylaştırılmasına yardımcı olabilir. İkili konuşmadaki muhataplar, dil aracılığıyla iletmeye niyet ettiklerini anlaşılır açıklamalarla donattıklarında (yanlış anlamanın giderilmesi) bu durum gerçekleşir. Mahkeme, uyarılarını taraflara adeta şifreli olarak yaparsa bu, sadece dava katılımcılarının, aktarılanları anlaması için çokça zaman kaybına yol açmakla kalmadığı gibi bir de; tarafların bu uyarıları yanlış anlaması tehlikesi ortaya çıkabilecektir[789].

Davanın temelinin ‘vakıa ‘yani olay olduğuna dair görüşlere biz de taraftar olmakla birlikte,hangi vakıanın veya vakıaların dava temeli sayılayacağı önem taşımaktadır.Zira öğretide, davanın çözümüne etki edebilecek olayların belirlenmesi gerektiği, her olayın ispatı yoluna gidilmesine gerek olmadığı bu doğrultuda,davanın bir tarafının iddia ettiği olaylara,yasa tarafından doğrudan veya dolaylı bir sonuç bağlanmamış olduğu halde ya da yasa, ileri sürülen istemle bağlantılı olarak bir sonuç öngörmediği hallerde, ileri sürülen böylesi olayların ispatı da gerekmediği belirtilmiştir[790]. Ayrıca dava konusu edilen bu olayların çekişmeli olması gerekir[791].

[789] Badura, Bernhard: Sprachbarrieren zur Soziologie der Komminikation, Stuttgart 1973, s. 154-160
[790] Umar/Yılmaz,ispat Yükü s.25
[791] Umar/Yılmaz,ispat Yükü s.25, dava konusunun tesptinin önemine dair Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin bir içtihadı dikkat çekicidir, “Şu halde, mahkemece; murisin davaya konu vasiyetname ile tüm malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunduğu ve davaya konu vasiyetnamenin davacının saklı payı dışında yerine getirileceği göz önünde alınarak, tenkis davası şartları incelenmeli ve öncelikle mirasbırakanın tereke mevcudu belirlenmeli (HMK. madde 31), tereke kapsamındaki taşınır - taşınmaz mal varlığı hakkındaki bilgi, belge ve kayıtlar dosyaya

Bir davanın hâkimi, tarafların açık kabulünden ayrı olarak ,bir uyuşmazlığın konusunu oluşturan olayı,ispat yükünün yerine getirilip getirilmemesi yönünden değerlendirilebilmesi için, olayın taraf beyanlarındaki ortak noktalar yönünden somutlaşması gerekir.Somutlaştırmayı,yani hâkim zihninde olay algısını berrak hale getirmeyi,yasa koyucu taraflara yüklemiştir.Burada kanımızca önemli nokta 'hâkim algısındaki berraklık' kavramının, hâkim algısında kalmaması 'somutlaşmanın' medenî yargılama açısından nesnel olarak da belirli bir ölçüsünün olmasıdır.

Taraflar veya avukatlar, mahkemenin uyarı yaptığı bir bakış açısı karşısında her hangi bir tutum ortaya koymazsa, mahkemenin; tarafların eylemsizliği karşısında hâkimin uyarısını anlayıp anlamadığını da tespit etmesi gereklidir. Eğer anlamamışlarsa veya yanlış anlamışlarsa, onlara, gerçek bir tutum alabilme olanağı sağlamak için anlaşılır bir biçimde kendi hukuki yaklaşımını ve bu konudaki delilleri ortaya koyması da gerekir. Mahkeme ilgili tarafa; yukarıda açıklanan koşullara uygun olarak bakış açıları hakkında uyarılar yaptıktan ve tarafların görüşlerini dinledikten sonra, iddia ve savunmalar üzerine taraflarla konuşma yapmak veya tarafların bildirdiği delilleri, farklı delillerle çürütme yoluna gitmesi yetkisini aşan bir yaklaşım olacaktır.

Alman öğretisinde de belirtildiği gibi, hukuk davalarında görev yapan hâkimlere bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirirken bir takdir yetkisi tanınması gerektiği görüşü yer almaktadır. Bu görüşe göre, tarafların sunumlarında bir belirsizlik ya da eksiklik olup olmadığına mahkeme somut dava durumu ve her bir vakanın özelliklerine göre karar vermelidir. Zira somut uyuşmazlığın yeniden canlandırılması olanaksızdır, takdir yetkisinin tanınmadığı durumda , bunun iddia yükünü gereksiz bilgilendirmelerle arttırabilecektir.

---

celbedilmeli, ondan sonra yukarda anılan ilkeler esas alınarak, tenkis konusunda uzman bilirkişiden yukarda belirtilen hususları da karşılayacak nitelikte rapor alınarak, saklı paylı mirasçı olan davacının saklı payı oranında tenkise karar verilmesi gerekirken, tenkis talebi konusunda yazılı şekilde hüküm tesisi usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." (E. 2017/152 K. 2017/13094 T. 2.10.2017, www.kazanci.com , erişim tarihi 1.9.2018)

Taraflar ve mahkeme, birbirlerine akla gelebilecek her türlü bilgilendirme faaliyetleriyle iletişim kurabilmelidir[792].

HMK 140. maddesi düzenlemesiyle; hâkimin dava konusu olaya dair algısının somut olarak ilk yansımasını ön inceleme duruşmasındaki tespitlerden anlamak olanaklı olabilir.Tüm unsurlarıyla anlaşılamamış bir olay esas alınarak tahkikat aşamasında yapılacak her türlü delil toplama çalışması doğru sonuçlara kanımızca ulaşamayabilecektir. Olayın hâkim zihninde yeniden kurgulanması, en başta maddi gerçeklerin seçilmesi ve bileşimi bağlamında, bunu mümkün kılacak hukuki değerlendirme tarafından belirlenmesinde ağırlıklı olarak etkili olsa da, olayın yeniden kurgulanması ve hukuki değerlendirmesi, çoğu durumda farklı yerlere oturan iki düşünce süreci olarak birbirlerinden ayrılırlar. Başlangıçta maddi vakıanın ham hali ve onun yarattığı temel meseleler sonda ise nihai vakıanın hukuki değerlendirmesi ve bundan doğan hukuki sonuçların kabullenilmesi yer alır[793].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi , bazı durumlarda davanın çözümlenebilmesi yani nihai karar verilebilmesi için kilit görev olarak karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin ‘davalı benimle eser sözleşmesi aktetti,tarafıma ait arazide dört katlı ve sözleşmede belirli şekilde konut yapımını taahhüt etti,taahhüdünü yerine getirmedi’ şeklindeki davacı iddiasına karşılık,davalı tarafın ’davacı tarafımla böyle bir sözleşme yapmadı,kendisine ait inşaata demir ve çimento getirmekten bahsetmektedir.Böylesi bir durumda gerçek olayların taraflarca algısının doğru olup olmadığı dava açısından önem taşımaktan çok,tarafların sunduğu dava malzemesinden ‘uyuşmazlık’ belirli hale getirilmelidir.Davacı bir uyuşmazlık varlığından söz ederek davaya olay ve kanıtlardan oluşan dava malzemesi sunmuştur.Böylesi bir durumda,kanımızca karşı dava açılmamışsa,uyuşmazlığın aydınlatılması ilk olarak davacı beyanı üzerinde yapılmalıdır. Örnekle aynı doğrultuda bir değerlendirme yaptığımızda ise, sözleşme içeriğindeki davacının

[792] Nowak, Erwin: Richterliche Aufkläurungspflicht und Befangenheit, Diss., Bochum 1990, s. 42
[793] Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.aufl., Berlin/Heidelberg 1979, s. 249

sözleşmenin ihlali iddiası somutlaştırılabilir; taşınmazın yeri, sözleşme tarihi ve sözleşmenin tarafları, sözleşmede yerine getirilmemiş edimler ile ilgili konuların öncelikle aydınlatılması yararlı olacaktır. Zira davacı, bir olay sunmakta, bu olaydan doğan hakkının korunmasını istemektedir. Bu eksende davalının, davacının iddialarında açıkça inkar ettiği noktaları, ikrarlarını ve yanıtlamadığı iddialar yönünden de inkar savunması yaptığı kabul edilerek davalı beyanları değerlendirilmelidir. Örneğimizden yola çıkarak bir değerlendirme yaptığımızda davalının beyanı, sözleşmenin inkarı, sözleşmenin varlığının doğurduğu edimden farklı bir edimi farklı bir sözleşme gereği yerine getirdiği savunması ve karşı alacak varlığı savunmalarına dayanılmış olduğu anlaşılmıştır. Davalının, sözleşmeyi inkarı ve başka bir sözleşmeden bahsetmiş olması karşısında, karşı dava olmadığını da dikkate alarak, öncelikle hâkimin, taraflar arası bir sözleşme ilişkisi olduğunu, bu sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gereklidir. Bu belirlemede, HMK 200. madde de dikkate alınarak söz edilen sözleşmenin, uyuşmazlık değerine veya sözleşmedeki edimlerinin değerine göre senetle ispat zorunluluğu kuralının içinde kalıp kalmadığı da dikkate alınmalıdır. Bu tespitlerden sonra ön inceleme aşamasında taraflara sorulacak sorular ile sözleşmenin niteliği belirgin hale getirilebilir[794].

Bu tespitlerin davadaki önemi, hâkim algısı açısında, "yeterli derecede algılama" ölçütü arayışı içindir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin[795] bir kararında, yukarıda belirtilen algının

[794] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.325; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.357; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s.1287; Umar-Şerh, s.400; Yılmaz-Şerh,C.II,s.1950; Tanrıver, Usûl, s.687; Karslı, s.455; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.425; Budak/Karaaslan, s.205; Postacıoğlu/Altay,s.847; Kuru,s.285; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.319; ayrıca bkz. Eroğlu, Orhan, Ön İnceleme, Ankara 2018

[795] 2. HD 2013/730 E. 2013/ 13537 K. Sayılı 13.5.2013 t., *" Davalı, birleştirilen boşanma davasına ilişkin 27.11.2012 tarihli dava dilekçesinde, boşanma sebebi olarak iddiasını dayandırdığı vakıaları göstermiş, iddia edilen vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de aynı dilekçesinde belirtmiştir. Vakıa olarak karşı tarafın sadakat yükümlülüklerine aykırı davrandığına, fiziki şiddet uyguladığına ve birlik görevlerini yerine getirmemiş olmasına dayanmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 194. Maddesi gereğince, taraflar dayandıkları vakıaları ispata elverişli olacak şekilde somutlaştırmalılar ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiği açıkça belirtilmeleri zorunludur. Maddede sözü edilen somutlaştırma yükünün amacı, mahkemenin uyuşmazlığı doğru saptayıp yargılamayı doğru ve sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi ve makul sürede sonuçlandırmasını sağlamaktır. Somutlaştırma yükü, dava açılırken veya cevap dilekçesi verilirken iddia ve savunmanın dayandırıldığı vakıaların ve hangi vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmemiş olması halinde söz konusudur. Vakıalar belirli ve hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmemiş olması halinde söz konusudur. Vakıalar*

ölçeklendirilmesi düşüncemize yaklaşan bir yorumda bulunulmuştur. Yargıtay'ın bu içtihadında, görüş olarak somutlaştırma yükünün, olay ve delil örtüşmesi ve her ikisinin birlikteliği esası üzerinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, sunulacak olayın, öyle net olması gerekir ki, deliller ile bağlantısı kurulabilecek derecede somut ve anlaşılır olması beklenmektedir. Örneğin, karardaki gibi, fiziki şiddet, sadakatsizlik, birlik görevlerini yerine getirmeme olayları sunulurken, delillerle bağı da kurulmalıdır. Ancak kararda olayların ayrı ayrı ayrıntısına girilmediği tahmininde bulunmaktayız. İçtihada konu dava dosyasında davacı sadece örneğin fiziki şiddeti, "fiziki şiddet" sözcükleri ile ifade etmekle yetinmişse, bu kanımızca yeterli olmayacaktır. Tarafların evlerinin koridorundan geçerken omuzlarının çarpışması ile tokat atma eylemi farklı değerlendirilecektir. İşte böylesi bir durumda, vakıanın somutlaştırılması yükü, tarafta olup, hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirerek "soru" yöneltmeli, sorusunun karşılığında somut olay sunulmaması halinde, tarafın somutlaştırma yükünü yerine getirmediği kabul edilmelidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında[796] hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile tarafların somutlaştırma yükünü birlikte incelemiş ve değerlendirmiştir. Kararda hâkimin

---

belirli ve hangi delillerle ispat edileceği belirtilmiş ise, artık somutlaştırma yükümlülüğüne ihtiyaç yoktur. Davalı-Davacı (kadın) birleştirilen boşanma davasında; iddiasını dayandırdığı vakıaları göstermiş, bu vakıaları hangi delillerle kanıtlayacağını da, diğer bir ifade ile dayandığı delilleri belirtmiş, ön inceleme duruşmasından önce de (9.5.2012 tarihinde) tanıklarının isim ve adreslerini gösteren listeyi mahkemeye vermiştir. Bu durumda, gösterilen tanıkların, dava dilekçesinde yer alan vakıalar konusunda dinletilmek istendiği açıktır. Hal böyle iken, davalı- davacı (kadın) vekilinden, gerekmediği halde, HMK'nın 194. Maddesi gereğince, "hangi tanığı hangi vakıanın ispatı için gösterildiğinin belirtilmesinin" istenmesi ve bu yönde açıklamada bulunması için süre verilmesi hukuki sonuç doğurmaz. Bu bakımdan, davalı-davacı(kadın) vekilinin gösterdiği tanıklar usûlünce dinlenmeli, ve tüm delilleri birlikte değerlendirerek tarafların kusurları saptanmalı ve tazminat talepleri buna göre sonuca bağlanmalıdır. Bu yapılmadan, tazminatlar hakkında eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." (www.kazanci.com, erişim tarihi: 5.1.2018)

[796] HGK, 2012/9-843 E., 2013/253 K. Sayılı 20.02.2013 t., *"Mahkemenin hüküm vermesi için, kendisine yöneltilen talebin formüle edilmesi ve ileri sürülmesi tarafların görevi ise de, bunları anlamlandırmak veya gerektiğinde açıklattırmak hâkimin görevidir. Ancak bu durum, hâkimin tarafların ileri sürmediği vakıaları ileri sürmelerine imkan vermesi veya hatırlatması anlamını taşımaz. Burada mevcut olmayanın talep edilmeyenin ortaya çıkartılması değil, talep edilenin netleştirilmesi, aydınlatılması, belirlenmesi sözkonusudur.*

Dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemelerinin mahkemeye kimin tarafından getirileceğiyle ilgili bir ilkedir. Buna göre, hâkim, kendiliğinden, taraflarca ileri sürülmemiş vakıaları araştıramaz, hükmüne esas alamaz. Mahkeme, sadece tarafların getirdiği vakıalara göre talep sonucunu inceleyip karar verir.

aydınlatma ödevinin öneminden söz edilmiş, bu yönde kanımızca isabetli ve yol gösterici bir

---

Taraflarca getirilme ilkesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.
(2) Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz."
Bu ilkenin bir sonucu olarak mahkeme, sadece taraflarca ileri sürülen vakıaları inceleyebilir. Buna kural olarak deliller de dahildir (m. 25/2). Ancak hâkim, keşfe ve bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verebilir. Ayrıca hâkim, olayın aydınlatılması için tarafların delil ikamesini isteyebilir, ancak tarafa belli bir delili hatırlatamaz.

Taraflarca getirilme ilkesi, hâkimin soru sorma ve davayı aydınlatma ödevi (m. 31) çerçevesinde yumuşatılmıştır (Pekcanıtez Hakan, Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 2011, 11.Bası, s. 248 vd).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Hâkimin davayı aydınlatma görevi" başlıklı 31.maddesine göre, "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir."

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenleme ile doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar "açıklama yaptırabilir" denilmişse de, bunun, hâkimin davayı aydınlatması için bir "ödev" olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir (Pekcanıtez H., Atalay O., Özekes M.,age,s.248vd).Bu aşamada, davanın dayanağını oluşturan fazla çalışma iddiasının ispat koşulları üzerinde durulması gerekmektedir.

Gerek mülga 1475 sayılı İş Kanunu, gerekse halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatı, genel hükümlere tabidir.4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 6.maddesi uyarınca, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, kural olarak, bu iddiasını ispat etmek zorundadır.Fiili bir olgu sözkonusu olduğundan, kural olarak, işçi, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.
Bu kapsamda, iş davalarında sıklıkla başvurulan delillerden biri olan tanık beyanı, takdiri bir delildir, hâkimi bağlamaz ancak hâkim, tanık beyanını serbestçe takdir ederken sadece vicdani kanaati ile karar veremez. Tanık beyanları yönünde ya da aksine hüküm tesis edilmesi durumunda, tanık beyanının neden kabul edildiği ya da edilmediği açıklanmalıdır.

Belirtilmelidir ki, tanık beyanları arasında veya tanık beyanı ile diğer deliller arasında çelişki bulunduğu takdirde, sadece tanık sözlerine dayanılarak hüküm tesis edilmesi mümkün değildir.

Bu durumlarda, hâkimin davayı aydınlama yükümü kapsamında, tanık anlatımları diğer delillerle desteklenmelidir. Taraflarca delil olarak dayanılan tanık ifadelerinde tutarsızlık sözkonusu ise, davayı aydınlama yükümü kapsamında hâkim, bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabilir (m. 266 ve m. 288), isticvaba kendiliğinden karar verebilir (m. 169,1), davanın her aşamasında, iki tarafın iddiaları sınırı içinde olmak üzere, tarafları dinleyebilir ve gerekli olan delillerin gösterilmesini ve verilmesini emredebilir(m.31).

Özellikle, fazla çalışma iddialarının konu olduğu uyuşmazlıklarda, fiili çalışma olgusunun ispatı söz konusu olduğundan ve İş Hukuku'nun hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri nedeniyle iş yargılamasında hâkimin davayı aydınlatma yükümü daha ağır bastığından, işyerinin kapasitesi, niteliği, işçi sayısı ve davacının yaptığı işler bakımından fazla çalışma yapılması gerekip gerekmediği gibi diğer özel koşullar açıklığa kavuşturulduktan sonra değerlendirme yapılmalıdır.

(...)Mahkemece yapılacak iş; hâkimin davayı aydınlatma yükümü ve iş yargısının kamu hukuku alanına yönelik niteliği de gözetilmek suretiyle, özellikle banka çalışma düzeni ve mevzuatı konusunda uzman bilirkişi ile birlikte işyerinde keşif yapılarak, davacının yıllar itibariyle yetki ve görevi de dikkate alınmak suretiyle, bankanın iş kapasitesi itibariyle, işyerinde fazla çalışma yapılmasını gerektiren bir çalışma düzeninin bulunup bulunmadığı; davacının yaptığı işin ve işyerinin niteliği ve kapasitesi gözetilerek, yapılması gereken işin mesai saatinden sonra tamamlanması gerekip gerekmediği; davacının günlük normal mesai saatlerini aşan çalışması olmuşsa bunun davacının kendisinden kaynaklanan sebeplerle mi, yoksa işveren talimatı üzerine mi gerçekleştiği hususları ile özellikle somut uyuşmazlık yönünden, davalı banka şubesinin fazla çalışma yapılacağını zabıtaya bildirim yükümü bulunması nedeniyle gerekli zabıta araştırmasının yapılarak, davacı tanıklarının fazla çalışmaya ilişkin beyanlarının zabıta araştırması ile desteklenip desteklenmediği hususu da açıklığa kavuşturularak, toplanan deliller doğrultusunda varılacak sonuca göre karar vermekten ibarettir."

karardır. Kararın isabeti, somutlaştırma yükünün, aslında hâkimin davayı aydınlatma ödevinin taraf üzerindeki yükümlülük yansıması olduğu, bu yükün aydınlatma ödevinden önce yerine getirilmemiş olması durumunda, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gereğine dair bir durum yaratmasından söz etmek kanımızca olanaklıdır.

VII.Sonuç

Buraya kadarki incelemelerimiz somutlaştırma yükünün, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tam anlamıyla birbirini tamamlayıcı yönü olduğunu, belirsizlik ve çelişki içindeki bir dava malzemesi karşısında yargılamanın tüm unsurlarını yani taraflar ve hâkimi hareketsiz bırakmamak, uyuşmazlığı çözmede yavaş ve eylemsizlikte bırakmamak işlevi bulunduğunu söylemek mümkündür. Davayı aydınlatmakta hâkime HMK 31. maddesi ile yüklenen ödevin ifasının davanın tarafları ile işbirliği halinde yerine getirebilmesi de ancak somutlaştırma yükümlülüğünün varlığı ile mümkündür.

Davanın taraflarınca, somutlaştırma yükü yerine getirilmediği durumlarda, hâkim, yapacağı değerlendirme sonucunda, iddia ve savunmalarda uyuşmazlık konusu olaya yani dava temeli ya da davalının savunmasına temel olduğu olaylara dair belirsizliklerin ve çelişkilerin giderilmesinin gereğini öncelikle tespit edecek, bu durumu taraflara 27. madde gereğince işaret ettikten sonra, ilgili tarafın bu yükümlülüğü yerine getirmemesi yani belirsizlik ve çelişkiyi gidermemesi, eksiklikleri tamamlamaması halinde doğacak sonuçları belirtmesi gerektir[797]. Aksi durumda, bu uyarının yapılmaması, hukuki dinlenilme hakkının da ihlaline neden olacaktır[798]. İlgili tarafça, somutlaştırma yükünün gereğinin yerine getirilmemesi durumunda ise, dava reddedilecektir. Somutlaştırma yükünün yeterince yerine getirilmemiş olduğu gerekçe ile dava esastan reddedilmeden önce bu ödeve işaret edilmeli,

[797] Karaaslan, s. 113
[798] Börü-Somutlaştırma, s. 108

hatta hangi vakıalar yönünden tamamlanması gerektiği, olay ile bağlantı kurulmamış delillerin hangileri olduğu işaret edilmelidir[799].

B-İSPAT YÜKÜ VE HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

HMK 31. maddesi, hâkimin taraflara uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda maddi veya hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü durumlarda delil gösterilmesini isteyebileceğini düzenleyen bir hükümdür. HMK 190. maddesinden önce,"ispat yükü" adıyla kurumun HMUK içerisinde ayrıca düzenlenmediğini de belirtmek isteriz.

HMK 190. madde öncesinde, ispat yüküne ilişkin genel kural olarak MK 6. Maddesi, ispat yüküne dair genel hüküm özelliğinde yol gösterici bir düzenleme olmuştur[800]. HMK 190. maddesi,ispat yükünü düzenlerken,bir tanımlamada bulunmadan,kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça iddia edilen vakıaya bağlanan ,hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait bir yük olduğunu belirtmiştir.

İspat yükü öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmıştır[801]. Bir tanıma göre belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usûlü yük olarak[802]_ve de tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları bir vakıanın gerçekleşmiş olup olmadığının ispat edilmemesi halinde aleyhe bir kararla karşılaşmak tehlikesi olarak ifade edilmiştir[803]. Bir diğer ifade ile[804] ispatsızlık riski olarak açıklanmıştır[805]. Bu görüşe göre; ispat yükü delil gösterme kuralları ile karıştırılmaması gerekir ve bu esasla ispat yüküne ilişkin kurallar;olay temelli olup;hâkimin varlığı sabit olmaması halinde aleyhe karar

[799] Karaaslan, s.113
[800] Budak, s.221
[801] Bkz. Taşpınar, s.159 dn.203 deki kaynaklar
[802] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.434
[803] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.435
[804] Umar/Yılmaz s.3
[805] Umar/Yılmaz, s. 4

verebileceği olayı kimin ispatlayacağı ile ilgilidir; delil gösterme ise ispatın şeklini ve yöntemini düzenlemektedir[806]. Bu açıklamaların devamında,yazarlar,delil gösterme yükünü tanımlarken aleyhte bir karar verilmesi tehlikesi yolundaki yaptırımı gidermek amacıyla taraflardan birine düşen,delil gösterme uğraşı,belli bir olay hakkında kendi iddiasının doğruluğu ya da karşı tarafın iddiasının asılsızlığı hakkında hâkimde kanaat sağlanması ödevi olarak,ifade etmişlerdir[807]. Bu görüşleriyle birlikte,ispat yükünün durağan delil gösterme yükünün ise yargılama sürecine ve hâkim değerlendirmesine göre taraf değiştirdiği ifade edilmiştir.Ancak Türk öğretisi ve yargılama uygulayıcıları arasında her iki kavramın karşılaştırıldığı belirtilmiş,ispat yükünün "belirsizlik riski" olduğu vurgulanmıştır.

İsviçre Hukuku'nda ispat yüküne dair düzenleme iki temel normda söz konusu edilmiştir. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi veya hâkimin resen araştırması ya da delil toplamasına dair Sch.ZPO Art.154 bu konudadır. Maddeye göre;delillerin toplanmasından önce iddia ve savunmayı ispata yarayacak deliller belirlendikten sonra taraflardan hangisinin hangi delili hangi vakıa için ibraz edeceği buna karşılık ileri sürülecek yani ikame edilecek deliller,delillerin toplanmasından önce hâkim tarafından belirlenecek, bu ara kararda, delil toplanması aşamasına her zaman gözden geçirilecektir[808]. Alman Hukukunda,benzer bir düzenleme ZPO 355. maddesi ve devamında düzenlenmiştir.

Öğretide, delil ikamesi yükü ile ispat yükü arasındaki en somut ayrım,objektif ispat yükü ve subjektif ispat yükü şeklinde yapılan ayrımdır[809]. Objektif(maddi) ispat yükü somut bir uyuşmazlığa göre veya somut bir uyuşmazlıktan çıkarılamayan,somut bir davadan bağımsız olarak uygulanacak hukukun soyut kurallarından çıkarılan,hâkimin uygulayacağı hukukun her hukuk kuralının zorunlu ve tamamlayıcı unsuru olarak yer alan norm olarak

[806] Umar/Yılmaz, s. 32
[807] Umar/Yılmaz, s. 34
[808] Karslı, s.482
[809] Taşpınar s.160 vd

ifade edilmiştir[810]. Kurumun tanımlanmasında, hukukun uygulanmasına özgü olmak üzere ve belirsizlik durumunda hâkimin nasıl bir karar vereceği;bu belirsizliğin davanın hangi tarafı için aleyhe durum oluşturacağını düzenleyen kurallar olarak belirtilmiştir[811]. Objektif ispat yükü,tarafların işlemlerinden bağımsız olarak,tarafın kendisine düşen yasal yükümlülüğü yerine getirmesine karşın,hâkimin uyuşmazlığı çözecek derecede bir kanıya ulaşamaması ve belirsizliğin varlığı halinde,objektif ispat yükü kurallarına göre kararını verecektir[812]. Bir hukuk normunun,ilgili uyuşmazlıkta uygulanması,söz konusu normun koşul vakıasını oluşturan somut vakıaların gerçekleşmiş olup olmadığı ile doğru orantılıdır.Hâkim taraflarca,bir vakıadan,bir hukuk normunda düzenlenen bir hakkın varlığının ortaya çıktığını ileri sürmekteler ancak ileri sürülen vakıalar,hak iddiasına temel olarak,hâkimce belirlenmiş,hak iddiasının dayanağı olduğu düşünülmüş bir hukuk normundaki koşul vakıayı isabet etmemesi halinde bu belirsizlik,hâkimi ispat yükü kurallarına göre karar vermeye yöneltmelidir ki bu durumda objektif ispat yükünden söz edilir[813]. Objektif ispat yükü kurallarına örnek olarak,TBK 535.maddesinde düzenlenen,Komisyon sözleşmesinde,vekalet verenin belirlediği bedeli madde başlığı altında düzenlemiş bulunan,vekalet verenin belirlediği bedelin altında mal satan komisyoncu malı satmasaydı vekalet verenin daha fazla zarar göreceğini ve bu durumun yeniden talimat almaya elverişli bulunmadığını ispat etmedikçe,belirlenen bedel ile satış bedeli arasındaki farkı gidermekle yükümlü olması düzenlenmesi gösterilebilir.Bu kapsamda,örneğin bir çiçek satış yerinde,çiçekçi komisyon karşılığında gübre satışında bulunmakta,gübre üretici ve satıcı taraftan,sattığı gübre çuvalı başına komisyon almaktadır.Bu çuvalın ederi yönünden,üretici ve satıcı olan taraf belli bir bedel belirlemiş bedel altı satışın yapılmamasını talimat olarak komisyoncuya

[810] Taşpınar, s. 161
[811] Taşpınar, s. 162
[812] Taşpınar, s. 163-164
[813] Topuz,Gökçen : Medenî Usûl Hukukunda Karinelerle İspat , Ankara 2012, s.37; Yıldırım, s.74; Atalay, Menfii Vakıalar, s.10; Baumgöntel s.4

bildirmiştir.Komisyoncu,bir müşterinin toptan,tüm gübre çuvallarını,vekalet verenin belirlediği bedelin dörtte üç oranındaki bir karşılık ile satın almayı icap etmesi,komisyoncunun da kabul etmesi karşısında,vekalet veren ile komisyoncu arasında uyuşmazlık doğması olasıdır.Böyle bir uyuşmazlıkta,vekalet veren,"belirlediğim bedelin altında satış yapmaması için komisyoncu ile anlaşmıştık,tüm gübre bedellerinin dörtte biri tutarında zararım doğmuş bulunuyor,zararımın giderimini istiyorum" şeklinde uyuşmazlığı yargı organlarına taşıyabilecektir.Bu durumda,öncelik,vekalet verenin bu iddiası ile birlikte sunulan delilleri incelemelidir.Örnekteki gibi önce taraflar arası sözleşme,belirlenen bedelin,niteliği,niceliği ve belirlenen bedelin altında mal satılıp satılmadığı,satıma konu malların miktar ve değeri ispatlanmalıdır.Zira davacı,öncelikle bir sözleşmeye dayanmaktadır.Bu sözleşmeden lehine doğmuş bir hak iddiasını ileri sürmektedir.Bu halde önce bu hukuki ilişki ve hukuki işlem ispatlanmalıdır. Buna Karşılık,komisyoncu,davalı olarak,sözleşme konusu malların kendisine teslim edilmediğini,talimat da verilmediğini ileri sürebilir. TBK 'da komisyoncuya teslim ile ilgili bir hüküm yer almamaktadır.Bu halde,öncelikle,hukuki işlem uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada teslime dair kimin delil sunacağı objektif ispat kuralları ile çözülemediğine göre,öğretide işaret edilen subjektif ispat kuralları gündeme gelecektir. Subjektif ispat yükü;delil ikame yükü olarak da ifade edilmiş aleyhte bir karar verilmesi yukarıdaki yaptırımı ortadan kaldırmak amacıyla taraflardan birine düşen,kendi iddiasının doğruluğunu ya da karşı tarafın iddia veya savunmasının asılsızlığını,hâkimde bir kanı olarak oluşturma yükü olarak tanımlamışlardır[814].

Bu kapsamda, vekalet veren,komisyoncunun bir iddiası karşısında, HMK 190.madde gereği delil ikamesinde bulunmalıdır. Bu yönde,örneğin komisyoncu tarafından sadece imza içeren bir belge vekalet veren tarafından,davaya getirilmişse,belgede,malın miktarından bahsedilmiş,ancak ağırlığı,çuval sayısı,çuvalların içeriği belirsiz kalmışsa bu durum

[814] Taşpınar s.165; Umar/Yılmaz s.34

kanımızca HMK 31. Madde anlamında ”maddi bir belirsizlik” olarak karşımıza çıkacaktır. Böylesi bir davada, iddia ve savunmalar adeta bir düğüm oluşturacak; bu düğümün ilmek ilmek ayrılarak çözümü mümkün olacaktır. Her bir ilmekte ayrı ayrı ispat yükü değerlendirmeleri yapmak gerekecektir. Her bir belirsizlikte, ispat yükünü paylaştıran hâkim,paylaşıma dair görüşünü ara karar olarak oluştururken,paylaştırdığı ispat yükünün isabet ettiğini düşündüğü tarafa “delil gösterilmesini isteyerek” yani HMK 31. Maddenin son fıkrasına yönelecek ve ara karar kuracaktır. Bu nedenle ispat yükü kuralları, delil ikamesinin istenebilmesi nedeniyle,HUMK 75.madde yürürlüğü döneminde olsun, HMK 31.madde yürürlüğündeki dönem olsun doğrudan ilgilidir[815].

Örneğimize dönersek; davada,vekalet veren,sonuçta,talimatına esas bedel ile satılan bedel arasında ki farktan doğan zararın giderimini isterken; komisyoncu savunmasında malları hiç teslim olmadığını ileri sürmüştür. Hak iddiasında bulunulan talep sonucu temelinde zımmen veya açıkça vakıalar içerir;hem malların komisyoncuya teslim edildiğini,hem de komisyoncunun üçüncü kişiye satış yaptığını, satışın, belirlenen bedelden az olduğunu,içermektedir.Vekalet veren,kanıt olarak komisyoncunun kendisine banka aracılığı ile ödediği ve açıklamasında “ödeme” ibaresi ile açıklama içeren banka kaydına dayanmakta;komisyoncuya teslim ettiği malların satış bedelinden,bu bedelin daha düşük olduğunu ileri sürmektedir.Bu delil karşısında komisyoncu,taraflar arasında komisyon sözleşmesi olduğunu,ödenen bu bedelin teminat için davacı tarafın istemi üzerine yatırıldığını defi olarak ileri sürmüştür.Dikkat edilirse,davada satıma konu malların miktar ve ederi yazılı sözleşme ile kanıtlandığı varsayılsa bile,teslim olgusu belirsiz kalmıştır.Davalı tarafın,malların ne satıldığına ne de satış miktarına dair bir açıklaması ya da savunması bulunmamakta,tam tersine üçüncü kişiye satıştan daha öncelikli olarak sözleşmede satılmak üzere bir mal tesliminde bulunulmadığını,davacıya yapılan ödemenin niteliğindeki

[815] Bkz.Taşpınar, s.164, dn.224

belirsizliğe de "teminat" olarak yapıldığı savunmasını sunmaktadır.Böylesi bir davada,hâkimin aydınlatma ödevi ne noktadadır? Dava belirsizlikler ile dolu TBK 535. Maddesine dayalı bir hak iddiasına konu olayların dava temeli sunulmasına karşın tamamlayıcı vakıaların varlığının belirsizliği nedeniyle uyuşmazlık çözülememiş bir konumdadır.İspat yükü kuralları uyuşmazlığı çözecektir.Bu durumda,ilk önce davacının satıma konu malları telsi edip etmediğine dair uyuşmazlık çözülmeden,hak iddia ettiği düşük bedelden satım ve buradan doğan zarar,zararın tutarı iddialarının incelenmesi yararlı olmayacaktır.Bu unsur vakıaların öncelikler sırası belirlenerek ispatlanıp ispatlanamaması durumuna göre nihai kararı verdiren norm,objektif ispat yükü kuralları olacaktır[816]. Örnekteki gibi teslim konusu öncelikle araştırılırken, miktar ve değere dair belirlilik göstermeyen teslim belgesi içeriği için tamamlayıcı delillere yönelinecek, delil başlangıcı olup olamayacağı tartışılacak,senetle ispat zorunluluğu kurallarına göre bir değerlendirme yapılarak taraflara delil sunulması için istemde bulunulacaktır.Tarafın,hâkimin bu istemini yanıtsız bırakması ya da eksik yerine getirmesi halinde ise,taraf aleyhe karar verilmesi tehlikesi ile karşılaşacaktır.Bu da,hâkimin,önce belirsizlikle karşılaşmasının,belirsizliği gidermede HMK 31.madde gereği pasif kalmayarak davayı aydınlatmada,buradan da dava ile ilgili karar verebilmek zihinsel erişkinliği yakalamak olarak ifade edilebilecek davadaki ödevini yerine getirmekte usûlü rolünü oynadığını görmekteyiz. Sonuç olarak,HMK 31. maddesinin son fıkrasında hâkim "isteyebilir" lafzını keyfi değil, subjektif ispat yükü kurallarına göre yerine getirecek,ancak hükmünü,objektif ispat yükü kurallarına göre "ispatlanmış" kabul edilebilecek şekilde verecektir.Davanın aydınlatılması somut olayın ikrar veya kanıtlar ile gerçekleşmiş sayılıp sayılmaması ile ilgili olup;aydınlanmış olayın hak doğurup doğurmadığı,hak doğurmasına bağlı bir sonucun olup olmadığı ise ispat yükü kurallarından objektif ispat yüküyle ilgilidir.Olayın,varlığı hâkim zihninde belirli bir hale gelmeden, hakkın

[816] Taşpınar, s. 165

varlığı tartışmaya elverişli hale gelemeyeceği için, subjektif yani henüz daha usûlen nesnelleşmemiş konusu boyutları tam olarak anlaşılmamış, herkesçe olay olarak kabul edilemez halde olmasından ötürüdür ki, hâkimin aydınlatma ödevi, ispat yükünün subjektif ispat kuralları ile yani delil ikame yükü ile ilgilidir. Bu halde ispatsızlık belirsizlik riski, hâkimin delil sunulmasını istediği tarafın delil sunmaması halinde söz konusu olacak, bu konuda da değerlendirme yapılırken, subjektif olandan her çıkışta objektif ispat kuralları değerlendirilecek,ancak bu konu HMK 31. madde veya usûl kurallarıyla değil maddi hukuk ile açıklanabilecektir.

İspat yükü ile ilgili olarak davanın tarafları arasında,ispat yükü sözleşmeleri veya sözleşmesi yapılmış olabilir[817]. HMK 193. maddesi yasada "belirli" delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabileceklerini ve vakıalar için böyle bir belirli delil ile ispat öngörülmemişse bu halde belirli delillerle ispatın söz konusu olabileceğini düzenlemiştir. Bu konu ispat yükü sözleşmesi için değil delil söylemleri içindir. Gerekçe , ilk durum için münhasır olmayan delil sözleşmesinin,ikinci durum için ise münhasır delil sözleşmesinin söz konusu olacağı düzenlenmiştir.Bu halde,delil sözleşmesinde,kurucu unsur belirlilik unsuru olmakla[818] sözleşmede,bu yönde bir çelişki veya belirsizlik olması halinde,hâkim taraflara açıklama yaptırabilir,soru sorabilir ki bu da HMK 31.maddeden doğan ödemenin gereğidir. Bu anlamda.sözleşme içeriğindeki ifadelerden tamamen bir belirsizlik tespit edilmekteyse, bu durumda delil sözleşmesinin geçerli olup olmadığı tartışılacaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliliğinin tamamen yitirilmesi durumunda, hâkimin taraflara yol gösterme, sözleşme yaptırma yükümü bulunmamaktadır. Hâkim bu durumda, her iki taraf iradesinin sözleşmeyi sürdürme gayreti içinde olup olmadığını değerlendirerek, sözleşmeyi, taraflar arası silahların eşitliği ilkesini

[817] Taşpınar, s. 159
[818] Taşpınar, s. 213

zedelemeden, yani HMK 193. maddesi son fıkrasındaki esastan ayrılmadan ayakta tutmaya yönelmelidir[819].

Öğretide, vakıaların aydınlatılmasının ihlali,ilgili tarafın hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak yorumlanmış ve bu çelişki ve belirsizliğin gideriminin soru ile olması halinde ise eksikliğin tamamlanmasının hâkim tarafından,taraftan isteneceği kabul edilmiştir[820]. Burada gerekçe olarak talep sonucunun haklı olup olmadığını araştırması ve hâkimin bu haklı olup olmamaya dair kanaat getirmesi gereğine vurgu yapılmıştır.Bu gereğin hukuki dinlenilme hakkı ile bağı olduğu ve somutlaştırma yükü gereği olduğuna işaret edilmiştir.Bu açıklamalarla birlikte,görüş zamanı yürürlükteki HUMK 75/2 de bu yönde bir açıklık olmadığı da belirtilmiştir.Koşul vakıa tamamlatılmasının bu yönde gerekli olduğu ifade edilmiştir[821]. Mahkeme bir yandan, hukuki dinlenmenin gerçekleştirilmesi amacıyla; bir tarafın hatası sonucu olarak doğmuş olmayan eksik yapılmış maddi beyan ve bu eksik beyandan kaynaklanan gözden kaçırılmış veya önemsiz görülmüş nitelemeler konusunda uyarılarda bulunmak zorundadır. Bununla birlikte bu uyarı görevlerini tamamlayan netleştirme görevini de yerine getirmek zorundadır. Mahkemenin öte yandan da, hukuki dinlenmenin gerçekleştirilmesi amacıyla sadece hukuki nitelemeler konusunda değil aynı şekilde hem maddi ve esnek anlamlı hukuki nitelemeler ve hem de maddi beyanın bundan kaynaklanan zorunlu tamamlanması konusunda uyarılarda bulunma ve bu uyarma görevlerini tamamlayan netleştirme görevini yerine getirme zorunluluğu vardır. Burada ayrıca özellikle dikkat edilmesi gereken şey; mahkemenin, hukuki nitelemelerin veya maddi iddiaların karakteri ile ilgili uyarılarda bulunmadığında, hukuki dinlenme talebini ihlal etmiş olacağıdır.

[819] Taşpınar, s. 216
[820] Meriç, s.397
[821] Meriç, s. 398

Çünkü böyle bir durumda ZPO 139/1/1.maddeye göre mahkemenin görevi; bu belirsizliği sorularla veya uyarılarla gidermektir[822]

Öğretide,koşul vakıa tamamlanması yönünden çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide baskın görüş[823] dava dilekçesinde ileri sürülen ve dava temeli teşkil eden olaylara (vakıalara) zımmen dahil olan vakıaların davaya getirilebileceği yönündedir;daha geniş bir yorumda yaklaşan bir diğer görüşe göre ise[824] dava temeli hayat olayıdır ve bu olayla bağlı,ancak ileri sürülmemiş olay(vakıa) iddiaları dava değiştirme olarak değerlendirilmeyecektir.Tüm bu görüşlerden daha da farklı bir yaklaşım ile[825] dava temeli hukuki sebep olarak kabul edilerek,hukuki sebebi açıklayan her türlü olayın davaya getirilebileceği belirtilmiş,bu durum iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme sayılmayacağı iddia edilmiştir.

---

[822] Liu, s. 236

[823] Pekcanıtez/Atalay/Özekes,s.312; Üstündağ ,s.530

[824] Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım s.238

[825] Postacıoğlu, s.436, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir içtihadında, "Belirtilmelidir ki, hâkim, olayın aydınlatılması için tarafların delil ikamesini isteyebilir ancak tarafa belli bir delili hatırlatamaz.
Mahkemenin hüküm vermesi için kendisine yöneltilen talebin formüle edilmesi ve ileri sürülmesi tarafların görevi ise de, bunları anlamlandırmak veya gerektiğinde açıklattırmak hâkimin görevidir. Ancak bu durum, hâkimin tarafların ileri sürmediği vakıaları ileri sürmelerine imkan vermesi veya hatırlatması anlamını taşımaz. Burada mevcut olmayanın talep edilmeyenin ortaya çıkartılması değil, talep edilenin netleştirilmesi, aydınlatılması, belirlenmesi sözkonusudur. (…)Mahkemece her iki taraf vekilinin hazır olduğu 06.12.2010 tarihli duruşmada taraf vekillerine delillerini ve tanıklarını yazılı olarak bildirmeleri için 10 günlük kesin süre verilmiştir. Davacı vekili 18.12.2010 havale tarihli delil listesini sunmuş ve delillerini bildirmiştir.
Davalı vekili ise 10.02.2011 havale tarihli delil listesinde davacı işçiye ait özlük dosyası ile tanık beyanlarına dayanmış, tanık olarak ... ve Tamer Y.'ın isimlerini bildirmiştir. Sunulan özlük dosya içinde ise izin formu ve bordrolar bulunmaktadır.
Dinlenen davacı tanıkları davacının işten çıkarıldığını duyduklarını beyan etmişler; süresinde verilmeyen delil listesinde ismi yazılı olan ve duruşma günü hazır edildiği için dinlenen davalı tanığı ... ise davacının işten çıkartıldığını ancak nedenini bilmediğini belirtmiştir.
Bu durumda iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiği konusunda ispat külfeti altında bulunan davalının, iş sözleşmesinin kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde feshedildiğini ispat ettiğinden sözedilemez.
Bununla birlikte delil olarak dayanılmayan ve sunulmayan devamsızlık tutanaklarının mahkemece sunulması sağlanarak, tutanaklar altında imzası bulunan çalışanların resen tanık olarak dinlenmesi; davacının isticvabı veya 6100 Sayılı HMK'nun 31. maddesine göre bu hususta bilgisine başvurulması ya da beyanının alınması da mümkün değildir.
O halde açıklanan bu sebeplerle yerel mahkeme kararı usûl ve yasaya uygun olup direnme kararı yerindedir." (E. 2015/22-1732 K. 2017/623 T. 5.4.2017, www. kazanci.com, erişim tarihi 5.8.2018)

Kanımızca, öğretideki baskın görüş olsun, bu konuda daha geniş yorumlama eğilimindeki diğer görüşler olsun, taraflar arası uyuşmazlığın ivedilikle sonlandırılması,bu anlamda kamu düzeninin korunması düşüncesi ile de eş doğrultuda; çatışmalı olguları çözme temelinde tutarlı ve isabetlidir. Ancak "davayı kurmakla zımmen bağlantılı olaylar" kavramı soyut kalan somutlaştırılması gereken bir kavramdır.Yukarıda olayın "başka olaylarla karışmaması" "uyuşmazlığı somutlaştırma" gerekçelerimizle unsurlarının aranacağını belirtmiştik;ancak olayla yani dava konusu olayla "zımmen bağlı olay" tespiti kolay olmayan bir olgudur.Teksif ilkesi ile özelikle de savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesinin yasak olduğu bir durumda,davacının illiyet iddiası ile yeni olay getirmesi, ayrıştırması ve takdiri, tespiti zor bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Uygulamada özellikle "kötüniyet" iddiası ile davaya olay taşımak,olaylar havuzunda adeta gerçek uyuşmazlık sebebi olayı örtmek boğmak isteyen davalı yaklaşımı ile karşılaşabilmektedir;oysaki kötüniyet de geniş yorumlanabilen,taraflar arası bir çok uyuşmazlık konularıyla da varlığı ileri sürülebilecek bir kavramdır. Bu durumda, görev, hâkim muhakemesine düşmektedir. Böylesi durumlarda hâkim adeta belli bir ameliyatı yapmakla görevlendirilmiş cerrah gibidir. Ameliyat sırasında, örneğin apandist ameliyatı sırasında mesane tümörü gördüğünde müdahale etmesi, patlayan apandistin kısa vadeli oluşturacağı ölümcül sonucu doğurmasına neden olabilir. Bir davada, örneğin bir kira alacağı davasında, davacı taraf, iki haklı ihtar nedeniyle davalının taşınmazdan tahliyesini talep ederken, davalı tarafın borçlarını ödediği defi ile birlikte zımnen dahil olaylar içerisinde "banka kanalıyla ödeme olgusu", " elden ödeme olgusu", "ürün olarak ödeme olgusu" üç ayrı yerde ileri sürülmüşse, hâkim tahkikat aşamasında çelişkiyi fark edip davalı tarafa soru yöneltebilir. Ancak, bu durumdan farklı olarak davalı sadece ürün olarak ödediğini ileri sürmüş, ürünleri açıklamamış olabilir. Ürünleri açıklarken cins ve miktarları açıklamamış olabilir. Böylesi konularda, kanımızca aydınlatma faaliyeti gerekli ve yararlı olacaktır. Bu örnekteki gibi, bir birini içeren olaylar değil de, iki haklı ihtarın varlığına

rağmen davalı hiçbir ödeme definde bulunmadan davalı taraf taşınmazın kendisine kullandırılmadığını ileri sürerse, sonradan ödeme defini ileri sürmesi, kira sözleşmesi ile bağlantılı olduğu gerekçesiyle davaya savunmayı genişletme yasağına rağmen getirilememelidir. Bu nedenle, baskın görüşe katılmakla birlikte, teksif ilkesi dikkate alınarak geniş yorumlanmamalı gerekli diye düşünmekteyiz.

C.TARAFLARIN DÜRÜST DAVRANMA VE DOĞRUYU SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ

I.Genel Olarak

Tarafların doğruyu söyleme ödevi, HMK kapsamında, yargılamaya egemen ilkeler içerisinde 29. maddesinde düzenlenmiştir[826]. Madde düzenlemesi, iki ödevi, paralel bir şekilde düzenlemiştir. Bunlardan ilki tarafların yargılama sırasındaki davranışlarının dürüstlük kuralına uygun olması, diğeri de tarafların davanın dayandığı vakıalara dair yapacakları açıklamalarda gerçeğe uygun davranmaları gerektiğidir. Burada, tarafa yükümlülük yüklenmiş, ancak aksi yöndeki davranış yaptırıma tabi tutulmamıştır.

Maddenin mehaz İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemesi, schZPO 52.maddesinde düzenlenmiştir[827]. Alman Hukuku'nda ise dZPO 138. maddesinde düzenlemesini

---

[826] ***" Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü***
MADDE 29- *(1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar.*
(2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler."

[827] **" *Art. 52* *Handeln nach Treu und Glauben***
Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln.", maddenin çevirisinde, "iyi niyet", "Treu ve Glauben" terimlerini çevirsek de, içeriğinde hem dürüstlük hem inanca güvence verme olarak da değerlendirdiğimizde Türk Hukuku ile aynı temelde olduğunu ifade edebiliriz. schZPO'nun İsviçre Adalet Bakanlığı'nın internet sayfasındaki İngilizce çevirisinde ise "good faith" yani iyiniyet olarak bu terimler kalıp halinde çevrilmiştir:

bulmuştur[828]. İsviçre Hukukunda, schZPO 52. maddesi, sadece taraflar için değil, davaya katılan herkes için dürüstlük kuralının esas olduğunu düzenlemiş, Türk Hukuku ise HMK 29. madde metninde taraflar ile sınırlı tutmuştur[829]. Türk Hukukundaki bu düzenleme, Alman Hukukundaki anılan düzenleme ile daha yakındır. Zira dZPO 138.maddesi ilk fıkrasında tarafların olaylara ve durumlara dair yapacakları açıklamalarda doğruyu söylemeleri gerektiği belirtilmiştir. Bu anlamda, Türk Hukuku yönünden iki kaynaktan yararlanıldığı ifade edilebilir. Maddenin hükümet gerekçesinde, dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme ödevlerinin taraf egemenliğinin sınırları olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Bu işlemlerin taraf usûl işlemlerinde kendisini göstereceği, bu kurallara uyulmamasının yaptırımının ise işlemin hukuki sonuç doğurmasının mahkemece önlenmesi olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, doğruyu söyleme yükümlülüğünün ana noktalarının vakıalar ve deliller olduğu vurgulanmıştır. Gerekçede, devamla, tarafların yargılama sırasında ileri sürdükleri konuların kendi çıkarlarına göre olması konusunda serbest, ancak bu doğrultuda açıklama ve beyanda bulunurken doğruyu söylemeleri, gerçek dışı beyanda bulunmamaları, aksi durumda mahkemece değerlendirmeye alınmayacağı düzenlenmiştir.

II.Dürüstlük Kuralı ve Dürüst Davranma Yükümlülüğü

---

*"**Art. 52** Acting in good faith*
All those who participate in proceedings must act in good faith."

(https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi: 15.2.2018

[828] ***"§ 138 Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht***
(1) Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.
(2) Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären.
(3) Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.
(4) Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch
Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind." , ilk fıkrasında yapılan düzenlemenin çevirisi olarak, "taraflar, yargılama boyunca, gerçeğe uygun, tam ve eksiksiz beyanda bulunmalıdır" şeklinde çevrilebilir, ayrca madde başlığı da " Olayları Açıklama Yükümlülüğü- Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü olarak çevrilebilir.

[829] Konca Kurt, Nesibe: Medeni Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016, s.79

Dürüstlük kuralı, Türk Hukukunda, HUMK yürürlüğü döneminde de TMK 2. maddesi ile bağlantılı olarak Medeni Yargılama Hukuku açısından uygulama alanı olduğu ileri sürülmüştü[830].

Meri düzenleme ile aynı temelde ilkesel olarak dürüstlük kuralı benimsenmiş olsa da, hem TMK hem HMK açısından gerekçe dışında yaptırıma dair bir normatif düzenleme içermemiştir. HUMK döneminde de, davada dürüstlük kuralına aykırı bir işlemin ya da bu kurala aykırı olarak yetkilerin kötüye kullanılması durumunda, yapılan işlemin "dinlenebilir" bulunmama, hukuki sonuç doğurmama ve içeriği ve şartları iyi belirlenmiş tazminat sorumluluğu şeklinde yaptırım düzenlenmesi gerektiği, yaptırımın da etkin olması gerektiğine isabetle işaret edilmişse de[831] HMK 29. maddesi düzenlenirken söz konusu yaptırıma gerekçede işaret edilmekle yetinilmiştir. Ancak, zaten yargılamaya egemen ilke konumunda düzenlenmesi sonucunda, soyut olması , kapsayıcı olması genel olarak beklenen bir düzenleme şeklidir. Yansıma normları ise daha somut olarak düzenlenmiş olup, ilgili yaptırımları da her bir normda yer almıştır.

Öğretide, dürüstlük kuralının bir egemen ilke olmasından dolayı, HMK içerisinde yansımalarının bulunduğu belirtilerek, örnek olarak 124. maddede düzenlenen, hakimin taraf değişikliğinin dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılması durumunda reddedebilme yetkisi, 327. maddede düzenlenen, gereksiz yere davanın uzamasına ya da gider yapılmasına neden olan tarafın lehine karar verilmiş olmasına karşın yargılama giderlerine mahkum edilebilmesi, 182. maddede düzenlenen, kötüniyetli ıslahın kabul edilmemesi, 7. maddesinde yer alan davanın sırf davalıyı bir başka yere getirmek amacıyla yerleşim yerinden başka yerde açılması durumunda yetkisizlik kararı verilmesini içeren hükümler[832] ile, davayı uzatmak amacıyla hakimin reddi isteminde bulunulduğunun anlaşılması halinde, ret isteminin reddi istenen

[830] Bkz. Arslan, Ramazan: Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989
[831] Arslan-Dürüstlük Kuralı, s. 151
[832] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 164

hakim tarafından reddedilmesi(41.md.), hakimin reddi isteminin geri alınması yasağı (38.md), dava hakkının kötüye kullanılması durumunda diğer tarafın kendi vekili ile aralarındaki sözleşmesel vekalet ücretine dava açanın mahkum edilmesi (329.md), bir delilin sonradan ileri sürülmesinin yargılamayı geciktirmek amacı[833] taşıması durumunda hakim tarafından buna izin verilmemesi (145.md) örnek olarak sayılmıştır[834]. Tespit edilebildiği üzere HMK 29. maddesinin yansıması olan bu normlar, gerekçede işaret edilen yaptırımı içermektedir.

Dürüstlük ilkesinin, dava hakkının kullanımının yanı sıra, tarafların yargılama sürecindeki tüm usûli yetkilerini kullanmalarının sınırlarını belirleyen temel ilke olduğu ifade edilmiştir[835]. Bu ilke, yukarıda da belirtildiği üzere, maddi hukuktaki dürüstlük kuralının yargılama hukukundaki görünümüdür[836]. Taraflar, bir uyuşmazlık nedeniyle yargı organı nezdinde karşı karşıya geldiklerinde, hem mahkeme hem de birbirleri arasında usûli bir ilişki doğmuş olmaktadır[837]. Bu ilişkinin tüm aşamalarında, 29. maddenin egemen olduğu, karşılıklı olarak kullanılan yetkilerde de bu ilkenin esastır. Özellikle, bu ilkenin, mahkemenin tarafların usûli işlemlerinde geniş bir denetim yetkisi sağladığı, bu temelde, hâkim, uyuşmazlık üzerine, yargılama kurallarının uygulanmasında daha esnek davranabilme ve bu yolla taraflar arasında denkleştirme işlevinin olduğu belirtilmektedir[838]. Dürüstlük kuralının bir diğer önemli boyutu yönünden ise, yargılama normlarının çoğunun emredici kurallar olması nedeniyle, bu kurallardan doğan hak ve yetkilerin dürüstlük kuralına uygun olması gerektiği, medeni yargılama hukukunun amaçlarından olan adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi ile

[833] Ayrıca HUMK dönemi açısından da bkz. Arslan-Dürüstlük, s. 97 vd.
[834] Tanrıver-Usûl, s.412
[835] Tanrıver-Usul, s. 410
[836] Arslan-Dürüstlük, s. 47 vd.; Tanrıver-Usûl, s.410; Kurt Konca, s. 58; Alangoya-Vakıalar, s.119; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 163; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s.199
[837] Tanrıver-Usûl, s.410
[838] Arslan-Dürüstlük, s. 114

maddi gerçeğe ulaşılabilmesinin dürüstlük kuralının uygulanması ile olanaklı olduğu ifade edilmektedir[839].

Dürüstlük kuralına aykırı olarak tarafların davranması durumunda, yukarıda örnek olarak sayılan düzenlemelerden ayrı olarak, genel bir yaptırım uygulanması her ne kadar 29. maddede açıkça düzenlenmese de, gerekçesinde de işaret edildiği gibi, dava hakkını ve tüm usûli yetkilerin kullanılma sınırını belirlediği için bazı yaptırımlarının olduğu işaret edilmiştir[840]. Bu anlamda, başta dava hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanımı yönünden , tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı davanın ikinci kez açılmasında hâkimin dava şartı olduğu için derdestlik durumunu (114/1-(ı).md) kendiliğinden gözetmesi ve ikinci açılan davanın derdestlik nedeniyle reddedilmesi[841] sonucu ile karşılaşılması belirtilebilecektir. Yukarıda örnek olarak belirtilen yaptırımların yanı sıra, genel bir yaptırım kuralı olarak tarafın yaptığı dürüstlük kuralına aykırı işlem ve davranışın sonucundan yararlanamaması hem öğretide hem de gerekçe işaret edilmiştir[842]. Bu konuda verilen somut bir örnekte, HMK 200. maddede düzenlenmiş bulunan senetle ispat zorunluluğu kuralı kapsamında, muvazaalı hukuki işlemin tarafın olan bir davalının, dava konusu alacak tutarı buradaki parasal sınırı aşmış olmasına karşın bu durumu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı bulunmuş, bu savunmasının hukuki olarak korunmayacağı yani kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir[843].

Dürüstlük kuralına aykırı yaklaşım açısında, örnek olarak, davada, tarafların tanık isim ve adreslerinin sonradan sunulabilmesine dair 140. maddeden doğan hakkını kullanmak istemiş olduğu bir durumda, davacı taraf kendi tanıklarını davanın görüldüğü mahkemede dinletmek istemiş, davalı taraf da gerçekte tanıkları davanın görüldüğü yargı çevresinde oturduğu halde, yerleşim yerlerini başka bir yargı çevresine nakledilmesini sağlamıştır.

[839] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s.200
[840] Arslan-Dürüstlük, s.71
[841] Arslan-Dürüstlük, s.73; Tanrıver-Usûl, s.412
[842] Arslan-Dürüstlük, s.104
[843] Arslan-Dürüstlük, s.104

Öncelikle, davalı, tahkikat aşamasının ilk duruşmasında davacı tanıklarının dinlenmesini, onların beyanlarının belirginleşmesini gördükten sonra kendi tanıklarını istinabe yolu ile dinletmek istemiş, bu sırada da duruşma dışında, diğer tanıkların ifadelerinin içeriği, hatta bu ifadeleri çürütmek için söylenmesi gereken sözleri de kendi tanıkları ile konuşmuş, bu suretle tanıkları da yönlendirmiş olabilir. Böylesi bir usûli davranış dürüstlük kuralına aykırı olacak, amaçlanan gerçek iradenin ispatlanması durumunda davalının tanıklarının ifadelerine itibar edilmemesi yaptırımı söz konusu olabilecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile dürüslük kuralı arasındaki ilişki konsunda, öncelikle belirtmek gerekir ki, dürüstlük kuralı, bu ilke yönünden sınırlandırıcı bir işleve sahiptir[844]. Özellikle, dava açılmakla başlayan hukuki ilişkide, getirilmiş dava malzemesinin belirsizlik ve çelişkiler içermesi tarafların bu malzemeyi getirirken iyiniyetten uzak bir amaçla, başta davayı uzatmak için, ya da davada diğer tarafın öncelikle dava malzemesinin tamamını görmek sonrasında bu malzemeye göre taktiksel bir niyetle kendi hukuki yararına göre tam olarak kendi dava malzemesini getirmek istemiş olabilir. Örneğin, dava dilekçesinde, davacı, iddiasının dayanağı olan vakıaların "açık özetlerini" (119/1-e md.) sunması gerektiği halde, özeti çok dar kapsamlı, anlaşılmaz hatta olayın unsurlarının çoğunu içermeyecek şekilde belirtmiş olabilir. Böylesi bir durumda, hâkimin, soru sorması ya da açıklama istemesi 31. maddenin bir gereği olsa da, davacının, davalının cevap dilekçesi aracılığı ile ikrar elde etmeye çalışarak, ya da davacının özellikle zaman unsurunu gizleyerek zamanaşımı defininin süresinde yani cevap dilekçesinde sunulmasını önlemek istediği anlaşılırsa, bu durumda, davacının kötüniyeti korunmamalı, 194. maddeden gelen somutlaştırma yükü yerine getirilmemiş olduğu gerekçesiyle davanın esastan reddedilmesi[845] yaptırımı ile karşılaşması, ya da zaman unsuru yönünden açıklama yapması için aydınlatma ödevi gereği dinlenmesinden sonra, davalının hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmemesi

[844] Börü-Somutlaştırma, s.107
[845] Börü-Somutlaştırma, s. 253

için zamanaşımı defi hakkını kullanması için gereken sürenin yani davaya cevap süresi içinde kullanılabilen bu defiinin bu açıklamadan sonra iki haftalık süre içinde davalı tarafından sunulması durumunda süresinde sunulduğu kabul edilmelidir. Burada belirtmek istenen şudur ki, eğer davacı, bir oalya ait zaman unsurunu yani olayın meydana gelme zamanını, davalının zamanaşımı defiinde bulunmasını önlemek için dava dilekçesinde açıkça belirtmezse, bu durumda olayın unsuru olarak bu durumun aydınlatılması gerekir. Bu aydınlatma faaliyetinden sonra, davacının gizlediği bu konu cevap dilekçesi verilmesinden sonra ortaya çıkmış ise bu unsura karşı daha önce sunulamamış olan zamanaşımı defiinin sunulmasına izin verilmesi gereklidir.

Dürüstlük kuralına uygun olmayan tarafların işlem ve davranışlarının, davada yarattığı belirsizlik ve çelişkiler ile ilgili olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama alanı dışında değerlendirme yapılması, somut olarak ilgili normdaki yaptırım söz konusu değilse, ilgili işlemin ya da davranışın belirsizlik ya da çelişki nedeniyle değerlendirmeye alınmaması söz konusu olmalıdır. Hâkimin, dava malzemesini değerlendirirken, dürüstlük kuralına uygun olmayan bir durumu tespit etmesi halinde kötüniyeti korumadan ilgili yaptırımı uygulaması gerekecektir.

III.Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü

HMK 29. maddesi ile taraflara yüklenen diğer yükümlülük olan gerçeği yani doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamını tespitte doğru ve gerçek kavramlarının yargılama hukuku açısından yeri, bu yükümlülüğün isabetli uygulanması açısından önemlidir. Burada, aranması gereken, tarafları yükümlülük altında tutan gerçek tartışılmalıdır. Yargılama hukukunun ulaşmayı amaçladığı gerçek kavramı ile ilgili olarak yargılama hukukunda maddi gerçek- şekli gerçek ayrımı şeklinde incelenmiştir[846]. Yargılama sonucunda, hiçbir zaman tam

[846] Taşpınar, Amaç Sorunu, s. 763

olarak mutlak gerçeğe ulaşılamayacağı, kanuni deliller dışındaki delillerin de bu olanağı tanımayacağı düşünülerek[847], maddi olayın aslına ilişkin yer, zaman, kişi unsurlarına dair tespitin ötesinde, soyut normların uygulanması ile ulaşılan kanının şekli gerçeği ifade ettiği belirtilmiştir[848]. Maddi gerçeğin aranmasının savunulduğu görüşe göre, gerçekleşe örtüşmeyen olaylara dayalı olarak kurulan hüküm, kamu nezdinde hakların tespiti ve tecellisi ile ortaya çıkacak olan kamu yararına ulaşmayı engelleyecektir[849].

Bu ayrımların temelsiz olduğunu belirten bir diğer görüşe göre ise, gerek ceza gerek medeni yargılama hukuku olsun, her zaman gerçeğe ulaşmanın olanklı olmadığını, medeni yargılama hukukunda egemen ilke olan taraflarca getirilme ilkesi, tasarruf ilkesi, sulh, feragat ve kabul olarak düzenlenen davaya son veren taraf işlemleri, ikrarın vakıaları çekişmesiz hale getirebilmesi gibi taraf egemenliğinin olduğu medeni yargılamada gerçeğe ulaşmanın bir amaç olarak benimsenmesi tutarlı bulunmamıştır[850].

Doğruyu söyleme yükümlülüğü içerisinde, tarafların kendi aleyhlerine olan vakıaları davaya getirme yükümlülüğü olup olmadığı konusunda farklı görüşler vardır. Zira tarafların menfaatinin bu yükümlülüğün sınır olup olmadığı tartışılmıştır[851]. Bir görüşe göre, taraf, kendi lehine olan vakıaları belirtip, aleyhine olan vakıaları saklayamayacaktır[852]. Bu konuda, temelde aynı görüşü savunmakla beraber, ileri sürülen hak ya da istemi ortadan kaldıran vakıalar yönünden böyle bir zorunluluktan söz edilemeyeceği, buna dair yükümlülüğün karşı yana düştüğü ileri sürülmüştür[853]. Bu düşünce ile paralel olarak, sadece doğruyu söyleme

[847] Gaul, s.49
[848] Tercan,Erdal: Medeni Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996; Kurt Konca, s.42
[849] Arslan-Dürüstlük, s.11
[850] Taşpınar, Amaç Sorunu, s. 772
[851] Kurt Konca, s.246
[852] Öğretide, bu konuda yargılamada dürüstlük kuralının dikkate alınması ile, sadece tarafların kendi lehine olan vakıaları getirip aleyhe vakıalara dair sessiz kalmalarının çelişki yaratacağı, tarafların gerçeği gizlememesi gerektiği belirtilmiştir, Arslan-Dürüstlük, s.117-118, aynı görüşte bkz. Erdönmez, s. 60; Alangoya-Vakıalar, s. 120; Atalay, Menfii Vakıa, s.143
[853] Tercan, s. 189

yükümlülüğü gereği değil, aynı zamanda yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşma amacı için de tarafların kendi aleyhine bile olsa eksiksiz tüm vakıaları mahkeme sunmaları durumunda davada hakimin gerçeğe uygun karar vermesi daha kolay olacağı belirtilmiştir[854].

Deliller yönünden de, davada, karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak dayanılmış olması durumunda da kendi aleyhine bile olsa belgeyi elinde bulunduran tarafın ilgili belgeyi dosyaya sunması gerektiği HMK 220. maddesinde düzenlenmiştir[855].

Taraflardan kendi aleyhlerine olan konuları ya da delilleri davaya getirmesi beklenmemelidir[856]. Hatta HMK 219. maddesi ile düzenlendiği gibi, tarafın zorunlu tutulduğu alanlar için delil ibrazı söz konusu olabilecektir[857]. Madde gerekçesinde de, tarafların kendi aleyhlerine olan belge ve olayları belirtmelerinin "beklenemeyeceği", ancak açıklamalarında mahkemeyi "yanıltmamaları" esas alınmıştır. Gerekçe ile yukarıda sunulan tartışmaların sona ermesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak her iki görüş de zaten ortak olarak, tarafların birbirlerine ya da kendilerine dair açıklamalarda mahkemeyi kasten yanıltmaması gerektiğini belirtmektedir. Aksi durumda bu beyanlar dikkate alınmayacaktır[858].

---

[854] Kurt Konca, s.251

[855] ***"Tarafın belgeyi ibraz etmemesi***
MADDE 220- *(1) İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir".* Ayrıca ayrıntılı inceleme için bkz. Göksu, Mustafa: Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak), MİHDER, 2009/2, S.13, s. 257
(2) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir.
*(3) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir."*İlk fıkranın incelenmesinde, zaten tarafa doğrudan belgeyi sunması için yükümlülük yüklememekte, sunması için gerekli koşulları özellikle karşı tarafının anladığı ya da mahkeme dosyasına bu durumun yansıması ile sınırlı tutulmuş olduğu görülmektedir.

[856] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 163; Tanrıver-Usûl, s.417; Kurt Konca, s.254; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 201, 383, belgelerin ibrazı konusunda da bu görüş aynı şekilde hiçbir tarafın kendi aleyhine olan delili dosyaya getirmek zorunda olmadığını, hatta açıkça tarafların doğruyu söyleme ödevinin özellikle bu konuda böyle bir zorunluluk getirmediğini ifade etmektedir.

[857] Kurt Konca, s.251

[858] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 201

Tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü, HMK 29. maddede, "*Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler"* şeklinde ikinci fıkradaki düzenlemesinden hareketle, davanın her aşamasında ve açıklama yapılabilecek tüm konularında söz konusu olduğu ifade edilebilir. Yasa metninde, açıklama yapmaktan bahsetmekle, hem sözlü hem yazılı açıklamaları kapsama aldığı kabul edilmektedir[859]. İlkenin uygulama alanına, öğretideki egemen görüşe göre vakıalar başta olmak tüm dava malzemesi girmektedir[860]. Diğer görüşe göre ise, sadece vakıalar ile sınırlı bir ilke olarak kabul edilmektedir[861]. İlk görüşe yakın olan bir görüşe göre, doğruyu söyleme yükümlülüğü, dar anlamda ve geniş anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğü olarak ikiye ayırarak incelenmesi gerekli görülmüş olup, bu temelde, dar anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğü vakıalar ile ilgili iken, geniş anlamda doğruyu söyleme yükümlüğü vakıalar da dahil olmak üzere tüm dava malzemesini işaret etmektedir[862].

Doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamının farklı olmadığı anlaşılmaktadır. Her ikisi de, tarafların açıklamalarını ve getirdiği delilleri konu edinmiştir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile doğruyu söyleme yükümlülüğü hâkimi sadece davada izleyici olan konumundan çıkartarak etkin hukuki koruma ve gerçeğin tespiti için harekete geçirmektedir[863]. Ayrıca, aydınlatma ödevi, doğruyu söyleme yükümlülüğünün uygulanmasında işlevsellik katmaktadır, hakimin, taraflar üzerinde doğruyu söyleme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği konusundaki denetimi de hakimin davayı

[859] Arslan-Dürüstlük, s. 119; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 201; Tanrıver-Usûl, s.418; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 164; Kurt Konca, s.179

[860] Arslan-Dürüstlük, s. 117; Tercan, s.188; Börü-Somutlaştırma, s.101; Bolayır, s. 218; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 201

[861] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 164; Tanrıver-Usûl, s.416

[862] Kurt Konca, s.179

[863] Tanrıver-Usûl, s.356

aydınlatma ödevi ile sağlanabilecektir[864]. Özellikle belirsizlik ve çelişki halinde tarafların dikkati 27. maddeye göre çekilecek, duruma işaret ettikten sonra belirsizlik veya çelişkinin yoğunluğuna ve önemine göre tarafların dinlenmesi ve isticvap yolları arasında seçim yapılarak uygulanacaktır. Bu anlamda, her iki ilke arasında bir birini tamamlama işlevi olduğu ifade edilebilir. Tarafları davadaki belirsizlikler ve çelişkiler karşısında, hâkim eğer 31.madde olmasaydı, dosyada yer alan delillere göre bir değerlendirme yapacak ve sonuçta da taraflardan açıklama istediğinde doğruyu söyleme ödevinin yerine getirilip getirilmediğini kendiliğinden denetleyecektir. Soracağı sorular ile gerçek olmadığı kanısını kendisinde uyandıran dava malzemesini doğruyu söyleme yükümlülüğünü hatırlarak kendi vicdanındaki yerinde kanaat elde edene kadar sorgulamasını sürdürecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN ÇERÇEVESİ VE USÛLİ DÜZENLEMELERLE İLİŞKİSİ

[864] Kurt Konca, s. 134

§9- HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN KAPSAMI

A- DİLEKÇELER AŞAMASINDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

I-Genel Olarak

HMK sisteminde, dilekçeler, yargılamanın her aşamasında taraflarca sunulan ve maddi ve hukuki açıdan belirsizlik ve çelişki içermesi yönünden olasılık taşıyan yazılı, taraf iradesini içeren metinlerdir. Hâkimin bu metinlerdeki belirsizlik ve çelişki karşısında alabileceği hukuki yaklaşım açısından konuyu, ön inceleme aşaması öncesi dilekçeler ile,tahkikat dilekçeleri, kanun yolu dilekçeleri ve kanun yolu sonrası dilekçeler olmak üzere dört alt başlıkta incelemek yararlı olacaktır kanısındayız.

Türk Hukukunda, HMK içerisinde düzenlenen dilekçeler dava dilekçesi (119.md), cevap dilekçesi (126.md.), cevaba cevap dilekçesi, ikinci cevap dilekçesi (136.md.), delil dilekçesi (140/5 md.), beyan ve açıklama dilekçeleri, kanun yollarına başvuru ve bu dilekçelere karşı cevap dilekçeleri(istinaf dilekçesi, 342.md.,istinafa cevap dilekçesi 347.md., temyiz dilekçesi 364.md., temyize cevap dilekçesi 362.md.) , davaya müdahale dilekçeleri (67.md), vekaletsiz dava açılmasında asilin verdiği muvafakat dilekçesi (77.md), vekilin azli veya istifasının mahkemeye bildirilmesi dilekçesi (81.md), eski hale getirme dilekçesi (97.md), dosyanın yeniden işleme konulması dilekçesi (150.md), ön sorunun ileri sürülmesi dilekçesi (163.md) , dava değerinin arttırılması dilekçesi (107/2.md.), ıslah dilekçesi (180.md), hükmün tashisi dilekçesi (304.md), hükmün tavzihi dilekçesi (306.md), feragat ve kabul dilekçeleri (309.md), adli yardım talebi dilekçesi (337.md), yargılamanın iadesi dilekçesi (368.md.), ihtiyati tedbir istemi dilekçesi (390.md.), ihtiyati tedbir kararına itiraz dilekçesi (394.md.), delil tespiti istem dilekçesi (402.md.), tahkimde dava ve cevap dilekçesi (428.md.) gibi birden çok dilekçe örneği bulunmaktadır. Bu dilekçelerin bazılarında örneğin dava ve cevap dilekçelerinde olduğu gibi içeriği konusunda yasa koyu unsurları belirtmiş,

bazılarında ise belirtmemiştir. İsviçre Hukuku ve Alman Hukukunda da benzeri şekilde, kurumsal olarak özellikle İsviçre Hukukunun mehaz olarak alınmasından dolayı dilekçe türleri yer almaktadır[865].

Kanımızca, HMK kapsamında, dilekçeleri tipik dilekçe- atipik dilekçe olarak ikiyi ayırmak olanaklı olabilir. HMK içerisinde düzenlenen, adeta Roma Hukukundaki formulaların nasıl ki gerek vakıalar gerekse belli bir unsur içermesini andırır şekilde, özellikle de içeriği yönünden belli unsurlar taşıması aranan dilekçeler, yasa koyucunun tipik olarak tespit ettiği ve düzenlediği, yukarıdaki paragrafta kısaca ismen örneklerine değindiğimiz dilekçelerdir. Atipik dilekçeler ise, yasa koyucu tarafından ismen ve içerik olarak açıkça belirtilmemiş olsa da, özellikle tahkikat aşamasında tarafların açıklama sunmak, ara karar verilmesini talep etmek amacıyla sundukları, yargılama sürecinin her bir farklı durumuna dair gereksinimden doğan, HMK 27.maddesi kapsamında "açıklama hakkı" ile birlikte de değerlendirilebilen dilekçeler olarak karşımıza çıkmaktadır. HMK 31.madde gereği, tarafların yapacağı açıklamalar da açıkça "dilekçe" adı ile düzenlenmediğinden, atipik bir dilekçe ile mahkemeye sunulması gerekecektir. Böyle olması da bizce doğrudur, zira yasakoyucu belirsizlik ve çelişkilere dair kazuistik bir düzenlemeyi sayısız vakıa türü içinde yapamayacağından, buna dair dilekçenin de içeriğinin düzenlenmesi gerekli ve doğru olmayacaktı.

HMK 31. maddesinin kapsamını tespit ederken taraflardan gelen dava malzemelerinin tamamı hakkında aydınlatma ödevinin söz konusu olduğunu ileri sürmek olanaklı görülmektedir[866]. Maddede, "uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlar", eğer "maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar" ile ilgili ise, normun uygulama alanı içinde olacaktır. HMK 31. madde, yargılamaya egemen ilke

[865] Örneğin, schZPO 221/I .maddesinde, aynı şekilde dZPO 253.maddesinde de dava dilekçesinin yer alması gibi
[866] Karaaslan, s. 119 vd.

olmasının da doğal sonucu olarak, sözü ile de deliller ya da dilekçeler şeklinde bir sınırlama getirmemiş, dava içerisinde uyuşmazlığın doğru algılanabilmesi ve değerlendirilebilmesi için hangi dava malzemesi olursa olsun normun konusu içinde kaldığını kabul etmemize neden olacak derecede geniş bir düzenleme içermiştir.

Türk ve İsviçre Hukukunda dilekçeler yönünden ya da çalışma konumuz kapsamında hâkimin davayı aydınlatma ödevine konu dava malzemesi olarak dilekçelerin ayrılması ya da tasnifle incelenmesi söz konusu edilmemiş ise de, yukarıda belirttiğimiz gibi HMK 31. madde yönünden sunulacak atipik dilekçenin yorumlanmasında Alman Hukuk öğretisinde, dilekçelerin türü olarak ayrılmaksızın bu konuda dZPO 139. maddesindeki amaca-isteme uygunluktan yola çıkılarak objektif olarak amaca uygunluk- sübjektif olarak amaca uygun olmak üzere iki türlü sınıflandırma yapılmıştır[867].

Dilekçelerin gerçek irade ve isteme yani amaca uygunluğunun aranması olarak ifade edilen objektif yorumunu savunan yazarlar, hâkimleri dilekçelere yardımcı olmalarının tarafların uyuşmazlığın nihai olarak ve tamamen sona erdirmeyi mümkün kıldığı görüşündedirler. " Asıl amaca uygun" sözcüğü sadece dZPO'nun 139. maddesi 1. bendi sayfa 2'de yer almamaktadır. dZPO'nun 263. maddesine göre dava dilekçesinde bir değişiklik yapmak ancak mahkeme bunu esas amaca uygun olarak değerlendirdiğinde uygundur. Buna göre dava dilekçesinin amaca uygunluğu öncelikle kriterlere göre değerlendirilmek durumundadır. Yeni dava dilekçesi mevcut uyuşmazlık çerçevesinde taraflar arasındaki iradelerine uygun ihtilaf malzemesini bertaraf etmeye ve keza, yeni bir davanın açılması tehlikesine meydan vermemeye uygun olmalıdır[868]. Ancak davalının da haklı istekleri bu şekilde dikkate alınmış olmaktadır. Dolayısıyla dava dilekçesinin iradeye uygunluğu incelenirken ve bu konudaki aydınlatma çalışması yapılırken, eğer uyuşmazlık o ana kadarki

[867] Liu, s. 275 vd.
[868] Laumen, s. 204

içeriğini kaybedecekse ve davalının savunmasını tamamen yeni bir temele yerleştirmek zorunda kalması söz konusu olacaksa, buna izin verilmemesi gereklidir. Bunun sebebi de, davayı kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalan davacının, mahkemeye dava dilekçesinin değiştirilmesi sürecinde çok farklı bir uyuşmazlık konusunu vakıa olarak sunarak davayı kaybetme tehlikesini engellemeye çalışmasına meydan vermemektir[869]. Bir anlamda iddiasını değiştirmesine izin verilemeyeceği ileri sürülmüş olmaktadır. Bir dilekçe , prensipte eğer taraflar arasındaki ihtilaf nihai olarak ortadan kaldırılmasını ve mümkün mertebe yeni bir davanın da önünün alınmasını sağlıyorsa, amaca uygun olarak kabul etmek gerektiği, amaca uygunluk kavramının böyle temelde usûl ekonomisine yönelik dZPO 139 /2. maddesi doğrultusundaki yorumu yönünden de , ayrıca yeni bir uyuşmazlığın önlenmesi ile toplumsal barışın korunmasında da işlevselliği açısından önemli görülmelidir[870].

dZPO 139/2. maddesindeki amaca uygunluk kavramının objektif yorumlanması görüşüne karşı başka yazarlar sübjektif amaca uygunluk kavramını savunmaktadır. Buna gerekçe olarak , tarafların mahkemenin bilgilendirmeleri ile tarafların ilgili davada davacı ise davanın kabulüne, davalı ise davanın reddine ulaşmaya yönelik dilekçelerinden doğru sonuçlar çıkarmaya yönlendirilecek olmaları ileri sürülmektedir. Bu yazarlara göre , ZPO 263'deki amaca uygunluk kavramı objektif anlamıyla anlaşılması gerekirken , ZPO 139/2.maddesindeki aynı kavramın sübjektif anlamıyla anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle, dava dilekçesiyle maddi olay arasında uyum sağlayabilen dilekçeler amaca uygundur. Bu açıdan, farklı bir hukuki yararı amaçlayan dilekçeler veya sunulmuş olandan farklı bir olaydan kaynaklanan dilekçeleri incelemek ve değerlendirmek mahkemenin görevi olmadığı için, ihtilaf konusu sınırı oluşturmaktadır[871].

[869] Laumen, s. 204
[870] Laumen, s. 206
[871] Stein/ Jonas/Leipold, s. 84

dZPO 139. maddesi doğrultusunda mahkemenin tarafları ulaşmak istedikleri hedefe daha açıklayıcıyı, iradelerini daha anlaşılır belirten dilekçeleri vermeye işaret etme görevi, bilgilendirme yükümlülüğünün dönüştürme işlevi olarak görülmektedir. Burada tarafların iradeleri ile dava öncesi günlük dilde saptanmış hedefin hukuksal formulasyonun yapılarak doğru dava dilekçesine çevrilmesi gereği düşünülmüştür[872]. 2001 tarihli dZPO reformunda Alman yasa koyucu buna uygun olarak tarafların önceki sunumlarında en azından ima yollu dahi olsa bir vakıaya dayanmaması durumunda, yeni dilekçeler verilmesi gereğine dair bilgilendirmede bulunmanın mahkemenin görevi olmadığını değerlendirmiştir[873].

I- Ön İnceleme Aşamasından Önceki Dilekçeler Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

1.Genel Olarak

HMK'da, ön inceleme aşamasından önce, yazılı yargılama usûlünün uygulandığı davalarda dava dilekçesi (HMK 118.madde), cevap dilekçesi (HMK 126.madde), cevaba cevap dilekçeleri, ikinci cevap dilekçeleri (HMK 136. Madde), "tipik dilekçeler" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda, hem yazılı yargılama hem de basit yargılama usûlünde, dava ve cevap dilekçesi, yargılamada yer alan iki ana ve tipik dilekçe türüdür.

2.Dava Dilekçesi Üzerinde

Bir davada, kural olarak dava dilekçesi olmadan dava açılmış sayılmayacaktır[874]. HMK 118.madde, davanın açılma zamanı açıkça "dava dilekçesinin kaydedildiği tarih" olarak düzenlemiştir. Dava dilekçesinin "var oluşu" davanın kurucu unsurudur[875]. Ancak dava

[872] Spohr, s.84
[873] Stein/ Jonas/Leipold, s. 51
[874] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.275; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.313; Üstündağ, Yargılama,s.447; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s.1163; Umar-Şerh, s.347; Yılmaz,-Şerh,C.II s.1769; Tanrıver-Usûl, s.627; Karslı, s.408; Atalı/Ermenek/Erdoğan,s.372; Budak/Karaaslan, s.170; Postacıoğlu/Altay,s.391; Kuru,s. 227; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.289
[875] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.330; Kuru/Arslan/Yılmaz s.289

dilekçesi, nasıl ki davanın kurucu unsuru ise , dava dilekçesinde bulunması gereken unsurları da dava dilekçesinin kurucu unsuru özelliğini taşımaktadır.

a. Unsurları

HMK 119. madde son fıkra gereğince; dava dilekçesinde davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri; davacının T.C kimlik numarası, kanuni temsilcilerinin ve davacı vekillerinin adı, soyadı ve adresleri, açık bir şekilde talep sonucu, davacının varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası[876] bulunmaması yaptırıma tabi zorunlu unsurlar olarak sayılmış, maddedeki diğer unsurlar yani mahkemenin adı, davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri, iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, dayanılan hukuki sebepler unsur olarak sayılmış, ancak eksiklikleri halinde süre verilmesi, tamamlatılması yönünde bir usûli işlem yaptırmak üzere hâkime yetki verilmemiştir.

Öğretide de belirtildiği gibi, davanın görülmesi, bir dava olarak değerlendirilebilir olması için bu unsurlar gerekli unsurlardır. Bir davada, örneğin davacı, hiçbir olay sunmadan[877] taşınmazın tahliyesini istediğini belirtmiş olması halinde, tahliyeye temel olacak, hak doğuran bir olayın sunulmaması, buna karşılık davalının da bir cevap dilekçesi vermemesi nedeniyle cevaba cevap dilekçesi de verilmemişse bu durumda, davada hiç vakıa yani "dava sebebi"[878] bulunmayacak demektir. Talep sonucunu haklı çıkaracak bir olay, olayı ispatlayan bir delil sunulmadığından, davanın davacının aleyhine sonuçlanması beklenen bir

[876] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.327

[877] Özekes, Muhammet: HMK Bakımından Dava Dilekçesindeki Eksiklikler Halinde Yapılması Gereken İşlemler, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C.1, s. 285, burada, hiç vakıa belirtilmemiş olması durumunda, aydınlatılacak bir dava malzemesinin de bulunmadığı, bu durumun yaptırımı olarak da davanın usûlden reddedilmesinin gerektiği kanısına yazarca varılmıştır, s. 288. , öğretide Umar, esastan reddedileceğini, Karaaslan ise sebep belirtmeksizin davanın reddedileceğini ileri sürmüştür, a.g.m, s. 288 dn.42

[878] Alangoya, Dava Temeli, s.285

sonuç olarak karşımıza çıkacaktır[879]. Bu durumda, hâkimin vakıa sunulmasını istemesi ,bu yönde bir hatırlatmada bulunması, konusunda usûl kuralları bir düzenleme getirmemiş olup; iddia etme yükü hiç yerine getirilmemiş, bir olay sunulmamışsa hâkimin açıklama isteminde bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır[880]. Kanımızca burada bir "zorunlu olmama" konumundan ötede hâkimin taraflardan birine öğüt vermesi yada yol göstermesi olarak da değerlendirilebileceğinden[881] (HMK 36.md.) hâkimin reddedilmesinin söz konusu olmaması için sunulmamış vakıanın sunulmasını da isteyemeyecektir. Bu ileride ayrıca inceleyeceğimiz üzere, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin de sınırını oluşturmaktadır. HMK 31. maddesi bu anlamda, davada hukuki ve maddi açıdan belirsizlik ve çelişkiden söz ederken, eksiklik halinde hâkimi harekete geçirmemektedir[882].

b.Unsurlarda Eksiklik

Dava dilekçesinde, sunulan olaylarda belirsizlik ve çelişki bulunması ya da talep sonucunda bir belirsizlik ve çelişki bulunmasının öncesinde, yukarıda belirtilen tamamlamaya tabii zorunlu unsurlarda bir belirsizlik veya çelişki olması halinde bu çelişki ve belirsizlik HMK 31.madde kapsamında mıdır?

---

[879] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.328

[880] Karaaslan, s.113

[881] Yılmaz-Şerh,s.415; Çön, s.57; Umar- Şerh,s.150

[882] Burada aslında, **iddia yükünden** söz etmek gerekmektedir. İddia yükü, uyuşmazlık konusu olayla ile ilgilidir ve, tarafların bir normda düzenlenen hukuki sonucun oluşabilmesi amacıyla, normda yer alan koşul olayların karşılanmasına dair olayların yani vakıaların mahkemeye sunulması gereğine dair davacı tarafa yüklenen bir usûli yük olarak tanımlanmaktadır, Börü-Somutlaştırma, s. 118, Atalay-Menfii Vakıalar, s. 24, Umar/Yılmaz, s. 17; ikiye ayrılarak incelenmiştir. Objektif iddia yükü ve subjektif iddia yükü olarak iki esasta incelenir. ***Objektif iddia yükü***, yargılamada, taraflarca maddi hukuk yönünden önemli görülen olayların iddia edilmemesi ya da iddialarındaki eksiklik nedeniyle ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların söz konusu olduğu yükü ifade etmektedir, Börü-Somutlaştırma, s. 119, Atalay-Menfii Vakıalar, s. 24, ***subjektif iddia yükü*** ise, objektif iddia yükünün yerine getirilmemesi nedeniyle doğabilecek olumsuz sonuçların giderilmesi için gerekli vakıaların ileri sürülmesi gereğine dair yükü daha farklı bir deyişle, bir davanın davacı taraf lehine sonuçlanabilmesi için önemli olan bir vakıanın zamanı, şekli ve konusunu açıklamaktadır, Börü-Somutlaştırma, s. 121, alt ayrıma gidilerek soyut iddia yükü ve somut iddia yükü olarak iki temelde açıklanmış olup, buna göre, başlangıçta ileri sürülmesi gerekn iddia ve savunmaya dair vakıalar soyut iddia yükünü, davanın ilerleyişine göre yer değiştirmesi olanaklı olan somut vakıa iddialarına karşı ileri sürülebilen ayrıntılı yeni vakıalar sunma yükü ise somut iddia yükü yani somutlaştırma yükü olarak ifade edilmiştir, Börü-Somutlaştırma, s. 122-123; Atalay-Menfii Vakıalar, s. 26; Özekes- Dilekçe, s.287; Karaaslan,s .113; Umar-Şerh, s.139

Yasa koyucu, 119.maddede, belirsizlik ve çelişki halinde değil, eksiklik halinde tamamlatma yetkisi vermiştir. Ancak, talep sonucunu değerlendirdiğimizde, zorunlu ve tamamlamaya tabi unsurlardan "açık bir şekilde" olması istenen talep sonucunda, anlaşılır olmayan ifadeler kullanılmış olabilir. Açık talep sonucu yokluğunda yani talep sonucu belirsizliğinde acaba HMK 31. maddesi mi yoksa HMK 119/son maddesi mi uygulanmalıdır? Bir başka deyişle,dava dilekçesinde,davacı talep sonucunda birbiri ile çelişkili ifadeler kullanmış ya da belirsiz bir ifade kullanması halinde, dava dilekçesindeki bir eksiklikten mi yoksa talep sonucundaki bir belirsizlik ve ya çelişkiden mi söz etmiş olacağız?

Öğretide, genel olarak kabul edildiği üzere[883] HMK 31.madde talep sonucunu da kapsamaktadır[884]. Bu yönde olmak üzere; 119. madde hâkime dava sürecinde giderilmesini istediği eksiklik olarak talep sonucunu işaret etmiş, talep sonucunun nasıl olması gerektiğine dair "açık" bir nitelik öngörerek düzenleme yapmıştır. Bu kapsamda talep sonucunun, açık olmaması, dilekçe unsuru olarak istenen bu niteliği taşımaması halinde, hâkime öncelikle,bu

[883] Karaaslan s.121 vd. ; Meriç s.39

[884] Yargıtay da bu kanıda olup, 3. Hukuk Dairesi'nin bir içtihadında konu dile getirilmiştir; ""Hükmün açık olabilmesi içinde öncelikle talep sonucunun açık olması gerekmektedir. Talep sonucu dava dilekçesinin en önemli unsuru olup, talep sonucunu içermeyen bir dilekçe, dava dilekçesi olarak nitelendirilemez. Talep sonucu açık değilse, mahkeme davacıya talep sonucunu açıklattırmalıdır. (6100/madde 31) Somut olayda; taraflar hakkındaki sosyal ekonomik durum araştırmasına göre, davacının ev hanımı olduğu, 15.10.2015 tarihinden itibaren 50. Yıl Lisesinde asgari ücret ile çalıştığı, ailesine ait evde ikiz çocukları ile yaşadığı, çocukların lise son sınıf öğrencisi olduğu, davalının ise orman işletme şefliğinde mevsimlik işçi olduğu, asgari ücret gelirinin olduğu, aylık 500 TL kira ödediği ve ayrı yaşadığı anlaşılmaktadır. Buna göre; tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, nafakanın niteliği ve özellikle davalının tesbit edilen mevcut gelir durumuna göre, mahkemece takdir edilen nafaka miktarı az olup, Türk Medenî Kanunu'nun 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesine uygun bulunmamıştır.
Hal böyle olunca mahkemece; davacı vekilinin sadece kadın için mi yoksa kadın ve çocuklar için mi nafaka talep ettiğinin açıklattırılarak, davalı kocanın tesbit edilen geliri ile orantılı olacak ve onu zarurete düşürmeyecek şekilde TMK.nun 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesine göre davacı lehine daha uygun miktarda nafakaya hükmedilmesi gerekirken, talep sonucu açıklattırılmadan az miktarda nafaka takdiri usûl ve yasaya aykırı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir. "(E. 2016/21193 K. 2017/10218 T. 15.6.2017, www.kazanci.com, erişim tarihi: 8.8.2018) Benzer şekilde, 7. Hukuk Dairesi'nin bir kararında da şu şekilde konu değerlendirilmiştir, "Davacı Sendika vekili dava dilekçesinde 2007 yılı Mart ayına kadar olan aidatların daha önce açılan Mardin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/546 esas sayılı davasında hüküm altına alındığını belirterek bu tarihten sonrası için talepte bulunmuştur. Ancak davacı vekili 31.01.2014 tarihli duruşmada 12.01.2011 tarihinden sonrası için oluşan aidatların tahsilinin talep edildiğini belirtmiştir. Mahkeme ise 2008 yılı Mart ayından itibaren alacakları hüküm altına almıştır. Görüldüğü üzere davacının hangi dönemden itibaren aidat alacağı talep ettiği hususunda çelişki vardır. Mahkemece HMK'nun 31.maddesi uyarınca davacı taraftan sorulmak sureti ile bu çelişki giderilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir." (E. 2015/29846 K. 2015/16612 T. 28.9.2015, www.kazanci.com, erişim tarihi 15.8.2018)

yönde süre vermesi sürenin miktarı konusunda açık düzenleme getirmiştir. Hâkimin aydınlatma ödevinin yerine getirilmesine karşın,tarafın pasif kalması halinde belirsizliğin sonucuna katlanması,belirsizliğin veya çelişkinin davadaki konumuna göre değişmekle birlikte, HMK 119/son bendindeki durum, daha özel nitelikli daha somut şekilde yaptırımı düzenlemektedir. Kanımızca, HMK 31. madde; medenî yargılama hukuku açısından "egemen ilke" özelliği taşıdığı için yasa koyucu, diğer egemen ilkelerde olduğu gibi, diğer usûl hukuku ilkelerine temel olması, diğer usûl hukuku düzenlemelerine nazaran genel niteliğinde olması açısından bir düzenleme yapmakta olduğundan, HMK 31. madde, madde 119/son da ki talep sonucuna dair konuda temel teşkil etmektedir[885].

HUMK 'un yürürlükte olduğu dönemde, HUMK 187. maddesi de, talep sonucu açısından söz konusu olmak üzere,dava dilekçesinin tüm unsurları[886]yönünden bir eksikliğin varlığı "ilk itiraz" olarak sunulacak itiraz ile hâkim değerlendirmesine alınması olanaklı iken, HMK bu eksikliği, talep sonucu açısından bir ilk itiraz olmaktan çıkarmış, resen inceleyecek

---

[885] Yargıtay, verilecek sürenin kesin olup olmadığı konusunda farklı bir yorumda bulunmuştur; "Davacılar, köy tüzel kişiliği adına kayıtlı olan 110 ada 20 parsel sayılı taşınmazdan çıkan sudan kadimden beri yararlandıklarını, davalıların suyun geçiş güzergahının etrafını tel örgü ile çevirerek suyun geçişine engel olduklarını ileri sürerek, davalılara ait taşınmazlardan geçen güzergahtan davacılar yararına mecra hakkı tesisisi talep etmişlerdir. Mahkemece, davacıların talebinin yeterince açık olmadığı ve açıklattırılması için kesin süre verilmesine rağmen bu süre içerisinde ara karar gereği yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Hükmü, davacılar vekili temyiz etmiştir.
6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 31. maddesinde 'Hâkimin davayı aydınlatma ödevi' başlığı altında "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir" hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda mahkemece, 6100 sayılı HMK 31. maddesinde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde maddi ve hukuki açıdan belirsiz görülen hususlar, taraflara gerekli açıklamalar yaptırılarak, gösterecekleri deliller toplanarak açıklığa kavuşturulması gerektiği halde dava dilekçesindeki şüpheli hususların açıklanması için doğrudan kesin süre verilmesi doğru görülmemiştir. Kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir. "(14. Hukuk Dairesi, E. 2012/7836 K. 2012/8495 T. 14.6.2012, www.kazanci.com, erişim tarihi 15.8.2018)

[886] HUMK 179.madde :
*"**Madde 179 – (Değişik: 26/2/1985-3156/6 md.)***
Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:
1. Tarafların ve varsa kanuni temsilci veya vekillerinin ad ve soyadları ile adresleri,
2. Açık bir şekilde dava konusu,
3. Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri ve delillerinin nelerden ibaret olduğu,
4. Hukuki sebeplerin özeti,
5. Açık bir şekilde iddia ve savunma,
6. Karşı tarafın hangi sürede cevap verebileceği,
7. Davacının veya varsa kanuni temsilci yahut vekilinin imzası."

bir konu haline getirmiştir. Hâkimin,uyuşmazlıkta ne anlaması gerektiğine dair bir ölçüt mevzuatta açıkça düzenlenmediği gibi öğretide ve yargı kararlarında da açık bir "anlaşılabilirlik" ölçütüne dair bir görüş belirtilmemiştir.

Vakıa konusunda, "olaylar zinciri ve sonuç istemle bağı" açısından bir ölçüt yönüyle bir değerlendirme öğretide kanımızca açık olarak yer almamaktadır. Yer almaması anlaşılır niteliktedir ki, her davada bu bağ belki ayrı ayrı kurulabilecektir. Hâkimin dava dilekçesinin içeriğindeki olayları anlamasının ve daha önemlisi talep sonucun tam olarak anlayabilmesinin bir yolu dava dilekçesinde unsur olarak yer alan "hukuki sebepleri" davacıya göre HMK 119 ve de HMK 31. maddeleri gereği açıklattırması olabilir. Aslında, hâkimin anlayışını ve karar verirken kendisine sunulan olaylardan doğduğu iddia edilen hakkın var olup olmadığı yönünden yaptığı değerlendirmenin isabeti hâkimin hukuki sebepleri araştırır ve açıklattırırkenki faaliyetinden de anlaşılabilecektir.

Talep sonucu ile hukuki sebep arasındaki ilişki konusunda belirtmek isteriz ki, vakıalar ileri sürülmüş, ancak talep sonucunda soyut normu karşılayan isteme dair ifadelerdeki belirsizlik karşısında, bu belirsizliği yaratan davacı tarafa 31.madde gereği açıklatma yapılırken ya da soru sorulurken, seçilecek sorunun doğru yanıta ulaşabilmesi için hukuki sebep dilekçede açıkça belirtilmediği halde, talebi açıklığa kavuşturmak için hukuki sebepten yararlanılabilmesinde yer almaktadır. Örneğin, davacı taraf dava dilekçesinde vakıa olarak araç tesliminden bahsetmiş, davalıya otomobili ruhsatı ile birlikte teslim ettiğini ifade ederek, talep sonucunda teslime bağlı olarak belli bir meblağın ödenmesini istemiştir. Davacı ile davalı arasında, dava dilekçesinde yer almayan somut olaydaki hukuki ilişki kiralama ilişkisidir. Davacı satım sözleşmesinden ya da kira sözleşmesinden söz etmemiştir. Talepte de yer almamaktadır. Burada iradeyi belirginleştirmek için 31.madde gereği aydınlatma faaliyeti gerekmektedir. Hâkim burada, aracın neden teslim edildiğini, taraflar arasındaki hukuki

ilişkiyi, ödenmesi istenen meblağın hukuki sebebini davacı tarafa sorarak, davacının gerçek iradesini ve isteminin dayanağını belirginleştirmesi daha isabetli olacaktır.

Öğretide, hukuki sebeplerin, dava dilekçesinin zorunlu unsuru olmadığı yönündeki hâkim görüşün aksine savunulan bir görüşte[887], yazar, hâkimin hukuku resen uygulayacağı kuralı ve dava temelinin vakıalar olduğu görüşlere katılrarak belirtilmiştir ki; her ne kadar hâkim, gösterilen hukuki sebeple bağlı değil ise de tarafların vakıaları şekilsizce değil, taleplerini haklı kılacak hukuki sebebin gerektirdiği yeterlilikte sunmaları, hâkimin de sadece vakıaların gerçekliğinden öte hangi hukuk kuralı ile bağlantılı istemde bulunulduğu hangi kuralın sonuç bağladığını gözetmesi gerektiğinin hukuken zorunlu olduğu ileri sürmüştür. Aynı gerekçelerle hukukun vakıaların bir hukuki sebebe dayalı sunulması ile hak doğuracağı ifade edilmiştir. Tarafın hukuki sebepte yanılması halinde hâkimin hukuku uygulaması kuralı devreye girecek ve yanlışlık düzenltilebilecektir.

Bu görüş hâkimin dava dilekçesinde gerek talep sonucundaki gerekse vakıalardaki belirsizlik ve çelişki karşısında taraflarca sunulan hukuki sebebi bir "irade anlama klavuzu" tarafın istemini yorumlama aracı olarak değerlendirmesi yönünde önemlidir. Öğretide hukuki sebebin dilekçenin bir unsuru olarak yasa koyucu tarafından kabul edilmesinin,tarafların hâkime hukuki sebep yönünden yardımcı olmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir[888].

Hukuki sebebin dilekçedeki belirsizlik ve çelişkiyi giderici işlevinin etkinliği için,hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirme araçlarına dair kısımda inceleyeceğimiz gibi, soru yöneltirken,tamamlatırken,doğru soru doğru istemde bulunmak açısından, hâkim davacı tarafa sunduğu vakıalardan kendisi lehine ne hak çıkardığını,bu hakkın kaynağı olarak hangi hukuk normunu gördüğünü sorabilecektir;zira HMK 31.maddesi

[887]Özekes, Hukuki Sebep s.745 vd
[888] Üstündağ, iddia, s.52

“hukuki açıdan belirsizlik ve çelişkiyi” de aydınlatmada hâkimi görevli hale getiren bir durum olarak düzenlenmiştir.

Dava dilekçesindeki diğer belirsizlik ve çelişkilerde hâkim gene HMK 31. madde gereğince harekete geçip bu belirsizlik veya çelişkiyi giderebilecek midir? Bu belirsizlik ve çelişki, HMK 31.madde kapsamında mıdır, yoksa HMK 119.madde kapsamında mıdır? Bir dava dilekçesinde, davacının adı soyadı kısaltma şeklinde, lakap içerecek şekilde veya sadece aile içinde kullanılan ad ve resmi soyaddan oluşacak şekilde yazılmış olabilir. Davacının ve davalının adresleri sadece il ve ilçe belirtmiş olarak yazılmış olabilir; bu durumda hâkimin,119/son maddesi gereği süre vermesi dilekçedeki adresi veya ismi geçerli saymaması eksiklik kabul edilebilir. Bu durumda, yasa “adın ve soyadın, adresin sunulma esasları” konusunda somut bir düzenleme getirmediğinden “tebligata yarar adres” sorulması gerekecek, bu eksende de, 119/son fıkrasındaki hâkim faaliyeti, HMK 31 madde uygulamasının dışında kabul edilebilecektir.

Uyuşmazlığın aydınlatılması yönünden, uyuşmazlığın dayandığı hukuki sebebin sunumundaki belirsizlik ve çelişkilerin etkisi de bu yönde söz konusu değildir. Bu nedenle HMK 31. madde uyuşmazlığın aydınlatılmasını konu edindiğinden HMK 119/son anlamında bu sayılan eksiklik HMK 31. madde uygulaması sayılmaz. Hukuki sebep ile ilgili olarak öğretide, tarafların, taleplerini dayandırdıkları hukuki sebepten farklı bir hukuki sebebin uygulanması gerektiği kanısında olan hâkimin, tarafları, bu konuda bilgilendirmesi gerektiği, taraflara bu konuda açıklama olanağı yaratılmasının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir[889]. Karaaslan’ın bu görüşü kanımızca, hâkimin reddine neden olabilecek ağırlıkta bir yol gösterme sayılabilir.

[889] Karaaslan s.120

Dava dilekçesinde, dava konusunun belirsiz ve çelişkili olması, özellikle de dava değerinin belirsiz veya çelişki olması durumunda, konu, HMK 31. madde çerçevesinde hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde mi değerlendirilecek, yoksa HMK 119/2. maddesi mi uygulama alanı bulacaktır? HMK 119/2. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, davacı tarafa, dava konusunun eksikliğini gidermek için bir hafta kesin süre verilerek tamamlanacak olan bentlerden hariç tutulmuştur, bu nedenle HMK 119/2'deki eksikliğin giderimi ile ilgili olarak süre verilmeyecektir[890]. Bu durumda, dava konusundaki belirsizlik ve çelişkiler açısından HMK 31.maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Dava konusu olarak belirlenen konu[891], kullanılan ifadeler yönünden bir belirsizlik ve/veya çelişki içerebilir. Örneğin, "boşanma ve tüm evden dolayı hakkımın belirlenmesi, hacizsiz icraya konulacak olabilmesi" gibi bir ifade ile düzenlense de, bu ifadelerin anlaşılması, hukuki temelinin bulunması gerekecektir. İfadedeki belirsizlik, bu anlamda, davanın katkı payı alacağı ile birlikte boşanma talebinde de bulunduğu yönünde yorum yapılarak da, çözülebileceği gibi "hacizsiz icraya konulabilecek olması" ifadesinden tespit mi eda mı talep edildiği anlaşılmamakta, çelişkili bir talepte bulunulduğu görülmektedir. Davanın dayandığı vakıalardan ve talep sonucundan istemin doğrultusunu anlamak olanaklı ise, bu durumda, davaya dair genel bir ifade olan, "konu" yönünden belirsizlik veya çelişkiden söz edilse de "uyuşmazlığın aydınlanmasının zorunlu kıldığı durum" olarak değerlendirilemeyeceğinden tarafın yeniden istemini belirlemesi için dinlenilmesi gerekmeyecektir. Ancak, yukarıdaki örnekteki gibi, dava konusunda, "hacizsiz icra edilsin"

---

[890] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 323

[891] Yargıtay 14. H.D., E. 2017/2227 K. 2018/2406 sayılı T. 27.3.2018 tarihli içtihadında:
"Mahkemece, davacının hak iddia ettiği ve davalı Hazineye verildiğini belirttiği 2741 ada 12 Sayılı parselin, davacının pay sahibi olduğu kadastral 1093 parselden gelmeyip tescil harici olan dere yatağından ihdas suretiyle oluştuğu, dolayısıyla tapunun eski haline döndürülmesi halinde dahi bu yerin davacıya verilmesinin mümkün olmadığı, Hazineye husumet yöneltilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine dair verilen ilk kararın davacının temyizi üzerine Dairemizin 13.12.2016 gün ve 2015/17751 Esas, 2016/10297 Karar sayılı ilamı ile " ..Mahkemece, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 31. maddesi hükmüne göre davacının talebi imzalı beyanı alınarak açıklattırılmalı, davaya konu 1093 parsel sayılı taşınmaz ile davalı Hazine adına kayıtlı 2741 ada 12 parsel sayılı taşınmazlardan hangisi hakkında tapu iptali ve tescil talebinde bulunulduğu açık bir şekilde tespit edilmelidir."(www.kazanci.com, erişim tarihi 15.5.2019)

derken talep sonucu kısmında hem tahsil istemini yineleyip, hem de ihtiyati tedbir talebinde bulunursa, davacı iradesi belirsizlik içinde olmaktan öte çelişkili bir özellik taşımaktadır. Taraf iradesinin ne yöne doğru olduğu, "uyuşmazlık" açısından önemlidir. Tarafın lehine hak doğuran olay kadar, olaydan doğan ve talep için tarafı yargı organlarına yönelten hak da belirli olmalıdır. Sadece olayın ve unsurlarının belirli olması, uyuşmazlığın aydınlanması için yeterli olmayacaktır[892]. Olaydan doğan bir edimi ifayı talep hakkı olabileceği gibi, davacı bu hakkının sadece tespitini de talep edebilir. Bu nedenle, taraflar arası uyuşmazlığın doğurduğu hakkın davacıya talep edebilecek neleri öngördüğü de kanımızca uyuşmazlığın bir parçasıdır. Örneğin, bir davada, dava konusu uyuşmazlık kira bedelinin tahsili ve kira bedelinin ödenmemesine bağlı olarak tahliye istemine yönelik olabilir. Burada, dava konusu kira bedelinin ödenmemesi, bu kapsamda, davalıya gönderilmiş iki ihtarname sonucunda davalının tahliyesi olduğunda, davalı sözleşmede yer alan bedele göre, kira borcunun ödendiğini, ihtarların haklı olmadığını, davacının tahliye isteminde haksız olduğunu ileri sürebilir. Bu durumda, davacının kira bedelini talep ettiği tutar ile sözleşme bedeli, ihtarda talep edilen ile artış şartına bağlı arttırılmış ve olması gereken kira bedeli farklı olabilir. Böylesi bir durumda, belki davacı, parasal olarak kendisine ödenende, farklı bir bedele hak kazansa da, tahliye

[892] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, iki örnek içtihadında bu konuda tarafın dinlenilmesinin davanın aydınlanması yönünden gerektiğini değerlendirmektedir :
"Somut olayda, her ne kadar mahkeme gerekçesinde istifa dilekçesinin sunulmadığını belirtmiş ise de, dosyaya sunulan 20/07/2009 tarihli ibranamede davacının kıdem tazminatını aldığını ifade etmesi karşısında davacı yeniden HMK'nın 31. maddesi uyarınca duruşmaya çağrılarak ibraname konusunda ayrıntılı beyanı alınmak suretiyle kıdem tazminatı tarafına ödenip ödenmediği hususu netleştirildikten sonra fesih konusunda bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeksizin sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (E. 2017/8675 K. 2017/31008 T. 22.12.2017, www.kazanci.com, erişim tarihi 15.5.2018), bir diğer içtihadında :
"6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi düzenlenmiş olup, madde uyarınca, hâkim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği ve delil gösterilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir.
Somut uyuşmazlıkta, davacının, davalı işyerinde çalıştığı 12 yıl 2 ay 24 gün süresince hiç yıllık izin kullanmamış olduğu iddiası hayatın olağan akışına aykırıdır. Mahkemece davanın aydınlatılması ödevi çerçevesinde davacı asilin çalışma süresi boyunca kaç gün yıllık izin kullandığı konusundaki beyanı alınıp sonucuna göre yıllık ücretli izin alacağı hesaplanması gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile verilmiş olan karar usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. "(E. 2015/23028 K. 2017/30265 T. 20.12.2017) diyerek konuya yaklaşımını belirtmiştir. (www.kazanci.com, erişim tarihi 15.5.2018)

istemi hukuki temelini yitirmiş olabilecektir. İstem ile olay arasında, biri istemin unsuru diğeri uyuşmazlığın unsurudur şeklinde bir ayrımı için hukuken bir gerekçe bulunmadığını düşünmekteyiz. Örneğin, bir trafik kazası sonucu, bir kimsenin bacağının yaralanması, kangren olması ve kesilmesi şeklinde seyreden olay sıralamasında davacının, davalıdan hiçbir talebi olmadan sadece olayı sunması halinde, davacının elde etmek istediği hukuki yarar ile ilgili olarak olayın oluşuna dair detayları hukuken önemli yarar olmadıkça bilinmedikçe ileri sürmedikçe, kural olarak taraflarca getirilme ilkesine aykırı şekilde hâkimin olaya bağlı olarak tüm olayları tespit etmesi ve edaya hükmetmesi, HMK sistemi açısından olanaklı olmayacaktır, zira 26.madde hükmü bunu amirdir.

Dava konusunun belirsizlikler veya çelişkiler içermesi halinde, bu durum talep sonucunu da doğrudan etkileyecektir. Her ne kadar yukarıda da incelediğimiz gibi, hâkimin dava konusu ile ilgili olarak taraflardan açıklama istemesi ya da soru sorması 31.maddeye göre gerekli ise de, talep sonucunu etkileyen, talep sonucunu da "açık" konumdan çıkaran bir "talep sonuç metninin", 119/2.maddesi anlamında eksik unsur sayılıp sayılmayacağı değerlendirilmelidir. Örneğin bir alacak davasında rakamsal olarak bir tutarın talep sonucunda yer almaması bu unsuru tamamen eksik hale getirmeyeceği gibi, dava konusunda yer alan rakam ile talep sonucunda yer alan rakamın farklı olması halinde gene unsur yönünden eksiklik değil, çelişkiden söz edileceğinden HMK 119/2. fıkra yönünden tamamlatma değil 31.madde yönünden aydınlatma ödevi yerine getirilecektir.

HMK 119/2. maddesini incelediğimizde, dava konusu, dava dilekçesinin zorunlu unsuru olmasına karşın, dilekçede yer almaması, dava dilekçesinin reddi ile davanın açılmamış sayılması sonucunu doğurmayacaktır[893]. Dava konusu ve dava konusunun değeri belli edilmemişse ve talep sonucu açıkça belirtilmişse, eksiklik dolaylı olarak giderilmiş sayılacak, HMK 31. madde uyarınca hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine

[893] Kuru/ Arslan/Yılmaz, s. 300

getirilmesiyle " uyuşmazlık yaşanan" bu alan da belirli hale getirilerek hakkın doğup doğmadığı muhakeme edilebilecektir. HMK 119/2 de sınırlı sayılan eksiklikler içinde (d) bendinin açıkça yaptırım dışı tutulması nedeniyle, eksikliklerin giderilmemesinin davanın açılmamış sayılmasına neden olmaması, dava konusunun HMK 31. madde uygulaması ile belirginleştirilmesi kanımızca tutarlıdır[894].

Öğretide, dava dilekçesinde, davacı sadece dilekçesini haklı gösterecek şekilde değil olayı açıklayacak kadar detaylı bir şekilde vakıalandırması gerekli olup, tüm vakıaların sunulması bunun bir tarihsel sıralama şeklinde belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir[895]. Bizce, sadece iddia olunan ve hak doğuran olayla sınırlı olarak olay sunulması yeterli olacaktır. Zaten bir olayın yeterli sunulup sunulmadığı, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında incelenebilirse de "gerekli" olayın sunulup sunulmamış olduğunu ise, hâkim müdahalesi içinde görmek doğru olmayacaktır. Olayın sunulup içeriğinin belirsizlik ve çelişki içermesi durumunda ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevi uygulama alanı bulabilecektir. Hâkim sunulmuş bir olay içinde dava konusu ve istem sonucunun haklı olup olmadığını incelerken vicdani kanaatini oluşturmak, yasal ispat ölçüsüne göre vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğini anlayabilmek için aynı olayın detaylarını HMK 31. maddeden hareketle yani 31. maddenin verdiği yetki ile sorabilir. Örneğin, bir sözleşmenin irade fesadı ile sakatlandığı iddiasında sözleşmeden dolayı borçlu olan davacının ailesinin yaşamına yönelik tehditlere maruz kaldığı ailesinin öldürülmemesi için sözleşmeyi imzaladığını ileri sürdüğünde hâkim, ailenin yaşamına yönelik tehdit kavramını aydınlatmalı ve belirgin hale getirmelidir. Aileye yönelik yaşamsal tehdidin silah yönelterek mi, sözlü bir ifade kullanarak mı, yoksa başka kişiler azmettirilerek mi olduğu belirgin hale getirilmesi gereklidir; zira asıl maddi olay da bu belirginlik sonucu görülebilir. İspat araçları, belirginleşmemiş olayın var

[894] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 328
[895] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 110

olup olmadığını gösterecektir. İspat araçlar ile rastgele belirginleştirmenin gerçekleşmesi aslında vakıanın sunumu yönünden teksif ilkesi ile çakışabilecektir.

Mahkeme önce dava sebebini sorular ve bilgilendirmelerle açıklığa kavuşturmalı ve eksiklerini gidermeli, sonra da aynı dava sebebini ilgili hak iddiasını ve tarafın iradesine uygun dilekçeyi ortaya çıkarmalıdır; bundan sonra da verilen dilekçenin bu amaca uygun dilekçe uygun olup olmadığını tespit eder. Mahkeme açık olmayan veya belirsiz bir dilekçeyi sorular ve bilgilendirmelerle açıklığa kavuşturmak ve iradesine uygun olmayan bir dilekçeyi iradeye uygun dilekçeye çevirmek durumunda olmayıp aynı zamanda dava sebebini değerlendirmek ve dava sebebini değerlendirerek dava amacına uygun doğru dilekçenin verilmesini önermek durumundadır. Mahkeme sunulan dava sebebi, açıklığa kavuşturma, uzlaştırma ve dönüştürme fonksiyonlarını aydınlatma ödevi doğrultusundaki amaca uygun dilekçe bağlamında açıklığa kavuşturma, eksik giderme ve uzlaştırma fonksiyonu bağlamında aynı zamanda dikkate almak durumundadır. Kaldı ki aydınlatma ödevi gereği hâkimlerin bilgilendirme yükümlülüğünün düzenlendiği (schZPO 56, dZPO 139, HMK 31.maddelerdeki) norm amacı , tarafların kişisel haklarının korunması kapsamındadır. Bir hukuk davası , daha iyi hukuk bilgisine sahip olan ve tartışmalı yaşam ilişkisi bağlamında daha güçlü görüşe sahip kişinin davayı kazanmasına yardımcı olmamalı, aksine gerçekten haklı olana yardım etmelidir. Avukatla tarafın temsil edildiği davalarda daha iyi danışılanlara değil, haklı olana hizmet etmelidir. Dolayısıyla tarafların avukatlarının hukuki yanlışlarından da haklarının korunması bağlamında bir mağduriyet doğmamalıdır. Dolayısıyla avukatla temsilin söz konusu olduğu davalarda da hâkimlerin dilekçe yardımları açısından farklı bir uygulama yapılmayacaktır[896].

Davacı dava açarken kısmi dava mı açtığını ya da belirsiz alacak davası mı açtığını anlaşılır biçimde mahkemeye sunmalıdır. Bu konuda bir belirsizlik ve çelişki varsa hâkimin

[896] Spohr, s. 79

HMK 31.maddeden doğan yetkisi ile talep sonucunu aydınlatması gereklidir[897]. Bununla beraber davacı, talep sonucunu açıklarken, kısmi dava olarak davayı açtığı belli ise, bu açıklamasında davaya belirsiz alacak davası olarak devam edilmesini isteyemeyecektir[898].

3.Belirsiz Alacak Davasında

Belirsiz alacak davası, HMK 107. maddesinde[899] düzenlenmiş olan bir dava türüdür. İsviçre Hukukundaki karşılığı ise schZPO 85.maddesidir[900]. Bu dava türünde, davacı taraf davayı açarken dava konusunun miktar ve değerini tam olarak belirleyememekte ve bu durum

---

[897] Simil, s.144, Yargıtay 9.H.D. E. 2017/5239 K. 2018/6929 sayılı T. 28.3.2018 tarihli içtihadında, "Talep sonucunun açık şekilde belirtilmesi ve yazılması ile mahkemenin ve uyuşmazlığa bakacak hâkimin karar vermesi kolaylaştırılacaktır. En önemlisi mahkemece;
1-)Davanın türü saptanacaktır.
2-)Davanın kabulü halinde, mahkeme talep sonucunu aynen hüküm fıkrası olarak kararına yazabilecektir. (Md. 297/1.ç).
3-)Talep edilenden, fazlasına karar verilemeyecektir (Md. 26). Bu sebeple davacı, nelerin hüküm altına alınmasını (davalının neye mahkûm edilmesini) istediğini, açık ve noksansız bir şekilde dava dilekçesinin talep sonucu (netice-i talep) bölümünde bildirmelidir.
Talep sonucu açık değilse, mahkeme, davacıya talep sonucunu açıklattırmalıdır" (www.kazanci.com, erişim tarihi 15.5.2018). Yargıtay'ın bu içtihatı ile hâkimin, dava dilekçesinden kendi algısı yönünden yararlanabileceği noktalar da açıkça belirtilmiştir.

[898] Simil, s. 144

[899] *"**MADDE 107–** (1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.*
(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın gnişltilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleybilir. Aksi takdirde dava, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır."

[900] *"**Art. 85** Unbezifferte Forderungsklage*
[1] Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Sie muss jedoch einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt.

[2] Die Forderung ist zu beziffern, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist. Das angerufene Gericht bleibt zuständig, auch wenn der Streitwert die sachliche Zuständigkeit übersteigt." (https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi 1.8.2018) Madde çevirisi : " Dava açan tarafın alacağını, davanın başında göstermesi imkansz ya da kendisinden beklenemeyecek durumda ise , belirsiz alacak davası açılabilir. Bununla birlikte davacı, dava konusu olarak geçici bir en az miktarı dilekçesinde göstermek zorundadır. / Dava açan taraf ispat aşamasının sona ermesi ya da karşı tarafın bilgi açıklaması üzerine alacağını belirlemelidir. Bundan sonra talep sonucunun miktarı mahkemenin görevini aşsa bile, dava açılan mahkeme görevli olmakta devam eder.", Pekcanıtez, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107), Ankara 2011, s.49

da kendisinden beklenemeyecek durumda olmalıdır[901]. Bu durumda, "aydınlatılmamış bir talep sonucu ve aydınlatılmamış bir uyuşmazlık miktarı, dava değerini" içinde olgusal olarak barındıran bir dava türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Dava değeri, davada aydınlatılması gerekecek, ancak bunun zamanı ve sujeleri önem arz edecektir.

Öğretide de belirtildiği gibi, belirsiz alacak davası, belirsiz dava değildir, sadece dava konusu edilen alacağın değeri tam ve kesin olarak belirlenememektedir, bu doğrultuda, davacı, dava konusu olarak geçici bir değer göstermeli, ayrıca talep konusunu haklı çıkarmak için gerekli koşul vakıaları da eksiksiz sunmalıdır[902]. Bu anlamda, dava dilekçesindeki vakıalara ve delillere dair aydınlatma ödevi, bu başlıkta da aynı şekilde uygulanmalıdır, belirsiz alacak davasındaki asıl sorun, dava türünün belirginleştirilmesi ile talep sonucunun belirginleştirilmesi konusundadır.

Davacı, dava dilekçesinde, açıkça açtığı davanın türünü belirtmek zorunda değildir[903], HMK yönünden böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Bu durumda, davacı, dilekçe içeriğinden, gerek hukuki sebepler, gerekse olaylardan alacağın değerini HMK 107. maddesinde işaret edildiği gibi belirleme olanağından yoksun olduğunu belirtmiş olabilir ki, böylesi bir durumda dava türü yönünden bir belirsizlik söz konusu olmamıştır. Ancak istemin ve hukuki ilişkinin bu yönde olmadığı anlaşılmamakta ise, hâkimin aydınlatma ödevi gereğince soru sorarak, açıklama yaptırarak alacağın belirsizliği olgusunu aydınlatması gereklidir[904]. Ayrıca, kısmi davada ve belirsiz alacak davasında dava temeli çoğu zaman aynı olay türlerine dayalı olabilmekte, istem dile getirilirken alacağın belirlenebilmesinin olanaklı

[901] Madde gerekçesinde, *"Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez."*
[902] Pekcanıtez-Belirsiz Alacak Davası ,s.49
[903] Budak, Ali Cem : Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Türkiye Bankalar Birliği, Ocak 2013, s.85
[904] Simil, s. 145

olup olmadığı konusu ise ileri sürülmeden dava açılmış olabilmektedir[905]. Talep sonucunun aydınlatılması için olduğundan hâkimin de dava türünü belirlemek için davacıya sorması gerekir. Bu kapsamda, davacı, kısmi eda davası olarak davasını açtığı halde, zamanaşımının tüm alacak tutarı için kesilmesinden yararlanmak amacıyla, zamanaşımı süresi de dava konusu edilmemiş alacak tutarı yönünden dolmak üzere iken yaptığı açıklamada dava türünü değiştirip belirsiz alacak davası olarak açtığını ileri sürerse kabul edilmemesi gereklidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir içtihadında[906], bir davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı yönündeki

[905] Simil, s. 145

[906] E.2016/22-1166, K. 2019/576 sayılı 19.9.2019 tarihli kararıdır; *" (...) Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu (HGK) önüne gelen uyuşmazlık, somut olay bakımından dava konusu edilen kıdem ve ihbar tazminatlarının belirsiz alacak olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre dava konusu alacakların belirli olduğunun kabulü hâlinde davacının bu şekilde dava açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı ve davanın kısmi dava olarak görülüp sonuçlandırılmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. (...) Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatlarının davalıdan tahsilini talep eden davacı vekilinin dava dilekçesinde hizmet süresini kesin ve net bir biçimde belirttiği ayrıca müvekkilinin asgari ücret aldığını beyan ettiği, işçiye ayni ya da nakdi olarak sağlanan herhangi bir sosyal yardımdan söz etmediği görülmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda da Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kayıtlarındaki hizmet süresi esas alınarak asgari ücret üzerinden alacakların hesaplandığı, çıplak ücrete ayni ya da nakdi herhangi bir sosyal yardım eklenmediği anlaşılmaktadır. Şu hâlde davacının dava açarken dava konusu alacakların miktarını belirleyebilmesi için uhdesinde gerekli veri ve bilgilerin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Hâl böyle olunca dava konusu edilen alacakların belirsiz alacak olmadığı açıktır. Hukuk Genel Kurulunca davacının belirsiz alacak davası ile talep ettiği kıdem ve ihbar tazminatlarının miktarını belirleyebilmesi için dava açarken elinde gerekli bilgi ve verilerin bulunduğu, bu nedenle bu alacakların belirsiz alacak olmadığı oy birliği ile kabul edildikten sonra, uyuşmazlık konusu alacakların belirli olduğu hâlde belirsiz alacak davasına konu edilmesi karşısında, davacının bu şekilde dava açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı ve davanın kısmi dava olarak görülüp sonuçlandırılmasının mümkün olup olmadığı hususu tartışılmıştır.(...)*

Nasıl ki dava dilekçesinde hiç gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olsa bile HMK 33. madde kapsamında doğru hukuki sebebi bulmak ve uygulamak hâkimin görevi ise HMK 32. madde çerçevesinde yargılamayı sevk ve idare ile dava türü tanımlarına ve talep sonucuna göre dava türünü doğru belirleyip buna göre yargılamayı sürdürüp davayı sonuçlandırmak da hâkimin görevidir. Bu konuda hâkim, davacının dilekçesinde yaptığı isimlendirmeyle bağlı olmaksızın açılan davanın, eda davası, tespit davası, belirsiz alacak ve tespit davası, inşai dava, kısmi dava, terditli dava, seçimlik dava ve topluluk davası çeşitlerinden hangisi olduğunu belirleyerek yargılamayı sürdürüp davayı sonuçlandıracaktır.

Bir davadaki talep sonucu bazı kısımları itibarıyla birden fazla dava türü tanımıyla ilgili, çakışan yani benzer unsurlar içeriyor olabilir. Bu gibi durumlarda hâkim davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacıdan açıklama isteyerek doğru dava türünü belirleyebilecektir. Tüm bu nedenlerle davacı dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olduğundan söz etmiş olsa bile belirsiz alacak davası unsurları bulunmuyorsa bu davanın açılmasında hukuki yarar olmadığından söz edilemeyecek alacağın istenmesinde hukuki yarar

değerlendirmesinde, öncelikle, alacağın miktar ve değerinin belirlenebilir olduğu durumda kısmi dava açabilecekken belirsiz alacak davası açılmasında bir dava şartı olmakla hukuki yararın olup olmadığını tartışmıştır. Hukuki yararın olduğu sonucuna vardıktan sonra da, davacının iradesinin kısmi dava mı yoksa belirsiz alacak davası olarak mı davayı açmak yönünden olduğunu hâkimin aydınlatma ödevi gereğince sorması gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda, dava konusunu, talep sonucu ile birleştirerek değerlendirmiş, davada talep edilen

---

olduğundan mevcut unsurları itibarıyla kısmi dava açılmış olduğu kabul edilerek davacının talep sonucu hakkında karar verilebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında alacak belirli olmasına rağmen belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda ne yapılması gerektiği konusuna dönecek olursak; şartları bulunmamasına başka bir anlatımla talep edilecek alacak miktarının davanın açıldığı anda tam ve kesin bir biçimde belirlenmesinin mümkün olmasına rağmen belirsiz alacak davası şeklinde açılan dava, hukuki yarar, yani dava şartı yokluğu nedeni ile usûlden hemen reddedilmemelidir. Zira bir miktar belirtilmek sureti ile açılan belirsiz alacak davası da alacak ister belirli ister belirsiz olsun bir eda davasıdır ve eda davalarında hukuki yarar var kabul edilir. Öte yandan davacının dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşması mümkün olmayıp bir mahkeme kararına muhtaç ise dava açmakta hukuki yararının bulunduğu tartışmasızdır.Başka bir anlatımla alacağın belirli veya belirsiz olması başlangıçta var olan hukuki yararı ortadan kaldırmaz.Bu durumda dava dilekçesinde talep edilen asgari tutar somut olayın özelliklerine göre talep edilebilecek alacak tutarı konumunda olup kısmi davanın koşulları yoksa davacının tam eda davası açtığı kabul edilmelidir.Ancak dava dilekçesinde talep edilen asgari tutar somut olayın özelliklerine göre talep edilebilecek toplam alacak miktarı kadar değilse ve kısmî davanın koşulları da bulunmuyorsa, bu durumda mahkemece alacak miktarını netleştirmesi ve bildireceği dava değerine göre eksik harcı tamamlaması için davacıya HMK'nın 119'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir haftalık kesin süre verilmeli ve verilen kesin süre içinde belirtilen eksikliğin tamamlanması hâlinde davaya tam eda davası olarak devam edilmeli, aksi durumda ise davanın usûlden reddine karar verilmelidir.

Buna karşılık, ***dava dilekçesinde asgari bir tutar gösterilmiş olup bunun, alacağın belirli bir kesimi olduğu anlaşılmakla birlikte, açılan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa kısmi dava mı olduğu hususunda açıklık bulunmuyorsa hâkim, taleple bağlı olduğu için (6100 sayılı HMK m. 26) öncelikle, HMK'nın 119'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, davacı tarafa bir haftalık kesin bir süre vermeli ve onun beyanı doğrultusunda açılmış olan davanın belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunu belirlemelidir. Bu da esasen hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamındadır.*** *Davacı verilen bir haftalık kesin süre içinde davanın belirsiz alacak davası olduğunu beyan etmiş ve belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli koşullar mevcut ise, dava belirsiz alacak davası olarak görülüp sonuçlandırılmalıdır. Belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli şartlar bulunmakla birlikte davacı açmış olduğu davanın kısmi dava olduğunu belirtmiş ise, bu hâlde mahkeme davayı, kısmi dava olarak kabul edip yargılamayı sürdürmelidir. Üçüncü bir ihtimal olarak davacı davasının belirsiz alacak davası olduğunu mahkemeye bildirmiş olmakla birlikte belirsiz alacak davasının koşulları bulunmuyor ve fakat kısmi dava açılabilmesi mümkün ise, bu durumda, mahkemece, açılmış olan dava, doğrudan bir ara kararıyla bir kısmi dava olarak nitelendirilmek suretiyle görülüp karara bağlanmalıdır."*(www.kazanci.com, erişim tarihi : 1.11.2019)

alacak tutarını 119/2. maddedeki bir haftalık kesin süre verilmesi gereken bir konumda değerlendirmiştir. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız yorum ile talep sonucunun incelenmesinde, davacı birden fazla dava türünde istemde bulunduğu izlenimi vermiş olduğunda hâkim davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacıdan açıklama isteyerek doğru dava türünü belirleyebileceği, davacı dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olduğu ileri sürse de belirsiz alacak davası unsurları bulunmuyorsa bu davanın açılmasında hukuki yarar olmadığından söz edilemeyeceği, alacağın istenmesinde hukuki yarar olduğundan dilekçedeki unsurları ile kısmi dava açılmış olduğu kabul edilerek davacının talep sonucu hakkında karar verilebileceğine karar vermiştir.

Kararda, hukuki yararın sonradan tamamlanabilir bir dava şartı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışılmış olup, çalışma konumuzu aşmamak adına bu değerlendirmelere değinmemiş bulunuyoruz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararının isabeti, dava dilekçesindeki unsurlar yönünden 119/2.maddesi anlamındaki davanın açılmamış sayılmasını gerektirecek yaptırımı gerektiren şekilde talep sonucunun belirsizliği durumunda, öncelikle hâkimin tarafa soru yöneltmeden yaptırım içeren yolu seçmemesi gerektiğinde yer almakta olduğunu düşünmekteyiz.

Harçlar Kanunu 16.maddesi hâkime aslında bir sınır getirmektedir; dördüncü fıkrasında "değer tayini mümkün hallerde dava dilekçelerinde değer gösterilmesi mecburidir. Gösterilmemişse, davacıya tespit ettirilir. Tespitten kaçınma halinde, dava dilekçesi muameleye konmaz." şeklinde bir düzenleme getirmiş, 30.maddesinde ise "muhakeme sırasında tespit duran değerin dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunur, takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunamaz. HUMK 409.maddesinde gösterilen süre içerisinde dosyanın muameleye konulması, noksan olan harcın ödenmesine bağlıdır." denilerek aslında dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından olan

dava değerinin gösterilmemesinin yaptırımı Harçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmaktadır.Bu anlamda, gösterilmemesi, hukuki sebepler gibi yaptırıma tabi olmayan bir unsur olarak değerlendirilmeyecektir.

Bu durumda, Harçlar Kanunu 30. maddesi dava değerini tespit etmekle, hâkimi resen harekete geçirecek bir düzenleme içermekte midir?

Dava değerini göstermemiş olan taraf, kendisine verilen süre içerisinde, bir taşınmazın mülkiyetinin uyuşmazlık konusu olduğu bir davada, dava değerini, harcı az ödemek amacıyla düşük bir bedelden belirlemesi halinde ne olacaktır?

Hâkim burada, belirsiz olan yani gerçek değerinin çok altında dava değerinin gösterilmiş olması halinde değeri tespit etmek için aydınlatma faaliyetine girişecek midir?

Harçlar Kanunu incelendiğinde "Yargı harçları" açısından, bu sorumuzun doğrudan yanıtı olabilecek bir düzenleme gözümüze çarpmamaktadır. Harçlar Kanunun 30.maddesiyle "daha fazla olduğu anlaşılırsa" demekle bu konuda, bir değer tespit görevi yüklenmeden, dava süreci içerisinde, tarafların gösterdiği deliller, ikrarları, kabulleri ve ya gene deliller içinde kalmakla beraber bilirkişi raporunda verilebilecek şekilde uyuşmazlık konusunun değerini mütaala etmesi halinde ve bu değere hâkimin kanaat getirmesi halinde eksik harcın tamamlatılması usülü uygulanacaktır. Ancak böylesi bir veri girişi dosyada bulunmuyorsa, bu durumda hâkimin değerinin daha yüksek olduğuna dair görüş bildirmesi, değerin tespitine dair araştırma faaliyetine yönelmesi için mevzuatta bir görevlendirme açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtay bir içtihadında[907]; şirket ortağına yapılan devir işleminin iptali konulu bir davada; taraflarca ,dava değerinin 10.000 TL gösterilmesine karşın devir sözleşmesinde satış

[907] 11.HD 2014/2106 E. Ve 2015/881 K. sayılı 22.01.2015 tarihli, www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.12.2018

bedelinin 165.000 TL olarak gösterilmesi durumu tespit edildiğinden eksik harç ödenmeden yargılamaya devam edilip karar verilmesi doğru görülmemiştir[908].

Yargıtay bir başka kararında ise[909] Harçlar Kanunu 30.maddesi açısından davaya bakan hâkimin dava değeri belirtilmediği takdirde görevlendirildiği kanısını benimsemiştir. Ancak gerek HMK 120.madde,gerekse Harçlar Kanunu 30.maddesinde hâkime, uyuşmazlık konusunun değerinin araştırılması açıkça bir görev olarak verildiği anlaşılamamaktadır. Bu

---

[908] Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 2014/1926 E. 2015/570 K. Sayılı 19.1.2015 tarihli bir başka kararında " Dosya içeriği ve toplanan delillerden dava dilekçesinde dava değerinin 10.000 TL olarak gösterildiği ve bu değer üzerinde har. Yatırıldığı, yargılama sırasında 05.04.2010 ve 28.3.2012 tarihlerinde yapılan keşiflerde davalılara ait demir doğrama atölyesinin davacıya ait 430 ada 2 parsel sayılı taşınmaz üzerinde olduğu, atölyenin çevresi ile birlikte davalılarca kullanıldığı tespit edilerek, ecri misil miktarı ile tecavüze konu arsa ve yapı değerlerlerinin ayrı ayrı belirlendiği, ancak ecri misil isteği bakımından davacıya talebi açıklattırmadığı gibi, el atılan taşınmazın arsa değeri ve tecavüzlü yapı değeri üzerinden harç ikmali yapılmadığı anlaşılmaktadır.(…) Hal böyle olunca, davacıya ecri misil talebi açıklattırılarak istenilen ecri misil miktarı ile el atmanın önlenmesi ve yıkım istekleri yönünden keşfen belirlenen gerçek dava değeri üzerinden yukarıda açıklandığı şekilde işlem yapılması, ondan sonra bir hüküm kurulması gerektiği halde, anılan husus göz ardı edilerek işin esası bakımından yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir" (www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.12.2018)
denilerek dosyaya girmiş veriler üzerinden harç tamamlatılmasının yanı sıra açıklatma yolu da öngörülmektedir. Bu da HMK 31.maddenin bir yansımasıdır. Benzer şekilde bir başka kararında "Davacı icra takibinde 38.068,50-TL asıl alacak, 4.224,04-TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 42.224,04-TL alacak talebinde bulunmuştur. Davalı borçlu takibe itiraz etmiş, açılan itirazın iptali davasında davacı alacaklı harca esas değeri 38.068,50-TL olarak göstermiştir. Ancak talep sonucu bölümünde itirazla duran tüm alacak yönünden takibin devamına karar verilmesini istemiştir. Mahkemece itirazın iptaline ve takibin devamına şeklinde karar verilmek suretiyle faiz dahil tüm alacak için dava kabul edilmiş ve karar harcı da 38.068,50-TL üzerinden hesaplanmıştır. Dava dilekçesinde gösterilen harca esas değer ile talep sonucunda istenen meblağ farklı olup, öncelikle 6100 sayılı HMK'nın 31. maddesi uyarınca alacaklının hangi meblağ üzerinden takibin devamını istediği hususu açıklattırılmalıdır. Davacı alacaklının itiraza uğrayan tüm alacak yönünden takibin devamını istemesi halinde harç tamamlattırıldıktan sonra birikmiş faize yönelik itirazın haklılığı üzerinde durulup varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." (19. Hukuk Dairesi, E. 2015/16793 K. 2016/837 T. 26.1.2016, www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.12.2018) diyerek harç ikmaline dair konuda da dava değerinin açıklanması temelinde HMK 31. maddesini uygulama kapsamında görmüştür.

[909] 1. HD. 12.01.2015 tarihli 2014/1739 E.2015/24 K. sayılı , "(…)dava dilekçesinde; dava değerinin talep edilen ecrimisil miktarı kadar gösterildiği ve bu değer üzerinden harç yatırıldığı, elatmanın önlenmesi isteği bakımından bir değer gösterilmediği, yargılama sırasında da bu istek yönünden bir açıklama yaptırılmadığı, keşfen değer saptanmadığı, hükümde de karar ve ilam harcının hükmedilen ecrimisil bedeli üzerinden belirlendiği görülmektedir. Hemen belirtilmelidir ki; iddianın içeriği ve ileri sürülüş biçiminden davanın taşınmaz malın aynına ilişkin olduğu ve konusunu oluşturan hakkın para ile değerlendirilmesinin mümkün bulunduğu açıktır(…)Harçlar Kanunu harç alınmasını veya tamamlanmasını yanların isteklerine bırakmamış; değinilen yönün mahkemece kendiliğinden (re'sen) gözetilmesini hükme bağlamıştır. 492 Sayılı Kanunun 32.maddesinde yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılamayacağı vurgulanırken(…)gösterilen süre içinde dosyanın muameleye konulması noksan olan harcın ödenmesine bağlı olduğu hükmüne yer verilmiştir.
Hal böyle olunca; dava dilekçesinde elatmanın önlenmesi isteği bakımından çekişmeli taşınmazla ilgili olarak davacı tarafından bir değer belirtilmediği gözetilmek suretiyle, davacı yana çekişme konusu taşınmaz malın değerinin açıklattırılması, değere itiraz edilmesi halinde keşfen değerin saptanması, belirlenecek değer üzerinden yukarıda belirlenen ilkeler ve düzenlemeler gözetilmek suretiyle harcın tamamlattırılması, bu koşul yerine getirildiği takdirde davaya devam edilmesi gerekirken, anılan husus gözardı edilerek işin esası bakımından hüküm kurulması doğru değildir." www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.12.2018

durumda, Yargıtay hâkime yasada olmayan bir araştırma ödevi yüklemiştir. Yargıtay'ın görüşünün benimsendiği bir bakış açısında dava değeri olarak davacı tarafın bir değer belirtmemesi veya gerçek değerden çok farklı bir değer göstermesi halinde, yargı harcının bir kamu alacağı adeta bir vergi memuru gibi takipçisi olmamalıdır. Kural olarak, taraflarca getirilme ve tasarruf ilkelerinin egemen olduğu davalarda, taraf bir değer göstermekten imtina ediyorsa taraf yerine geçerek değer araştırması yapmak HMK sisteminde yer almamaktadır; ancak bir dava sonunda verilen kararın kanun yolu denetimine tabi olup olmadığı kural olarak, malvarlığına ilişkin davalarda dava konusunun para ile ölçülen miktarına göre belirlenmektedir. Bunun belirsiz kalması davanın sona ermesinde bile bir sorun olarak sürecektir. Ancak, nihai karar verirken dahi çıkacak bu sorunu, kanımızca çözmek HMK normları ile olanaklıdır. Dava konusunu edilen yani uyuşmazlığa konu olan alacak veya mamelek ise HMK 288.maddesinde "uyuşmazlık konusu" için keşif yapılmasına resen karar verebilir. Bu keşfi yapmak için de gider gerekecektir. Bunun için gider avansı yeterli değilse, avans ikmali emretme yetkisini de 324.madde gereğince elinde bulundurduğu için, ayrıca gider avansını da ikmal edilmemesi halinde 114.maddeye göre dava şartı noksan kalacağı ve bu durumda, iki hafta içinde ikmal edilmezse dava şartı eksikliğinden dava reddedilebilecektir. Bu yaptırım, tasarruf ilkesi gereğince davacının harekete geçmemesi nedeniyle kendi davasının akıbetini değerlendirmek durumu ile baş başa bırakacaktır, zira dava şartı yokluğundan dava usûlen reddedilebilecektir. Bu durumda, hâkim, dava dilekçesindeki bu belirsizliği giderebilecek şekilde faaliyete geçebilecektir. Bu anlamda,bu faaliyette de HMK 31.maddesi kaynak olsa da, davanın sevk ve idaresinin hâkime ait olmasından, yargı harçlarının kamusal yönü de etken olduğu için, hâkim tarafından uygulanabilecektir. Burada harçlar, dava şartı değildir, dava konusunun belirlenmesinde hâkime yüklenen görevlerin yerine getirilmesi için HMK'nın keşfe ya da alacağın hesaplanmasında bilirkişi oy ve görüşüne başvurabilmesinin yolu çizilmektedir.

Davada, alacağın değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin olanaklı olduğu durumda, davacı hâkim tarafından verilecek iki haftalık kesin süre içinde dava değerini belirlemediği takdirde, hâkim, gösterilen geçici değere göre karar verecektir[910]. Ancak, tam olarak dava konusu alacak tutarını davacının her zaman belirlemesi olanak dışı olabilir, zira bu belirleme olanağı ilk olarak genelde bilirkişi raporu ile yapılan hesaplama sonucu söz konusu olmaktadır. Rapora yönelik itiraz halinde, yeniden hesap yapılması gerekirse, bu durumda belirsizliğin sürdüğü açıktır. Hâkimin, ek rapor ya da yeniden rapor alınması istemlerini reddettiği andan itibaren böylesi bir belirleme yapılabilir, davacı da 107/2. maddeye göre artırım yapabilir. Henüz artırım yapılmadığı durumda, hâkimin, belirsiz kalan dava konusu alacak tutarına dair artırım isteminde bulunabilmesi için iki hafta kesin süre vermesi gerekecektir. Öğretide de isabetle belirtildiği gibi, belirlemenin yapılabileceği anı, en iyi hâkim bilebilir[911], bu nedenle HMK 27. maddesi gereğince yagılamada gelinen aşamanın belirtilmemesi de hukuki dinlenilme hakkının ihlaline neden olacaktır. Ancak burada hatırlatma, sadece alacağın belirli hale geldiği yönünde olup, bunun belirtilmesi, tarafa bir öneri, yol gösterme şeklinde yapılmamalıdır[912]. Yasann verdiği yetki, alacağın miktar ve değerinin tam olarak belirlenebilmesinin olanaklı olduğu anı hâkim takdir edecektir. Bu belirlilik anı, aslında alacak tutarı yönünden davanın aydınlandığı bir andır. Hâkim bu aydınlanmışlığı HMK 27. Maddenin de bir gereği olarak davacıya açıklayacak, davacı da kendisine verilen iki haftalık kesin süre içinde dava değerini arttırabilecektir. Dava süreci içinde, bu ana ulaşılamadığı durumda, dosyadaki mevcut delil durumuna göre alacak tutarının belirlenebilmesi söz konusu olamazsa hâkimin aydınlatma faaliyetinde bulunabilmesi için gerektiğinde delil sunulmasını istemesi de gerekebilir ki, bu da uygulamada örneğin alacak tutarınıın değerine dair hesaplama içeren bilirkişi raporu almak şeklinde kendisini gösterebilmektedir. Yeri geldiğinde ispat yükü kendisine düşen tarafın delil sunması da hâkim

[910] Simil, s. 146
[911] Simil, s. 284
[912] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 221

tarafından istenebilecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin belirsiz alacak davasındaki uygulaması bu yönden önem taşımaktadır.

4. Cevap Dilekçesi Üzerinde

Cevap dilekçesinin unsurlarındaki belirsizlik ve/veya çelişki konusunu incelediğimizde ise dava dilekçesinin paralelinde bir düzenleme ile karşılaşmaktayız. HMK 129.maddenin bir içerik düzenlediği, bu içerikte, mahkemenin adı, davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri,davalı yurt dışında ise açılan dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde göstereceği bir adres, davalının T.C kimlik numarası, varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri, davalının ya da varsa yasal temsilcisinin ya da vekilinin imzası unsur olarak yer alması gerektiği görülmektedir.

Davaya cevap dilekçesinde, bu unsurlar yer almayacaksa HMK 130.maddesi gereğince davalıya verilecek bir haftalık süre içinde tamamlanmamış olması halinde cevap dilekçesi verilmemiş sayılacaktır.129.maddede yer alan, davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri, savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, dayanılan hukuki sebepler, açık bir şekilde talep sonucunda bir eksiklik bulunması halinde bu halde HMK 141.maddesi çerçevesinde ikinci cevap dilekçesinde savunma değiştirilebilir ise de sunulmamış ve ya içeriği belirleyici, çelişkisiz hale getirilmemiş bir vakıa veya delil, davalı tarafın davada istediği sonucu elde etmesini önleyici olabilecektir. Ancak ,davalı HMK 128.maddesinde düzenlendiği üzere hiç cevap dilekçesi vermemiş olsa dahi bu usûli tutumu inkar olarak yani, davacı tarafın iddialarını, teleplerini reddetmek şeklinde değerlendirilecektir. Öğretide, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantılı olarak, cevap dilekçesi verilmemiş olması durumunda da, davalının, davacının tüm iddialarını inkar ettiği değerlendirilerek davadaki olaylar ile ilgili olarak belirsizlik ve çelişki olması durumunda davalıya soru sorulabilecek, açıklama

istenebileceği, ancak davalıdan yeni vakıa getirmesinin istenemeyeceği, getireceği vakıaların da değerlendirilemeyeceği, yeni delil istenmesinin de sadece inkar savunması sınırları içinde kalmak koşulu ile söz konusu olabileceği belirtilmiştir[913].

HUMK'un yürürlülüğü döneminde, cevap dilekçesindeki eksiklik 187/7 de bir ilk itiraz sebebi iken HMK 'da 129.madde düzenlemesi ile bu eksiklikler resen hâkim tarafından değerlendirilecektir. Resen değerlendirilen eksiklikler dışındaki eksiklikler halinde davaya mevcut durumu ile devam edilecektir[914].

Dilekçeler üzerinde hâkimin davayı aydınlatma ödevi konusunda uygulama alanı bulabilecek bir diğer konu da aslında cevap dilekçesinde ileri sürülebilen ve dava dilekçesine cevap süresi olan iki hafta içerisinde sunulması gereken ilk itirazlarda belirsizlik veya çelişki olması durumudur. HMK 116.maddesinde iki adet sayılan ilk itirazlar kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazı uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı ve işbölümü itirazıdır.

İlk itirazların, "uyuşmazlık konusu" ya da "uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durum" içinde kalıp kalmadığı da, ayrı bir değerlendirme konusudur. Uyuşmazlık konusunun öğretide, vakıalarla beraber değerlendirildiği incelenmişti; ancak mahkemenin yetkisine dair bir savunma, her ne kadar dava öncesi bir olaya dair değilse de, davanın görüleceği yere dair davacının tercihine karşı davalının yasal temelli direnci bir usûli uyuşmazlık olarak değerlendirilebilir kanısındayız. HMK 9. maddesindeki genel yetki kuralının dışında, çoğu zaman uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak yetki kurallarının düzenlendiği görülmektedir[915].

[913] Akyol, Aslan, Leyla: Medeni Usûl Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları, Ankara 2019, s. 171-172
[914] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.344,358; Kuru/Arslan/Yılmaz s.324-325
[915] HMK 10, 11, 12 ,14,15, 16. Maddeleri, KTK 110

Cevap dilekçesinde, yetki itirazı ve tahkim itirazı ileri sürülürken bu itirazın içeriğinden yetkiye ve tahkime dair bir karşı çıkış anlaşılmıyor, sadece bir yorumlama faaliyetinde bulunulmuş ise, bu durumda hâkimin ilk itiraz ileri sürülüp sürülmediğini incelemesi ve değerlendirmesi gereklidir. Davalı tarafın bu yönde bir iradesinin olup olmadığı anlaşılmıyor ise, bu belirsizlik olarak kabul edilmeli ve aydınlatılmalıdır. Örneğin, davalı açılmış davanın tüm seçimlik yetkilerini dilekçesinde yasa maddelerini sunarak açıklayıp, dilekçenin hiçbir yerinde "yetkisizlik" ifadesinde bulunmadan, sonuç ve istem kısmında da yetkisizlik nedeniyle bir talep sunmadan yalnızca davanın reddini istemiş olabilir. Bu durumda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırları içerisinde davalının itiraz iradesinin olup olmadığını belirli duruma getirmesi gereklidir. Ancak bu durumda ilk itiraz iradesinin süresinde sunulup sunulmadığı[916] önem arz etmektedir; zira ilk itirazlar kendiliğinden gözetilemez; HMK 117 maddesi gereği cevap dilekçesinde ileri sürülmezse; daha sonra ileri sürülmesi halinde hâkim tarafından değerlendirmeye alınmaz. Böylesi kesin bir ifade ile yasa koyucu tarafından düzenlenen ilk itirazlar konusunda tarafın iradesinin ilk itiraz sunmak olmadığı halde beyanlarında bir belirsizlik olduğu gerekçesiyle hâkim tarafından sorulan sorular üzerine belirlemeyi ilk itiraz olarak açıklayabilir. Bu nedenle; hâkimin yol göstermekten kaçınması gereklidir. Her ne kadar ıslah ile ilk itirazların sunulamayacağı öğretide baskın olarak kabul edilmişse de[917] hâkimin davayı aydınlatma ödevi ıslah kurumunun bir yansıması ya da bir başka türü değildir. Kurum olarak birbirinden farklıdır. Bu nedenle ilk itirazların sunulmasına dair bir irade söz konusu değil ise hâkimin davalı tarafın süresini geçirdiği ve ilk itiraz sunmadığı halde bu yönde bir yol gösterme ile kaçırdığı süreyi ihya edercesine ilk itiraz sunulmasını önlemesi, resen gözetmesi gerekir. Bu anlamda tarafın yetki itirazına ya da tahkim itirazına ilişkin bir ilk itirazı söz konusu ise bu konuda cevap dilekçesinde talepleri açık ve anlaşılır olmalıdır. Bu taleplerin açık ve anlaşılır olmaması

[916] Kuru/Arslan/Yılmaz,s.268,322
[917] Kuru/Arslan/Yılmaz s.306; Yılmaz-Islah s,342; Özekes, Pekcanıtez Usûl, C.2, s.1519

halinde hâkimin yorumu yol göstericilikten uzak ve mutlaka ilk itiraz süresi içinde olması yararlı ve hak kaybı önleyici nitelikte olacaktır.HMK 138.maddesi bu yönde bir olanak sağlamakla, ön inceleme duruşması öncesi dosya üzerinden karar verilmesini gerektirmektedir. Yargı organlarının iş yükünün nazara alınmadığı bir yorum yönteminde, dava dilekçesinin davalı yana tebliğ üzerine yasal süresi içinde sunulan bir cevap dilekçesinde böylesi bir belirsizlik ve çelişki olup olmadığını denetleyecek gene aynı süre içerisinde belirsizlik ve çelişkinin giderilmesi gerekecektir. Bu konuda dilekçe sunulurken hâkim incelemesi uygulamada dilekçenin tarih yönü ile belirlemesinin yapıldığı havale işlemi sırasında sadece ilk itirazlar yönü ile inceleme yapılması olanaklıdır. Dilekçe sunulurken dilekçe içeriğinden bir belirsizlik ve çelişki olduğu anlaşılıyor ise derhal soru yöneltilmeli veya açıklattırma yapılmalıdır. HMK 19. maddesi[918] kapsamında bu itirazın sadece "mahkemenin yetkisizliğini" işaret etmesi durumunda yetersiz ve geçersiz olacağı, 19.maddenin 2.fıkrası kapsamında yetkili mahkemeyi de belirtmesi gereklidir[919]. Burada yetki itirazının 19. madde yönünden geçerli olduğu ama belirsizlik nedeniyle aydınlatılması gereken bir itiraz beyanı olabilir mi? Davalının itiraz cümlelerinde "itiraz" sözcüğü olmasa da, yetkili mahkemeyi işaret etmesi durumunda, yetkili mahkemenin işaret edilmiş olmasından itiraz iradesinin olduğuna kanaat getirilerek, itiraz cümlelerinin açıklanması 31.madde gereği istenebilir.

Bu durum HMK 131 maddesinin de gereğidir; zira maddenin hükümet gerekçesinde, "davalının cevap dilekçesi vermekle artık usûli itirazlarını bildirdiğini veya böyle bir itirazı

---

[918] *"**Yetki itirazının ileri sürülmesi***
***MADDE 19-** (1) Yetkinin kesin olduğu davalarda, mahkeme yetkili olup olmadığını, davanın sonuna kadar kendiliğinden araştırmak zorundadır; taraflar da mahkemenin yetkisiz olduğunu her zaman ileri sürebilir.*
(2) Yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi; birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi bildirir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz.
(3) Mahkeme, yetkisizlik kararında yetkili mahkemeyi de gösterir.
(4) Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir."

[919] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 234; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s.83; Tanrıver-Usûl, s.250

olmadığını ve esasa girdiğini kabul etmek gerekir.Tereddütlerin de giderilmesi amacıyla, cevap dilekçesi verme süresi henüz dolmamış olsa bile bundan sonra ilk itirazların ileri sürülemeyeceği açıkça belirtilmiştir." demekle bu konuda yasa koyucu ilk itirazların sunumunda dikkat ve özeni de bir anlamda önemsemekte ve beklemektedir. İlk itirazlardan yetki itirazında HMK 19.maddenin ikinci fıkrasında yetki itirazında bulunan tarafa yetkili mahkemeyi, birden fazla yetkili mahkeme var ise seçtiği mahkemeyi bildirmesi gereğine işaret etmiş, aksi takdirde yetki itirazının dikkate alınmayacağını düzenlemiştir. Bu nedenle taraf açıkça itirazının olduğunu sunmamışsa yetki itirazı reddedilecektir[920]. Bu durumda taraf sadece yetkili mahkemeyi gösteren bir betimlemede bulunmuş ancak yetki itirazında açık bir "itiraz" sözcüğü ile savunmasını sunmamışsa bu durumda 19.maddedeki itirazın inceleme şartı olan, "yeri belirtme" koşulu, yerine getirilmiş olacak, ancak itiraz iradesinde belirsizlik durumu yaratılmış ise bu durumda hâkimin aydınlatma ödevi söz konusu olacak, ancak yetkili mahkemeyi belirtmemişse, bu belirsizlik hakkında bir açıklama isteyemeyecek, açıklama yapılması durumunda ise, bu durumda bu açıklamayı dikkate alamayacaktır.

Tahkim ilk itirazı konusunda ise, HMK 413. maddesi gereğince, bu itirazın değerlendirilmesi, tahkim sözleşmesinin geçerli, etkili ve uygulanması olanaklı olmasına bağlı olarak gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, etkili oluşu ve uygulaması olanaklı olması, HMK 412/3.maddesi gereğince öncelikle yazılı yapılmasına, tarafların dava konusu üzerinde sulh ya da kabul ile serbestçe tasarruf edebilecekleri durumlara ilişkin olması, belirli bir uyuşmazlık ile ilgili olmasına bağlıdır[921]. Hâkim, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini denetleyecektir. Bu nedenle tahkim sözleşmesinin ne koşulda geçerli sayılacağının da incelenmesi gereklidir.

[920] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.164
[921] Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 819-820

Tahkim sözleşmesi, taraflara mahkemelere gididi önleyip, hakeme gitme olanağı sağlamış olmakta, ayrıca tahkim yargılamasının yapılacağı yer başta olmak üzere, tahkimde uygulanacak tüm yargılama normları ve hakemlerin adil bir şekilde karar verip veremeyecekleri de dahil olmak üzere birçok konuyu belirleme serbestisi sağlar[922]. Tahkim sözleşmesinin geçerli olması için tahkim iradesinin açıkça belirtilmiş olması, yazılı şekilde ve tahkime uygun bir konuda yapılmış olması ve uyuşmazlık konusunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir[923]. Tahkim sözleşmesinin tanımında, "mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar" ibaresi kullanılmaktadır. Tahkim konusunu oluşturan uyuşmazlığın belli olması gerekir. Uyuşmazlığın konusu belli değilse, bu tür tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağı belirtilmiştir. Belirli, somut bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğine ilişkin taraf iradelerinin de belirgin ve çelişkisiz olması gerekir[924].

Bu konular sözleşmede belirli ve isabetli ise, hâkimin cevap dilekçesinde tahkim itirazında bulunulup bulunulmadığını incelemesi gereklidir. İlk itirazın, yapılıp yapılmadığına dair takdir hâkimde olmaktadır. Örneğin taraflar arası ilişkide bir sözleşme olduğu, sözleşmenin tüm içeriğinin madde madde tahkim şartının olduğu sözleşme maddesi de dahil sunularak açıklandığı bir cevap dilekçesinde, ilk itiraz iradesinin kullanılıp kullanılmadığı belirsizdir. Ancak burada yetki itirazında olduğu gibi, yetkili mahkemenin belirtilmiş olduğu, itiraz iradesinin belirsiz olduğu gibi bir yorumu burada yapmak kanımızca ilk itirazların sunma süresi ve amacına yani HMK 116. ve 131. maddelerine uygun düşmeyebilir. Bu anlamda, dilekçe içeriğinde, davalı yukarıdaki örnekteki gibi bir sözleşme metnini madde madde cevap dilekçesinde yorumlarken, hiçbir maddede yapmamış olduğu halde tahkim

[922] Aydemir, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017, s.105

[923] Taşkın, Alim: Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması (Fransız Tahkim Reformuna Dair Kararname ve Uluslararası Tahkim Kuralları ile Karşılaştırılması, Ankara 2019, s. 35, Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013, s.82; Eyüpoğlu, Ceren: Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 234

[924] Akıncı, s. 83; Ekşi, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK md.407-444), İstanbul 2019, s. 99

şartına dair kısmın tamamını büyük harflerle ve koyu renkte yapmış olduğu varsayımında, bu anlamdaki itiraz iradesine dair bir emare olarak değerlendirilebilir düşüncesindeyiz.

Tahkim ilk itirazının değerlendirilmesi sırasında da hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasının gerekeceği durumlar meydana gelebilir. Tahkim ilk itirazı yönünden, hâkimin yapacağı ilk değerlendirme, HMK 413. madde[925] gereğince, tahkim sözleşmesinin hükümsüz olup olmadığı, etkisiz olup olmadığı ve uygulanmasının olanaklı olup olmadığı yönünde olacaktır. Mehaz İsviçre Hukukunda yer almasa da, dZPO 1032. maddesinde benzer içerikte düzenlenmiştir[926].

Tahkim sözleşmesinin geçersizliğine örnek olarak, gerek ulusal gerekse uluslararası nitelikteki tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk dahilinde tahkim sözleşmesinin esaslı unsurlarının eksik olması, tahkim sözleşmesinin gerekli şekil şartlarını taşımaması, kanunun emredici hükümlerine, etik değerlere, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olması, sözleşme yapma ehliyetsizliği, hata, hile veya tehdit gibi irade durumları sayılabilecektir. Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar örneğin boşanma istemi hakkında yapılan tahkim sözleşmeleri de hükümsüz kabul edilmektedir[927].

Bir tahkim sözleşmesinin etkisiz olması durumu da hâkimin tarafından tarafları, sebepleri ve konusu aynı olan bir uyuşmazlığın daha önce mahkeme veya hakemlerce karara

---

925 *"**Tahkim itirazı***
***MADDE 413-** (1) Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usûlden reddeder.*
(2) Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir."

926 ***"§ 1032 Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht***
(1) Wird vor einem Gericht Klage in einer Angelegenheit erhoben, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen, sofern der Beklagte dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügt, es sei denn, das Gericht stellt fest, dass die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist.
(2) Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden.
(3) Ist ein Verfahren im Sinne des Absatzes 1 oder 2 anhängig, kann ein schiedsrichterliches Verfahren gleichwohl eingeleitet oder fortgesetzt werden und ein Schiedsspruch ergehen."

927 Pekcanıtez, Hakan: Tahkim İlk İtirazı, Makaleler, C. 2 İstanbul 2016, s. 821; Özbek, Mustafa Serrdar, Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (2019/2), s. 218

bağlanması durumunda, bu aynı uyuşmazlık hakkında tekrar yapılan tahkim sözleşmesi etkisiz olarak kabul etmesi gerekecektir[928]. Etkisizlik, geçerli kurulan bir sözleşme olsa da, kurulduktan sonra etkisini yani uygulanırlığını yitirmesi olarak belirtilmiştir[929].

Tahkim sözleşmesinin uygulanmasının olanaksız olması, tarafların tahkim sözleşmesini yaparken doğru seçim ve basirette olmamaları nedeniyle hakem kurulunun oluşturulamadığı ve tahkim sözleşmesindeki eksiklikler mahkemelerce de yorum yoluyla tamamlanamadığı için tahkim sözleşmesinin etki doğuramadığı durumları anlatmaktadır[930].

Tahkim ilk itirazını inceleyen mahkemenin, tahkim sözleşmesinin geçersiz, etkisiz veya uygulanmasının olanaksız olup olmadığı hakkında yaklaşık ispat kurallarına göre bir incelemeyle yetinilerek karar vermeyip, tam ispat kurallarına göre tahkim sözleşmesinin geçersiz olup olmadığının incelemesinin daha doğru olacağı, aksi durumda, tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar verilip dava usûlden reddedilirse, tahkim yargılaması sonunda iptal davasında bu geçersizlik ileri sürülebileceği, bu durumun da usûl ekonomisi ilkesinin ihlaline neden olacağı belirtilmiştir[931]. Biz de aynı görüşe katılmaktayız. Hâkim tarafından yapılacak incelemede, tahkim sözleşmesindeki taraf iradelerinin ve uyuşmazlığın açık olması gereği karşısında bu açıklığın objektif olarak anlaşılır duruma getirilmesi, açıklığın belirlenmesinde, tarafların dinlenmesi gerekli olmalı, tarafların iradelerinin sözleşmeye hâkimin belki ilk incelemesindeki sübjektif algısının objektif ve denetlenebilir bir algıya evrilmesi yolu seçilmelidir. Yapılacak değerlendirmede, 413. Maddedeki diğer unsurlar da yani tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğünü böylece denetledikten sonra, sözleşmedeki etkili olup olmama ya da uygulamasının olanaksız olup olmadığını da tarafların açıklamaları ve somut olaya, sözleşmeye, taraflar arası hukuki ilişkiye göre taraflardan edineceği bilgi ve

[928] Pekcanıtez-Tahkim, s. 827
[929] Özbek, s.221
[930] Pekcanıtez, Tahkim, s. 827; Özbek, s.222
[931] Özbek, s.247

gerekli görülürse sunacakları bu konudaki delillere göre değerlendirmesi gerekecektir. Bu yöndeki faaliyet, 31.madde gereği yapılmış bir faaliyet olacaktır.

5.Cevaba Cevap ve İkinci Cevap Dilekçelerinde

Davalı tarafın ikinci cevap dilekçesinde, davacı tarafın ise cevaba cevap dilekçesinde ise iddia ve savunmalarını genişletmesi ve değiştirmesi olanağı gözetilerek, hâkimin, dava ve cevap dilekçelerindeki belirsizlik ve çelişkilere derhal müdahale etmesi davanın aydınlatılması yönünden bir yarar getirmeyecektir.

Yazılı yargılama usûlünde, ön inceleme aşamasında, dört dilekçede aydınlanmamış bir konu var ise hâkim tarafından soru sorulması açıklama yaptırılması yollarıyla aydınlatılarak belirsizlik ve çelişki giderilebilecektir. Tarafların ilk dilekçelerindeki belirsizlik ve çelişkiyi kendilerinin de fark ederek cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde gidermeleri de olanaklıdır. Bu durumda, hâkimin ayrı bir ödevinden değil, tarafların somutlaştırma ödevini yerine getirmesinden söz edilmiş olacaktır.

Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerindeki ifadeler, tarafların önceki beyanları ile çelişki doğuruyor, ya da ilk dilekçelerindeki çelişkiyi gidermiyor, sürdürüyorsa, ya da dava malzemesi olarak getirdikleri olay ve delillere dair belirli bir somutlaştırmada bulunmuyorsa, Ön inceleme aşamasında bu konuda hâkimin soru sorması ya da açıklama yaptırması gerekbilecektir.

İddia ve savunmanın değiştirilmesi ile çelişkili durum yaratılması arasındaki farkın bu noktada iyi değerlendirilmesi, yeni vakıa getirimi için tarafı teşvik etmekten, yol göstermekten hâkimin kaçınması yol gösterme yasağının da bir gereğidir.

B-ÖNİNCELEME AŞAMASINDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

Ön inceleme aşaması HMK 137. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir[932]. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceleyecek, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirecektir. Burada, özellikle dikkat çekmek istediğimiz nokta, hâkimin "uyuşmazlık konularını tam olarak belirlemesi" ve de "tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri" yapacak olmasıdır. Bu kapsamda, 139.madde gereğince delilleri sunmayan tarafn ilgili delili sunmaktan vazgeçmiş sayılacağına dair karar verilecektir.

HMK 31. madde metnini düşündüğümüzde, normlar arası ilişki daha ilk bakışta dikkati çekecek kadar yakındır. Ön inceleme aşamasındaki hâkimin bu çalışması, dilekçeler aşamasındaki toplanan tüm dava malzemeleri ile, duruşmada tarafların açıklamaları ile birlikte, dava temeli olan vakıaların neler olduğu ve istemlere dair tam bir aydınlanma hedeflemektedir[933].

Ön inceleme aşaması, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi açısından en somut örneklerin yaşanabileceği, aşama olarak da en isabetli aşama olarak karşımıza çıkmaktadır, bunun gerekçesi olarak, tarafların sunduğu dilekçeler ve dilekçelere eklenmiş olan ya da ön inceleme duruşmasından önce toplanmış bulunan deliller ile hâkim zihninde oluşan olaylara dair kanı, tarafların da bu kanıya katılıp katılmadıklarını belirtmeleri ile somutlaşmaktadır, iddia ve savunmaların değerlendirilmesi ile çekişmeli olan ve olmayan olaylar, bu olaylara dayanak olarak sunulan deliller belirginleşmekte, talep sonucu ise

---

932 *"**Ön incelemenin kapsamı***
***MADDE 137-** (1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*
(2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez."

933 Tanrıver, Usûl, s. 688

tamamen aydınlanmaktadır, böyle tahkikat aşaması açısından yargılamanın yürütülmesine dair yol haritası meydana getirilmektedir[934].

HMK 140. maddesi ön inceleme duruşmasının yapılma usûlünü düzenlemektedir. Hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler; daha sonra, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder.

Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder. Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür. Ön inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir.

Bu sürece, adaletin ve gerçeğin birbirleriyle etkileşerek bulunması gözüyle bakılabilir. Mahkeme maddi olarak doğru kararı verebilmek için, önce tarafların olayları algılayış ve sunumlarını belirginleştirmeli, varsa çelişkileri gidermeli, bundan sonra da kendi algısını ve anlayışını taraflara bildirerek olaylara dair bu algı ve anlayışta tarafların mutabık olup olmadıklarını yazılı olarak ön inceleme duruşma tutanağına geçirtmek suretiyle tespit etmiş olacaktır. Vakıalara dair taraf beyanlarındaki ve uyuşmazlık konuları içinde çekişmeli olan ve olmayan olayların ayrılmasından sonra deliller açısından da bu aşamaya kadar sunulan delillerin davayı aydınlatmaya yetmemesi, belirsizlik ve çelişkiler içermesi durumunda hâkimin bu aşamada tahkikat aşamasında getirilecek delillere dair tarafları bilgilendirmesi ve

[934] Karaaslan, s. 207

tespitinin yapılması, arar karar verilmesi gerekmektedir[935]. Tarafların ve mahkemenin uyuşmazlık konularına ile ilgili bakış açılarının uzlaştırılması ve dilekçelerin açıklığa kavuşturulması, eksiklerinin giderilmesi ve dönüştürülmesi suretiyle, aydınlatma ödevine dair yükümlülüklerini yerine getirmelidir[936].

C-TAHKİKAT AŞAMASINDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

I.Genel Olarak

Tahkikat aşamasında[937], tarafların çeşitli dilekçeler vermesi olanaklıdır. HMK 140.maddesi çerçevesinde, tarafların sunmadıkları delilleri sunması, bilirkişi raporlarına keşif tutanağına, dinlenen tanıkların beyanlarına karşı beyanda veya itirazda bulunması, HMK 107/2.madde gereği talebini belirli hale getirerek arttırması istemiyle dilekçe vermesi gibi HMK kapsamında istemlerini sunabileceği, düzenlenmiş veya yargılama sırasında sözlü sunabileceği beyanlarını yazılı halde sunduğu dilekçeler davaya bakan hâkime veya istinabe olunan mahkeme hâkimine sunulabilecektir. Söz konusu dilekçeler, ayrı ayrı inceleme ve değerlendirme konusu olabilecek niteliktedir. Bu dilekçelerde, tarafın örneğin tanık beyanlarına neden itiraz ettiği, tanıkların ifadelerinde çelişki olduğu kanısında ise bu çelişkinin hangi tanık ifadelerinden anlaşılacağı gibi konularda tarafın beyanları anlaşılmayacak ve hâkim tarafından değerlendirilemeyecek derecede belirsiz ve daha ötesi çelişkili olabilir; her ne kadar hâkim tarafından davacı ve ya davalının tanık beyanlarına

[935] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 364
[936] Liu,s. 350
[937] Alman Hukukçusu Levin ayrıca, CPO'nun dayandığı gerekçelere göre, hâkim davanın katılımcılarının karşısında sessizce ve soğuk bir tutum içinde oturamaz, dava ile ilgili olarak hukuki yaklaşımını belirtmesinin esas olduğunu ileri sürmüştür. Maddi ve hukuki sorunlar pek çok olayda iç içe girer. Bundan dolayı, ZPO md. 502'nin sulh hâkimlarının önüne görev olarak koyduğu gibi, dava şartlarının sık sık müzakere edilmeden, soru sorma görevinin maksada uygun bir şekilde yerine getirilmesinin mümkün olmayacağını belirtmiş, hâkimin müzakereler sırasında hukuki yaklaşımını ancak kararda çözülebilecek anlaşılmaz bir sır olarak saklamaması gerektiğini belirtmiştir, Levin, s. 122-123. Alman Hukuku hâkime çok daha geniş bir etkinlik alanı oluşturma çabasında bulunmuş, hâkimin davayı aydınlatma ödevi bu anlamda gelişmesini sürekli etkinliğinin artması ekseninde yapmıştır.

yönelik beyanları bağlayıcı olmasa da, tarafların tanık beyanlarına karşı beyanları ve itirazları, ıslah dilekçesi sunması, HMK 27/2-b'deki açıklama hakkını ve mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirme yapılmasını talep etme hakkını hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde hâkim tarafından değerlendirilmek zorundadır. Tanık beyanlarına yönelik beyanda bulunulması, bir dilekçe türü olarak tipik nitelikte HMK da düzenlenmemiştir. Ancak taraflarca getirilme ilkesinin ve ispat hakkının bir sonucu olarak getirilmiş delilin değerlendirilmesi buna dair somutlaştırma yükünün de bir devamı olarak kabul edilmelidir.Tanık beyanlarına ilişkin tarafın açıklamalarındaki belirsizliği ve çelişkiyi gidermek üzere tarafa soru sorması ve açıklatma yapmasına karşın giderilmemiş olması veya tanık beyanlarının çok açık anlaşılır olması ya da tüm çelişkinin tanıklarda olması nedeniyle dilekçe belirsiz ve çelişkili ise tanık delillerinin değerlendirilmesinde HMK 31. maddesinin uygulama alanı ortaya çıkacaktır. Ancak dilekçe içeriğinde davaya son veren taraf işlemi,iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi gibi konusunu aşan ifadeler yer almakta,bu ifadeler de belirsiz ve çelişkili ise tarafın iradesinin anlaşılması için hâkimin açıklattırması ve/veya soru sorması gerekli olduğu kanısındayız.

Alman Hukukunda, hâkimin davayı aydınlatma ve tarafları buna dair olmak üzere uyarma ödevinin uygulanmasında "belgeleme ödevi" hâkime yüklenmiştir. ZPO md.139 uyarınca hâkimin uyarılarının resmi olarak kayda geçirilmesi, duruşma zaptına yazılması zorunludur. Bu, uyarının belgelendirilmesine yarar ve bu sayede özellikle bazı kanun yolu işlemleri anlam kazanır. Kanunen emredilmiş bir uyarının yapılmamış olması; tekil olaylarda Alman Anayasası md.103 par.1'i ihlal eder ve ZPO md.539 ve 550 anlamında, mahkeme önündeki dava için haklı ret gerekçesi oluşturabilecek kesin bir usûl hatasıdır. İstinaf ve temyiz kanun yolları başvuruları yapılan mahkemelere ZPO md.539 çerçevesinde inceleme olanağı sağlamak için, yargıcın uyarı görevinin yerine getirilmesinin resmi olarak kayıtlara geçirilmesi bu yüzden bugün artık; mahkemenin maddi hukuka uygun eylemi için bir emir

durumuna gelmiştir. Bir dava süreci çerçevesindeki bir uyarının yapılması; davanın özüyle ilgili ve ZPO md.160 par.2 gereğince dava tutanakları içine alınması gereken bir olay olarak görülmektedir[938]. Bunun ötesinde de ZPO md.139 par.4 fıkra 2; bir kanun yolu işleminde yargıcın bir uyarısının ihlal edildiğinin bir tarafça ileri sürüldüğü ve tutanaklardan da bu uyarının yapıldığının anlaşılmadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Böylesi bir durumda, yasal olarak uyarı yapılmamış kabul edilir[939].

Belgeleme görevi ayrıca ZPO md.139 par.4 gereğince belirgin biçimde ZPO md.139 par.2 gereği olan ve bir tarafın gözden kaçırdığı ve hukuki ve maddi nitelemeler hakkındaki aydınlatmayı da ilgilendirir. Bunun yanında bu görev; öncelikle mahkeme ve taraflar aracılığıyla sık sık gündeme gelen farklı hukuki değerlendirmelerde; mahkemenin, hukuki yaklaşımını ayrıntılı biçimde belgelendirmesi ve duruma göre güncelleştirmesi gerektiği sonucunu getirebilir. Bu da kararın benimsenme olasılığını azaltır ve muhtemelen gereksiz kanun yolu itirazları yapılmasına yönlendirir[940].

II- Davaya Son Veren Taraf İşlemleri Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

1. Sulh Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Davaya son veren taraf usûl işlemlerinden sulh işlemi HMK 313. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası sulhu tanımlamaktadır. Hükme göre, görülmekte olan bir davada tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yaptıkları bir sözleşme olarak tanımlanmıştır[941]. Ancak sözleşme

[938] Liu, s.441
[939] Liu, s. 442
[940] Musileak/Stadler, §139, Rn.26
[941] Tanrıver, Süha: Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Makaleler I, Ankara 2005, s. 35 (Sulh); Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takiplerinin Dayanağı ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 85; Ören, s. 23, Kuru/Arslan/ Yılmaz, s. 534; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s.2033; Akil, Cenk: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilmeyeceği Meselesi, GÜHFD, C.XVI, Y.2012, S. 4, s. 2 vd.

doğrudan davayı sona erdirecek nitelikte olup, mahkemece sadece usûl hukuku kurallarına uyulup uyulmadığı incelenecektir, sonrasında ise sulh sözleşmesinin içeriğine göre karar verilecektir. Hatta bu sulh HMK 315/1. madde gereğince kesin hüküm etkisi doğuracaktır. Mahkeme dışı sulh söz konusu olduğu durumda[942] ise mahkemeye sunulmakla mahkeme içi sulhe dönüşür[943] ve tutanak altına alınır; taraflarca okunur, imzalanır ve mahkeme içi sulhe dönüşür. Ancak mahkeme dışı sulh, mahkemeye bildirilmezse ilgili ispat kurallarına göre ispatı gereklidir[944].

Sulh konusunda hâkimin davayı aydınlatma ödevi nasıl bir yarar getirecektir ve uygulaması nasıl olmalıdır? Bu konuda öncelikle öğretide de belirtildiği gibi sulh sözleşmesinin içeriği konusunda HMK'nın getirdiği sınırları dışında bir değerlendirmede bulunamayacaktır. Sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olarak, sulh sözleşmesinin hem usûl hukukuna hem maddi hukuka etkili yönü bulunmaktadır[945]. Yazılı şekle tabi olan sulh sözleşmesi tarafların okuması ve imzalaması ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır[946]. Sulh sözleşmesi mahkeme dışında oluşturulmuşsa, yazılı şekilde yapılmamış olabilir ve geçersiz sayılmaz. Ancak, mahkeme nezdinde davayı sona erdiren taraf usûli işlemi olarak kabul edilebilmesi için tutanağa geçirilme ve imza altına alınması geçerlilik şartı olarak HMK 154/3-ç'de düzenlenmiştir. Bu kapsamda, söz konusu tutanakta, sulh ile ilgili kısımların davanın taraflara okunmamasıyla, tarafların irade açıklamalarına uygun olup olmadığı, isterler ise düzeltme yapabilmelerine olanak tanınmak istenmiştir[947].

Sulhün konusunu oluşturan uyuşmazlıklar usûl hukuku yönünden bir sınır olarak değerlendirildiğinde, HMK 313/2. maddesi tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri

[942] Ören, s. 36; Tanrıver-Sulh, s. 38; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 429; Akil, s.4; Karslı, s. 383
[943] Karslı, s. 384
[944] Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 538
[945] 1086 sayılı HUMK'ta yer almasa da, hem uygulama hem öğreti tarafından kabul görmüş ve 6100 sayılı yasada yasal zemine kavuşmuştur.
[946] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 567; Akil, s.5
[947] Akil,s.5,Ören s.119, Tanrıver, İlamlı İcra s.89, Tanrıver, Sulh s.40

uyuşmazlıklar sulhün konusunu oluşturabilecek ayrıca dava konusunun dışına kalan konular da sulh kapsamına 3.fıkra gereği taraflar isterse alınabilecektir.

HMK 313/2. maddesinin getirdiği sınırlama uyarınca aile hukuku kökenli uyuşmazlıklar evliliğin iptali, nesebin reddi, babalık, velayet gibi davalarda çekişmesiz yargı işlerinde,cumhuriyet savcısının HMK 70/3. maddesi gereği yer aldığı dava ve işlerde sulh olunması davayı sona erdirici sonuç doğurmayacaktır[948]. Tasarruf ilkesinin uygulama alanı bulmadığı[949] davalarda ve resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda sulh olunması davayı sonlandırmayacak, hâkim davayı görmeye devam edecektir. Buna göre de hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından taraflar arası uyuşmazlık hem tasarruf ilkesinin uygulanmasını hem de uygulanmasını içeren bir uyuşmazlıklar bütünü olduğunda, taraflar arası sulh sözleşmesinde uyuşmazlıkları ayırt edecek bir açıklık, belirlilik ve ayrım söz konusu değilse ,hâkimin davayı aydınlatma ödevi uygulama alanı bulabilecektir. Bu durumda,davaya bakan hâkimin taraflara soru sorma, açıklama yaptırması gerekecektir; çünkü sözleşmenin usûl hukukuna HMK 313/2. maddesi gereği uygun olup olmadığını belirli hale getirmelidir. HMK 31. maddesi "hukuki açıdan belirsizliği" de hâkimin davayı aydınlatma ödevi içinde gördüğünden hâkimin sözleşmenin bu yönünü denetlemesi belirli duruma getirmesi gerekir. Sulh sözleşmesi ile davanın sona ereceği HMK 315. maddesi gereği tereddüt içermeyen bir sonuç olsa da sözleşmenin düzenlenmesinde,her ne kadar 313.madde 2. fıkrası uyarınca tarafların tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklara ilişkin de olsa, sulh sözleşmesi hükümleri arasında belirsizlik, çelişki özellikle de HMK 305. maddesi uyarınca tavzih gerektirecek şekilde, icrada tereddüt, hüküm gibi etki doğurmakla açık olmayan bir hüküm özelliği taşımakta ise,bu durumda hâkimin sözleşmedeki bu noktalar hakkında aydınlatma ödevinin olup olmadığı tartışılmalıdır.

[948] Akil, s.6; Önen, s. 44; Karslı, s. 385
[949] Meriç-Tasarruf, s.209

Sulh sözleşmesi, HMK 315. maddesi gereği, nitelik olarak, doğrudan davayı sonlandırmakta, etkisini derhal göstermektedir. Tarafların, tutanağı imzalamaları ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu belirtmiştik. HMK 315. maddenin hükümet gerekçesinde "mahkemece bir hüküm verilmesine gerek kalmaksızın davayı sona erdireceği" belirtilmiştir. Gerekçe sulh sözleşmesinin icrailiği ile ilgili bir hukuki kaygı taşımak zorunda olmayıp, vereceği kararı taraf istemlerine göre belirlemek zorundadır. Madde uyarınca sulh sözleşmesine göre karar verilmesini taraflar isterse, bu durumda sözleşmeyi hâkim HMK 297. maddesi 2. fıkrasına uygun bir şekilde yorumlamalıdır. Ancak, sulhen kesin hüküm gibi etki doğurması, sulh sözleşmesinin şarta bağlı yapılabilirliğinin HMK 313/son.maddesi ile kabul edilmesi ve uygulamada benimsenmesi nedeniyle, sözleşmeye bağlı olarak icrailik sorunu doğurabilecektir. Bu durumda, belirtmek gerekir ki, HMK'ya göre mahkemece sulhe göre iki türlü karar verilmesi gerekecektir, HMK 315. maddesine göre mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Yapılacak değerlendirme, tarafların sulhe göre karar verilmesini istemeleri halinde hâkimin hüküm fıkrasını düzenlemesi sırasında, sulh sözleşmesinin içeriğine göre yapacakları değerlendirme ile oluşturması yani kararı vermesi sırasında vereceği kararda tavzihe konu edilmesi olanaklıdır. Asıl sorun, sulh sözleşmesine göre karar verilmesini istememeleri halinde, tavzih hükümlerinden yararlanarak, sulh sözleşmesindeki icrailiği önleyebilecek koşulların varlığı durumunda nasıl bir çözüm geliştirilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Sözleşmenin ilamın eki olarak kabul edildiği ilamların icrasında, yani karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinde, icra müdürü takibe dayanak olarak kabul etmekte tereddüt yaşayabilir, izleyen aşamada hükmün tavzihi kurumuna başvurmak gerekebilir. Ancak burada sulh sözleşmesinin kesin hüküm etkisinin hükmün tavzihi kurumu içinde değerlendirilmesi de tartışılması gerekli bir konudur.

Hükmün tavzihi yani açıklanması, HMK 305. maddesi ile getirilen düzenleme ile sınırları da çizilerek düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası, tavzihin koşulu olarak, hükmün yeterince açık olmaması ya da icrasında tereddüt uyandırması, yada birbirine aykırı fıkralar içermesi düzenlenmiştir. Bir davanın sulh ile sona ermesi durumunda, mahkemece HMK 315. Maddesi gereğince sulh sözleşmesini yorumlamadan ve değiştirmeden icra aşamasında oluşacak tereddütleri düşünmeden karar verilmesi durumunda tavzihe konu olabilecektir. Bu kapsamda, hâkim, davayı sonlandıracak olsa da, sulhe göre karar vereceğinden tarafların iradelerinin yansımasını tam olarak sağlamak için tüm tereddütleri gidermelidir. Ancak taraflar sulhe göre karar verilmesini istemez de, sözleşmedeki tereddütler sürerse, bu durumda hâkim davayı aydınlatmak ile ödevli olmayacaktır. Zira, artık dava taraflarca sonlandırılmış olup, kanımızca böylesi bir sözleşme, tavzihe de konu edilmeyecektir. Hüküm karar verilmesine yer olmadığına şeklinde kurulduğundan böylesi bir hükmün açıklanmaya gereksinimi de yoktur.

2.**Kabul Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi**

Davayı kabul, 6100 sayılı HMK'nın 308. maddesi davayı kabulü[950] davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesi olarak tanımlamıştır. Davayı kabul, öğretide tasarruf ilkesi ile bağlantılı olarak açıklanmış, bir davanın davalısının, davacının talep sonucuna dair kısmen veya tamamen onam vermesi, rızasını açıklaması olarak ifade edilmiştir[951]. HUMK 92. maddesi yürürlüğü döneminde yapılan bu açıklamalar sonrasında anılan maddenin ikinci fıkrasında kabulün tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğuracağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, davalı tasarruf ilkesinin gereği olarak davayı kabul

950 "***Davayı kabul***
MADDE 308- *(1) Kabul, davacının talep sonucuna, davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir.*
(2) Kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurur."
951 Tanrıver, İlamlı İcra, s. 103; Ermenek, İbrahim, Medeni Usûl Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s.3

ettikten sonra, dava bu beyan ile sona erer; bu beyandan sonra davada sadece yargılama giderleri ile ilgili karar verilir[952].

Öğretide, kabulün şartları, temel olarak dört esasta kabul edilmiştir[953]. Bu doğrultuda anılan koşulun gerçekleşmesi durumunda, yani irade beyanı ileri sürüldüğünde, davacı tarafın davalının bu beyanını kabul etmesi koşulunun aranmayacağı belirtilmiştir[954]. Öğretide, davalının kabul beyanı ile borçlar kanunu kapsamında sözleşme kurulması yönünde zımni kabul olarak kabul edilmeyeceği, mahkeme huzurunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının sunulmuş olması, bu kabulün niteliğinin sulh mü, sözleşme mi, yoksa kabul olarak mı hüküm ve sonuç doğması tartışılmıştır[955]. Bu konudaki tartışmalar çerçevesinde, sonuç olarak davanın sona ermesi hem sulh hem kabul açından söz konusu olacağından, konumuz yönünden dikkat edilecek nokta, hangi görüşün benimsendiğine göre, sulh veya kabulün unsur ve içeriğinin değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Hâkim tarafından yapılacak değerlendirme teorik yönden önemli olsa da, sonuç açısından davayı sona erdiren taraf işlemi olarak kabul edilecek ve dava sona erecektir. Burada önemli diğer nokta, yargılama gideri açısından davalı aleyhine hükmedilecek vekalet ücretinin miktarı yönünden sulh mü, kabul mü olarak kabul edildiği önem kazanacaktır.

Öğretide, kabulün bir koşulu da, kayıtısız şartsız, açık ve kesin bir irade beyanının varlığıdır[956]. Davanın kabulüne dair kararın şarta bağlı olarak verildiği durumlarda, kural olarak " kabulün varlığı" öngörülmemiştir[957]. Kabulün varlığı yönünden, kabul edilen bir

[952] Ermenek, s. 6
[953] Ermenek, s. 7 vd.; Tanrıver-Kabul, s. 292; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 104; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.509 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.557; Üstündağ, Yargılama,s.573; Atalı,Pekcanıtez Usûl, s.2025; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.427; Umar,Şerh, s.862; Yılmaz-Şerh,C.III.,s.3008; Tanrıver- Usûl, s.1010 vd.; Karslı, s.379; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.572 vd.;Budak/Karaaslan, s.297; Postacıoğlu/Altay,s.813; Kuru, s.543; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.606
[954] Ermenek, s. 7
[955] Ermenek, s. 10, Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 30
[956] Ermenek, s. 12, Tanrıver, Süha: Şartlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilmeyeceği Sorunu, BATİDER, C. 1998/2, s. 49
[957] Üstündağ, s. 417; Tanrıver-Kabul, s. 227; Ermenek, s. 13

başka koşul, davalının irade söyleminin, davacının talep sonucunu konu almasıdır[958]. Hem HUMK 94/3 maddesinin yürürlüğü döneminde, hem de yürürlükteki HMK 308. maddesi ilk fıkrasında göre kabul talep sonucuna ilişkindir. Bu nedenle ikrar ile kabul arasında var olan ayrım, HMK 188. maddesi gereğince bu noktada toplanmaktadır. İkrarın konusunu vakıalar oluştururken, kabul talep sonucu ile ilgilidir[959].

Öğretide kabulün, zımni olarak gerçekleşmesinin, "davayı kabul" kavramı içinde değerlendirilememesi, davayı kabulün sonuçlarına tabi tutulmasının olanaklı olamayacağı benimsenmiştir[960]. Türk Hukukunda bu görüşün benimsenmesi, davayı kabulün, davayı kabul eden davalı taraf aleyhine ağır sonuçlar doğurması nedeniyle olduğu belirtilmiştir. Kabulün zımni olamaması ve koşullarının da bu nedenle belirli ve normdan doğması kurumunun varlığı ve sonuçları ile uyumlu bir durumdur.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama alanı bulup bulmayacağı yönünde, davaya son veren taraf işlemlerinden " kabul" işleminin de belirsizlik ve çelişki içermesi durumunda uyuşmazlığı, hakkın varlığı noktasında uygulamadaki ifade ile esastan çözeceği dikkate alınarak, hukuki ve maddi açıdan belirsizlik ve çelişki içerdiği düşünülerek bu beyanın açık ve anlaşılır olması için soru sorulması, delil gösterilmesi ve açıklama yaptırılmasının olanaklı olup olmadığı incelenmelidir.

Kabulün varlığının davada belirsiz kaldığı, çelişkili olduğu her durumda, geçerli bir kabul söz konusu olmadığı için, yani kabul HMK 309/son. maddesinde "Feragat ve kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır " hükmü gereğince açık, kayıtsız, şartsız olması gerekmesi nedeniyle, davalı tarafın irade açıklamasının kabul yönünde olup olmadığının sorulması, açıklattırmak istenmesi hâkimin davacı lehine tarafsızlıktan uzak bir tutumla hareket ettiği

[958] Ermenek, s. 15
[959] Tanrıver- Sulh, S. 222
[960] Tanrıver-Sulh, 226; Kuru, s. 610 vd., Alman Hukukunda ise zımni kabul olanaklı görülmüştür. Bkz. Tanrıver-Sulh, s. 226, dn.21'deki yazarlar.

izlenimini uyandırarak hâkimin reddi sebeplerinin doğmasına neden olması olası bir durumdur. Hâkim konum itibariyle, devletin üç erkinden birinin yani yargının taraflar arası ilişkide temsilcisi olduğu gerçeğinde, davalı tarafın kendisini, aslında kabul beyanında bulunmamış ise, baskı altında hissetmesi mümkündür. Bu nedenle hâkimin aydınlatma araçlarını kullanırken soru sormaktan çok açıklatma yaptrması, davalı tarafın gerçek iradesini kendisinin yansıtmasına zemini açması gereklidir.

Talep sonucunun, kabulün konusunu oluşturduğu bir başka durum da, talep sonucundaki hukuki ve ya maddi belirsizlik veya çelişkinin olması durumudur. Bu koşulda, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, öncelikle talep sonucu üzerinde varlık gösterdikten sonra, belirsiz ve çelişkili istem, belirli bir duruma gelmekle, bu konuda aslında davalı taraf lehine bu açıklamaları üzerine hem cevap hem de varsa kabul beyanı yeniden sunulabilmelidir. Davacı, yarattığı belirsizlik ve çelişkiden, davalının süresinde verdiği cevap dilekçesi veya kabul beyanındaki dayanak noktalarını temelden yoksun bırakmamalı, davacının münhasıran dava dilekçesine yönelik açıklamaları üzerine davaya cevap süresi içinde yani beyan üzerine ve beyanla bağlantılı olarak, başlayan ikinci süre üzerine davalı da gerek kabul beyanını gerekse cevaplarını giderilmiş belirsizlikten sonra sunabilmelidir. Bu koşulda, talep sonucu tamamen belirsiz veya çelişkili ise davacı taraf da, hâkimin davayı aydınlatma ödevi üzerine verilen sürede bu belirsizliği gidermiş ise, bu durumda ilk kabul beyanı da geçerli olmamalı, ikinci kez, davalının son talep sonucuna göre bir kabul ve beyanı verip vermediği değerlendirilmelidir.

Davalı tarafın, davanın kabulüne dair beyanı, dava dilekçesinin talep sonucuna dair olsa da, doğurduğu sonucun davalının davadaki konumu açısından olumsuz yönde gerçekleşmesi nedeniyle açıkça kabul iradesini taşıması gereklidir. Kanımızca burada, öğretide de kabulün zımni olamayacağına dair görüşe de katılarak, açık bir “kabul” sözcüğünün ve bu sözcük merkezinde davalı iradesinin de sözcüğü olumlayan, iradesinin

odağına kabulü alan bir ifade kullanması gerekli olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Örneğin, "davacının geçici iş göremezlik zararı kaleminde sunduğu tedavi sürecinde mahrum kaldığı giderlerin ödenmesi istemini ödemeyi kabul ediyorum" ifadesi, kanımızca kabul beyanı olarak kabul edilebilir. Ancak davalı, beden tamlığının ihlaline dair dava temeli olan bir davada, davacının talep sonucunda tüm taleplerini kalem kalem sunması karşısında bu kalemlerden "bakıcı gideri, ulaşım gideri, geçici iş göremezlik zararı" şeklinde talepleri içeren kalemleri saymadan, davacının "beden tamlığı ihlali davasında bedensel zararını kabul ediyorum" şeklinde bir davalı beyanı, belirsizlik içermektedir. Bu noktada, tedavi gideri ve ulaşım gideri kalemlerini de kabul beyanı içinde değerlendirip değerlendirmemek, yorum gerektirecek bir konu da olsa, belirsizliği doğurmuş olacaktır.

Bu esasta, kabul, kayıtsız ve şartsız olması ve süreye, vadeye bağlı tutulamaması ilkeleri nedeniyle somutlaştırılmalı, davalı tarafa davacının örnekteki gibi, alacak kalemlerinden hangisine ya da hangilerine kabul beyanının yöneldiğinin açıklattırılması gereklidir[961]. Burada, talep sonucunun açık olması için hâkimin yapacağı aydınlatma ödevinin bir başka görünümü söz konusudur diyebiliriz, zira yukarıda talep sonucu incelenirken de istemlerin belirginleştirilmesinin gereklerinin, talep sonucunu tanımında da esas alan kabul kavramı yönünden de geçerli olduğunu belirtmek gerekli olacaktır.

3.Feragat Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Davadan feragat, HMK'da davaya son veren taraf işlemleri arasında 307. maddesinde[962] düzenlenmiştir. Hüküm, davadan feragati tanımlanmış, kanımızca usûl hukuku yönünden sınırını da çizmiştir. Madde sözüne göre, feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi şeklinde tanımlamasını bulmuştur. Davadan

[961] Tanrıver- Sulh, s. 226 vd

[962] "***Davadan feragat***
MADDE 307- *(1) Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir."*

feragat, tasarruf ilkesinin belirgin bir yansımasıdır[963], zira HMK 24. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında *"Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder"* şeklindeki düzenleme, doğrudan somut bir yansıma olarak kendisini 307.maddede göstermiştir.

Davadan feragat, kabul ile HMK 309. maddesi uyarınca aynı şekli koşullara tabi tutulmuştur. Feragatin zamanlaması, sonuçları ve yargılama giderlerinin akıbeti yönünden de aynı esaslar benimsenmiştir. Feragat ve kabul arasında, davanın sonucu yönünden tam ters sonuçlar elde edilse de davadan bu işlemler yönünden neredeyse aynı usûller uygulanmaktadır.

Davada, davayı davacı sona erdirdiğinde feragat işlemi yapılarak davalı lehine olmak üzere dava feragat nedeniyle reddedilerek, kabul ile sona erdiğinde ise dava kabul ile davacı lehine sonuçlanacaktır[964]. Öğretide, bir yaklaşım, davacının feragat beyanından sonra, mahkemece feragat nedeniyle davanın reddine karar verileceğini[965], bir başka yaklaşım ise karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerektiği[966] ileri sürülmüştür. Bu konuda, bizce davadan feragat halinde bir daha aynı konuda yeniden dava açılamaması, feragatin kesin hüküm teşkil etmesi nedeniyle[967] esasa ilişkin olarak maddi haktan vazgeçilmesi durumunun da gözetilerek davanın reddine karar verilmesinin daha tutarlı olacağı düşünülmektedir.

Davadan feragat beyanı da, davaya son veren diğer taraf işlemleri gibi belirsiz veya çelişkili olarak dava dosyasına girmiş ya da sunulmuş olabilir. Davacı, davadan feragate ilişkin beyanını mahkemeye sunarken, söz gelişi davadan vazgeçmeye yani davanın geri

[963] Tanrıver-Usûl, s. 999
[964] Akyol Aslan, Leyla: Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 375 vd.
[965] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.559
[966] Tanrıver-Usûl, s.1010
[967] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s.433

alınması niteliği taşıyacak şekilde iradesini yöneltmiş olabilir. Bu durumda, HMK 123.maddesi açısından beyan "geri alma" olarak değerlendirildiği takdirde, davalının muvafakatine, diğer bir deyişle "açık rızası" ile hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bunun yanı sıra, HMK 150. maddesinin ilk fıkrasında, tarafın davayı geri almadan ya da feragat etmeden ayrı bir tür olarak davayı takip etmeme, dosyanın işlemden kaldırılması durumu düzenlenmiştir[968]. Tarafların davayı takip etmeme yönündeki beyanı, davadan vazgeçme veya davadan feragat ile "ifade biçimi" nedeniyle karıştırılabilecek bir beyan olarak karşımıza çıkabilir. Davacı taraf, "bu davanın sonuçlanması uzun sürecek, gidip gelmeye gücüm yok, sürdüremeyeceğim" şeklindeki bir beyanı, davanın geri alınması-davayı takip etmeme-davadan feragat kavramları ekseninde ne kadar tartışılırsa tartışılsın, iradenin doğru yansımamış olması, hukuki bir belirsizlik olarak düşünülmeli, hâkim tarafından her bir kavramın hüküm ve sonuçlarını tarafa belirtip, ki burada HMK 27. maddeden doğan bilgilendirme, HMK 31. maddesinin gerekçesinden gelen müzakere ödevi gereğince yasal sonuçlar açıklanıp, tarafın bunlar karşısındaki 24. maddeden gelen tasarruf ilkesinden doğan hakkı gözetilerek iradesi yeniden sorulmak suretiyle bu belirsizlik hâkim tarafından aydınlatma ödevinin gereği üzere giderilmelidir.

Feragat olarak kabul edildiğinde ise, HMK 309/2. maddesi gereği davalının açık rızası veya muvafakatine bağlı bir sonuç öngörülmemiş, açıkça bu bağlılığın aranmayacağı düzenlenmiştir. Feragat durumunda davacı, aynı şekilde hakkın yani dava konusu edilen ve bu surette hukuken korunması istenen haktan vazgeçilmesi anlamına gelmektedir. Davanın geri alınmasında ise, dava konusu haktan vazgeçme iradesi olup olmadığı aranmamakta, hakkı etkilemesi söz konusu olmamaktadır[969]. Böylesi bir örnekte görüldüğü üzere, beyandaki

[968] *"**MADDE 150-** (1) Usûlüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilir.* (…)*(5) İşlemden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde yenilenmeyen davalar, sürenin dolduğu gün itibarıyla açılmamış sayılır ve mahkemece kendiliğinden karar verilerek kayıt kapatılır."*

[969] Akyol Aslan, s. 76

belirsizlik giderilmeden davanın durumu yani sonuçlanması yönünden hâkim tarafından karar verilemeyecektir. Belirsizliğin gideriminde de, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kuralı uygulanmalı ve davacıya beyanının açıklattırılması gerekmektedir.

Bir diğer önemli nokta da, davacı, HMK 307. maddesi gereğince ancak talep sonucundan feragat edebilecektir. Bu feragat maddi vakıayı yani dava temeli olan, davaya neden olan olayın varlığını inkar anlamına gelmemektedir. Bir diğer ifade ile, davacı tarafından dava konusu olayın gerçekleşmediğini ikrar etmiş gibi değerlendirilmeyecektir. Davacı, feragat konulu dilekçesinde, "dava konusu olaydan ve davadan feragat ediyorum" şeklindeki bir beyanda bulunmakta ise bu durumda davacının talep sonucuna dair bir netleştirme veya dava sonucuna dair özelleştirme yapılmamış ise bu durumda davacı tarafa, hâkimin tarafsızlık ilkesinden taviz vermeksizin, feragat sözcüğünü kullanmasından yola çıkarak, feragat edip etmediği açıklattırılmalıdır. Eğer feragat beyanı sözcük olarak feragati içermemekte ise, HMK 309/son maddesi gereğince kesin ve koşulsuz olarak feragatin yapılması gerektiğinden, kural olarak geçerli bir feragat sayılmayacak olduğu düşünülse de, HMK 31. maddesi, hâkime davayı aydınlatmayı bir ödev olarak yüklediğine göre, davada hiç bir beyanın, dilekçenin ve delilin, belirsiz ve çelişkili kalmaması gerektiğinden böylesi şekilde feragat sözcüğünü içermeyen ve feragat olarak kabul edilmeyecek bir dilekçesinin de aydınlatılması, davacı iradesinin ne yönde olduğunun belirli duruma getirilmesi gerekmektedir. Feragat beyanında, davacının iradesi belirli olarak mahkemeye ve dava dosyasına yansımaz ise, bu yaptırımın bir anlamı da olmayacak, hâkimin davayı görüp görmeyeceği, yani davada, dava sona ermiş olup olmadığı belirlenemediğinden ne işlem yapacağı da çözümü bekleyen bir soru olarak kalacaktır[970].

[970] Bu konuda öğretide, davanın ancak feragat esas alınarak mahkeme kararı ile sona erebileceği ve aksi yönde de davanın mahkeme kararına gerek olmaksızın doğrudan feragat ile sonuçlanabileceği temelinde iki zıt görüş ileri sürülmüş ve tartışılmıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol Aslan, s. 385 vd.

Böylesi bir dilekçe içeriği belirsiz bir dilekçe olarak mı, yahut uygunsuz-ilgisiz bir dilekçe olarak mı değerlendirilecektir? HUMK'da 78. maddesinde ve HMK 32/2. maddesinde yer alan "okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve bu dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse tekrar süre verilmez." şeklindeki düzenlemenin HMK 31. maddede yer alan hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasında da temel teşkil ettiği madde gerekçesinde yer almaktadır. HUMK 78. maddesi ile HMK 32. maddesi arasındaki temel fark gene maddenin Adalet Komisyonu gerekçesinde belirtildiği gibi, dilekçenin iadesinin hak arama özgürlüğü ve savunma hakkını kısıtlaması nedeniyle yeni düzenlemede kaldırılmış olmasıdır. Ancak iade edilmemiş dilekçenin dosyada kalmasına karşın, uygunsuz durumu giderilmemiş olmasının tek yaptırımı ikinci bir süre verilmemesi olarak düzenlenmiştir.

Öğretideki tartışmalardan ayrı olarak, bu konudaki aynı belirsizlik hangi görüş benimsenmiş olursa olsun davanın yönü açısından, belirli hale getirilmesi gereklidir. Bu nedenle, feragatin gerçekten tarafça istenip istenmediği, taraf üzerinde baskı olarak kurulmadan hâkim tarafından, HMK 154/3/(ç)[971].maddesi gereğince zorunlu olarak HMK 31. madde çerçevesinde kendi beyanı, baskı hissetmesi olasılığı ortadan kaldırılması için, davacıya okumalı, bu beyanı ile istemi yeniden sorulmalı, özellikle ihsası rey ile bulunduğu izlenimi yaratmadan feragatin sonuçları ve vazgeçmenin sonuçları belirtilerek tarafın gerçek iradesi araştırıldıktan sonra tutanağa yazılması, davacı tarafa imzalatılması zorunludur. Bu zorunluluk, HMK 31. maddesinin uygulanması sonucunda, davacının beyanının iradesi ile çelişmeden yansıması açısından oldukça önemli ve isabetlidir.

IV. Asli Müdahale Dilekçesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

[971] *"(...) (3) Aşağıdaki hususlar mutlak olarak tutanağa yazılır:*
ç) Beyanda bulunana okunmak ve imzası alınmak kaydıyla ikrar, yeminin edası, davanın geri alınmasına muvafakat, davadan feragat, davayı kabule ilişkin beyanlar ve sulh müzakereleri ile sonucu."

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin etki alanı açısında değerlendirilmesi gereken bir başka dilekçe türü de asli müdahale dilekçesidir. Asli müdahale[972], HMK 65. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilecek olup, bu dava ile asıl yargılama birlikte yürütülüp karara bağlanacaktır. Bu durumda, madde metninden anlaşılan teknik olarak asli müdahalenin bir dava olduğu[973], bu nedenle içinde temel bir vakıa ve taraf içermesi gerektiği belirtilebilir. Asıl dava ile ortak dava konusu söz konusudur. Asıl davada uyuşmazlığın konu edildiği hak veya bir malvarlığı asli müdahale davasının konusunu oluşturmaktadır. Asli müdahale, öğretide, üçüncü kişinin açılmış bir davaya müdahalesi olmayıp, asıl davanın taraflarına veya çekişmesiz yargı işinin ilgililerine karşı açılan bir dava olarak tanımlanmıştır[974].

Tanımlamadan da anlaşılacağı üzere, HMK 65. maddesi lafzi ile birlikte değerlendirildiğinde, asıl uyuşmazlık konusu olan hak veya malvarlığına dair tüm belirsizlik ve çelişkiler, HMK 31. madde uygulamasına tabi tutmakta bir engel içermemektedir. Asli müdahale bağımsız bir dava olduğundan[975], davanın aydınlatılması için "dava" sözcüğü yönü ile ilkeye uygulama zemini olabilecek bir kurum olduğu söylenebilir.

Öğretide, asli müdahalenin amacı olarak, HUMK yürürlüğü döneminde, henüz daha asli müdahale açıkça düzenlenmemişken, tasarruf ilkesi ve taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkeleri egemenliği ile resen hâkimin harekete geçmesi ilkelerinin benimsendiği

[972] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kodakoğlu, Mehmet: Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale, Ankara 2018 (Asli Müdahale) , Mazlum, İsmet: Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale, Ankara 2019

[973] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.520; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.494; Üstündağ, Yargılama,s.381; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s.771; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.157; Umar-Şerh, s.225; Yılmaz-Şerh,C.I., s.1330 vd.; Tanrıver, Usûl, s.546; Karslı, s.320; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.294; Budak/Karaaslan, s.120; Postacıoğlu/Altay, s.335; Kuru,s.513; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.387; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes,s.232; Kodakoğlu, Asli Müdahale, s. 89, Mazlum, s.26

[974] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 232, çekişmesiz yargıda asli müdahalenin olanaklı olduğuna dair bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 519

[975] Kuru/ Arslan/Yılmaz, s. 521

davalarda, dava konusu üzerinde taraflar dışında üçüncü kişilerin de hak sahibi olması, hukuki yararın da bulunması durumunda, üçüncü kişilerin davaya katılıp hak iddia etmeleri halinde kabul edilmiş ve bu suretle hak kaybının önleneceği böylece aynı konuda hukuki yararın olanların tüm iddia ve savunmalarının birlikte inceleneceği ve uyuşmazlığın daha iyi aydınlanmasının söz konusu olacağı ifade edilmiştir[976]. Bu görüş ile medenî yargılama hukukunun amacının maddi gerçeğin ortaya çıkması temeli de esas alınsa da, getirilecek dava malzemesi ile davanın daha iyi aydınlanacağı açıktır[977]. Öğretideki bu görüşü benimseyen yasa koyucu, HMK 65. madde düzenlemesinde ve hükümet gerekçesi ile asli müdahalenin amaçları arasında hem gerçeğin ortaya çıkarılmasını hem çelişkili kararların önüne geçilmesinin hem de hukuki dinlenilme hakkının tam olarak gerçekleştirilmesinin yer aldığını belirterek ifade etmiştir. Burada, asli müdahale davası böylesi bir amaca hizmet etse de hâkimin davayı aydınlatma faaliyetinde, asli müdahale verilerini hem asıl dava taraflarına onların taleplerini, dava malzemelerindeki belirsizlik ve çelişkiyi gidermekte, hem de asıl dava taraflarının getirmiş olduğu dava malzemesini asli müdahile karşı bir belirsizlik ve/veya çelişki olarak yöneltmek şeklinde bir çalışmaya yönelebilir. Asli müdahale, yukarıda da belirttiğimiz gibi, başlı başına bir belirsizlik doğumuna neden olan bir etkendir.

Asıl davada, HMK 31. madde uygulanmamış belirsizlik ve/veya çelişki giderilmemişse davanın tarafı olan asli müdahil de bu belirsizlik ve çelişkide beyanda bulunabilecek davanın aydınlanması için kendisinden delil istenebilecek konumda olarak kabulünde bir engel görülmemektedir. Ancak bu durumda, asli müdahilin, müdahil olduğu asli müdahale davasından ayrı olan asıl davaya dair dava konusu dışında bir aydınlatma faaliyetinde bulunmaması yani somutlaştırma yapmaması, delil göstermemesi asli müdahil aleyhine değerlendirilmemelidir.

[976] Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995, s.17
[977] Özekes, s. 18

Asli müdahil ile ilgili hâkimin davayı aydınlatma ödevinin varlığına dair konuda, iki konu değerlendirilmesi gereken önemli konulardır. Bu konulardan ilki, asıl davada, dava konusu hak veya malvarlığı üzerinde asli müdahilin de bir başka vakıa ileri sürülebilmesi ya da asıl vakıaya bağlı kendi lehine bir hak iddiasında bulunması, başlı başına asıl dava açısından, hukuki niteleme ve değerlendirme yönünden belirsizlik yaratacaktır. Ancak bu belirsizlik hukuki yöndedir. HMK 31. maddesi, hukuki belirsizliğin de kendi uygulama alanı içinde olduğunu işaret etmektedir. Bu nedenle asli müdahale davasının aydınlanmasına kadar, davanın taraflarının yer aldığı bir uyuşmazlıkta, ya yeni vakıa ya da yeni bir hak iddiası ile katılan asli müdahilin de, uyuşmazlık ile ne yönden ilgili olduğunun anlaşılmasına kadar süren bir belirsizlik söz konusudur. Örneğin, bir taşınmazın TMK 713. maddesine göre, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetinin kazanılmış olduğunun ileri sürüldüğü bir durumda, asli müdahale eden bir kişinin ileri sürdüğü yeni vakıalar dava temeli vakıada bir belirsizlik ve daha beklenen şekilde, bir çelişki doğurabilir. Bu nedenle, asli müdahale ile birlikte, Ön inceleme yapılması, asli müdahilin istemleri ile davanın diğer taraflarının da savunmalarının yeniden saptanması, bu istem ve savunmaların ifade edilişinde gene bir belirsizlik ve çelişki varsa, sundukları delillerin belirsizlik veya çelişki içermesi söz konusu ise, gene HMK 31. maddesi uygulanacaktır.

Asli müdahil ile ilgili hâkimin davayı aydınlatma ödevinin varlığına dair ikinci konu da, davada Ön inceleme aşamasında dava temelinin yani uyuşmazlığın tespit edilmiş olması durumunda asli müdahale ile davaya üçüncü kişinin katılması ile davanın asıl tarafları açısından asli müdahalin de kattığı vakıalar kaşsısında, ön incelemedeki tespitlerin bağlayıcılığı olup olmayacağı, savunmanın bu durumda değişip değişmeyeceği ve ön incelemede HMK 31. maddesi gereğince aydınlatma faaliyeti yapılıp sonuç alınmışsa, asli müdahale halinde, bu sonuç ve tespitlerin nasıl değerlendirilmesi gerekeceği sorunudur. Kanımızca, bu durumda, davadan sonradan meydana gelen bir asli müdahale, başlı başına

yeni bir durum olarak değerlendirilmeli, taraflar ikrarları ile bağlı olmak üzere, asli müdahale davasının, asıl davadaki davacı ve davalısı olan tarafı da davalısı olarak yer alacağından , bu tespitler HMK 31. madde uygulaması açısından, aşağıda değineceğimiz, hâkimin davayı aydınlatma ödevi sınırlarında olduğu gibi, maddenin uygulamasında, ayrıca, ara karardan da her zaman rücu olanaklı olduğundan ve de sayısal bir sınırlama da olmadığı düşünüldüğünde bağlayıcılık niteliği göstermeyecektir. Asli müdahale durumunda HMK 31. madde gereğince, yapılmış tüm tespitlerin yapılması gerekli olmasa da, asli müdahalenin getirdiği vakıa ve delillerin belirsizlik ve çelişki doğurması durumunda yeniden değerlendirilmesi ve tespit yapılması gerekli olabilecektir.

Asli müdahale ile davaya katılımdan katılımdan sonra ilk olarak asli müdahale davası için de ayrı bir Ön inceleme yapılarak, tespitlerde bulunulması gereği, asli müdahilin diğer taraflar karşısındaki konumu belirlenmelidir[978]. Bu sırada da HMK 31. maddesi uygulama alanı bulabilecektir. Hâkimin uyuşmazlığa dair hem delil hem vakıa olarak sunulan dava malzemesinden dava sonunda vereceği karar için net bir düşünceye ulaşması , bu yönde sağlıklı bir algı geliştirebilmesi, bunu yaparken de asli müdahale davası ile asıl davanın iddia, savunma, deliller ve vakıalar yönünden bir akıl yürütmeyi gerektiğinde zihninde her iki davayı hem ayrı ayrı hem de birbirine etkisi açısından değerlendirmesi gerekecektir. Bu akıl yürütme çalışması ve sonuçta bir kanıya ulaşmak, hâkimde kanımızca "algılama karmaşası ve aydınlanamama" durumu yaratabilir. Tahkikat aşaması asıl dava ile birlikte yürütüleceğinden, asli müdahilin davası ile asıl dava delillerinin arasında bir biri ile çelişme, hatta birbirini çürütme durumu söz konusu olabileceğinden HMK 31.maddesinin gerektiğinde ve belki bu tür asıl dava- asli müdahle davası birlikteliğinde çokça uygulanması gerekebilir. Örneğin, TMK 713. maddesinden yani olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyet hakkının doğduğu iddia edilen bir davada asıl dava davacısı ve asli müdahil tarafından ileri sürülmüş

[978] Mazlum, s.200

olduğu, her ikisinin de tanık deliline dayandığı, hatta hava fotoğraflarında dava konusu tarlanın ortasında bulunan kuyunun asli müdahil tarafından açıldığının ileri sürülmesi karşısında, asli müdahilin tanıklarının beyanları ile asıl dava davacısının tanıklarının beyanları çelişebilecek, bir birini çürütebilecek nitelikte olabilecektir. Böylesi durumlarda hâkimin hem tanıklar yönünden aydınlatma faaliyetinde bulunması hem de asli müdahil tarafından açıldığı iddia edilen kuyunun asıl dava davacısının delilleri karşısındaki durumuna göre yeni delil isteyip istemeyeceğine karar vermesinde ve yeni delil istemesi, sorular sormasında yasal dayanağı HMK 31. madde olacaktır.

V. Feri Müdahale Dilekçesi ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Feri müdahale dilekçesi de HMK 31.madde uygulamasına konu olup olmayacağı yönünden değerlendirilmeli ve incelenmelidir.

HMK 61-70.maddeler arasımda davanın ihbarı kurumu ile düzenlenmesini bulan feri müdahale kurumu[979], aslında davanın ihbarından gene farklı olarak ele alınmış; ancak ihbar sonucu ihbar olunanın alacağı bir tavır şekli olarak HUMK'ta 53-58.maddeler arasında düzenlenen feri müdahalegene davanın ihbarı dahilinde bu durumu aslında korumuştur[980].

Fer'i müdahale HMK 'da düzenlenirken, 66.maddesinde, üçüncü kişinin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan tarafa yanında,ona yardımcı olmak amacıyla tahkikatın sonuna kadar davada yer alabilmesi yetkisi kapsamında düzenlenmiştir. Öğretide de üçüncü kişinin bir şekilde davaya katılma olanağına sahip olduğu bir kurum olarak tanımlanmıştır[981]. Fer'i müdahil davada yanında davaya katıldığı tarafın yardımcısı konumundadır. HMK 68. madde gereğince, fer'i müdahil yararına davaya katıldığı tarafla birlikte hareket edecektir.

[979] Pekcanıtez, Hakan: Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 19
[980] Pekcanıtez, Fer'i müdahale s.110 vd.
[981] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.222; Kuru/Arslan/Yılmaz s.514

Fer'i müdahilin lehine davaya katıldığı taraf ile birlikte hareketinin esas olmasının bir sonucu olarak, öğretide fer'i müdahilin lehine katıldığı tarafın iddia ve savunmasını tamamlayabileceği, lehine katıldığı tarafın yetkili olduğu sürece fer'i müdahilin delil de gösterebileceği belirtilmiştir[982].

Fer'i müdahalenin hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından önemi; bu kurumun amacından yola çıkılarak kanımızca daha iyi analiz edilebilecektir. Öğretide kurumun amacının,üçüncü kişinin davaya katılarak,bu dava sonunda verilecek nihai kararın kendisini olumsuz yönden etkilemesini önlemesi olarak ifade edilmiştir[983]. Fer'i müdahil,usûl işlemlerini sınırlı olarak yapsa da[984] amaç yanında katıldığı tarafı korumak hukuki durumunu yanında katıldığı tarafın lehine olacak şekilde sağlamak,delil sunmak böylece kendi hukuki yararını da gerçekleştirmektir. İkinci bir amaç olarak da,usûl ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesi ileri sürülmüştür[985]. Böylece fer'i müdahil davada yanında davaya katıldığı tarafın davayı kazanması için yardım ettiğinde kendisine karşı dava açılmasına gerek kalmadığı gibi;bu da yargıdaki iş yükünü azaltmakta, fer'i müdahale etkisi ile de katılınan dava sonucu verilen hükmün yanlış olduğu ileri sürülemeyecektir.Bu yönü ile de,bir bakıma vakıa aydınlanmasına da hizmet ettiği belirtilebilir.

Öğretide hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile kanımızca doğrudan bağlantılı olarak ileri sürülen fer'i müdahalenin amaçlarından sonuncusu da "uyuşmazlığın daha iyi açıklanabilmesi" amacıdır. Öğretide fer'i müdahalenin bu amacının olduğu,davaya fer'i müdahil olarak katılan kişinin davada, lehine katıldığı tarafın elinde olmayan ya da

[982] Kuru/Arslan/Yılmaz s.516
[983] Pekcanıtez, Fer'i müdahale,s.21
[984] Pekcanıtez,Fer'i müdahale,s.22
[985] Pekcanıtez,Fer'i müdahale,s.22

ulaşmadığı ya da ulaşamadığı delilleri mahkemeye sunarak, dava temeli olarak uyuşmazlığa esas olayların daha iyi açıklamasını sağladığı ifade edilmiştir[986].

Uyuşmazlığın daha iyi açıklanabilmesi amacı incelenirken, medenî yargılamanın amacından hareket ederek, şekli gerçeğin mi, maddi gerçeğin mi amaç olduğu[987] değerlendirilmiştir; biz adil yargılanma hakkının gerçekleşmesinin medenî yargılamanın amacı olduğu görüşünde olduğumuzu belirtmiştik, ancak Pekcanıtez, feri müdahalenin uyuşmazlığı daha iyi açıklayabilmesi amacını incelerken maddi gerçeğe ulaşılmasının tek amaç olduğunu ifade etmiştir. Kanımızca maddi gerçeğe ulaşmak için olmasa bile, sadece dosyadaki dava malzemesinin belirsizlik ve çelişkisinin giderimi için feri müdahale kurumu işlevseldir. Feri müdahalenin açıklamaları ve delilleri, bu anlamda dava temeli olayları olsun tarafları sunduğu kanıtları olsun daha anlaşılır ve karar verecek düşünsel ve somut kanıya hâkimi ulaştırıcı etkiye sahip olmalıdır. Bu nedenle, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin muhatabı her ne kadar HMK 31. madde sözünde taraflar olarak anlaşılsa da, feri müdahale kurumunun işlevi zaten lehine katıldığı tarafa yardımcı olmak olduğundan, bu yönde bir işlevin yerine getirilmesinde, feri müdahilin davadaki varlık sebebi ile anlaşılacağı üzere, hâkim tarafından sorgulanması söz konusu olabilecektir.

HMK 66. ve 67. maddeleri gereğince, davaya müdahale dilekçesi ile feri müdahillik gerçekleştirilecektir. Bu dilekçede, lehine ve yanında katılmak istediği dava tarafını, müdahale gerekçesini, müdahale dayanaklarını da açıkça belirtmesi gereklidir[988]. 67. maddenin hükümet gerekçesinde, müdahilin hangi taraf yanında feri müdahil olarak katılacağı konusunda tereddüt olmaması gerektiği, üçüncü kişinin hukuki yararının olması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede bu doğrultuda, müdahale sebebi ve buna dair somut temellerin de müdahale dilekçesinde yer alması gereğine işaret edilmiştir.

[986] Pekcanıtez, Feri Müdahale, s. 23
[987] Wieser, E.: Die Interventionswirkung, nach §68 ZPO, 22 P. 79, s. 28 (nakleden Pekcanıtez, dn.33, s. 23
[988] Karslı, s. 316

Gerekçe ile birlikte değerlendirme yaptığımızda, feri müdahilin davanın tarafının belirsiz ve çelişkili bıraktığı noktalarda, yardım görevi gereği açıklama ve delil gösterme faaliyetinde bulunmasının yanı sıra, davadaki konumlanışında bir belirsizlik ve çelişki sözkonusu olduğu bir müdahale dilekçesinin de aydınlatılması gerekecektir. Özellikle üçüncü kişinin müdahalesinin hangi tarafın yanında davada yer alacağının açık ve anlaşılır olması, yer alma gerekçesinin de belirgin olması gereklidir. Bu durumda, bir davada, sırf duygusal bağlar ile destek olmak, taraf yerine söz söylemek, adeta vekil gibi hareket etmek amacı ile davaya üçüncü bir kişinin müdahalesi, hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Bu nedenle, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kanımızca her ne kadar tarafları muhatap alacak bir madde gibi düzenlenmişse de böylesi bir belirsizlik veya çelişki durumunda feri müdahilin de açıklama yapması olanağı tanınmalıdır. Lafzi bir yorum ile değerlendirme yapıldığı durumda ise, HMK 67/2. maddesi gereğince üçüncü kişiyi dinlemeyi gerek görmesinin bu noktada zorunlu olduğu kabul edilmelidir.

VI. Bekletici Sorun- Ön Sorun ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile, bekletici sorun ve ön sorun kurumlarının bağının olup olmadığının da incelenmesi gereken bir konudur. Bu inceleme gereği, bekletici sorun ve ön sorun kavramlarının "sorun" sözcüğünden doğan bir belirsizlik içermesi durumudur. İki kurumun kısaca ayrı ayrı incelenmesi ile, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile aralarındaki bağlantının boyut ve niteliği de tespit edilebileceği kanısındayız.

Ön sorun kavramı, mevzuatta, HMK 163 ve 164. maddelerinde düzenlenmiş olmasına karşın, her ne kadar HUMK meriyeti döneminde 222. maddede hadise kurumunda düzenlenmişse de, tanımlanmamıştır. Öğretide, başka bir sorunun çözümü için yapılan yargılamaya amaçsal yönden hizmet eden sorun olarak[989] ve de uyuşmazlığın çözümünde

[989] Aşık, İbrahim: Medenî Usûl Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012, s. 40

ortaya çıkan yan (tali) uyuşmazlıklar olarak tanımlanmıştır[990]. Bir başka ifade ile esas davadaki mikro düzeyde dava, uyuşmazlık olarak ifade edilmiştir[991]. Bekletici sorunun da bir tür ön sorun olduğunu, ancak bir başka mahkeme veya idari makamın kararı arandığından farklı bir düzenlemeye tabi tutulduğu belirtilmiştir[992]. Ön sorunun, davaya bakan mahkemece karar verilmesi gerektiği, bir dava olarak ayrıca değerlendirilmeyeceği ileri sürülmüştür[993].

Ön sorunların, her zaman taraflarca ileri sürülmesi gerekli olmadığı gibi, ilk itirazlar gibi bazı ön sorunların ise, taraflarca ileri sürülmesi gerekebilir[994]. Ön sorun bu temelde, sözlü veya yazılı olarak ileri sürülebilir. Ön sorun hakkında karar verilmesi için, HMK 164. maddesi gereğince hâkimin tarafları çağırıp dinlemesi söz konusu olduğu gibi, dosya üzerinde de inceleme yaparak karar verebilir. Tam da bu noktada, davada hukuki veya maddi açıdan bir belirsizlik ve çelişki tespit edilirse, hâkimin ön sorunu incelerken tarafları dinlemesi ve onlara ön sorunun giderimi yönünde delil bildirmek için süre vermesi gerekir. Bu hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gereğidir. Örneğin, senedin sahteliği ileri sürüldüğü bir davada, sahteliğin ispatı ve incelenmesi HMK 208/3.madde gereğince bir ön sorundur[995]. İlk itirazların incelenmesinin de 117/3. madde gereğince ön sorun olarak yapılacağı düzenlenmiştir[996]. Bu durumda, ön sorunların her zaman, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamında olduğunu ileri sürmek olanaklı olmasa gerektir. Zira, dava malzemesi ön sorunu incelemek için yeterli veya ön sorunun ileri sürülmesi gerekli ise, bu durumda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanması ya da varlığını göstermesi söz konusu olmayacaktır. Ancak

---

[990] Aşık, s.42
[991] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s.338
[992] Aşık, s. 43
[993] Aşık, s. 43, dn.107
[994] Aşık, s. 45
[995] Aşık, s. 49; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 481
Madde metnini incelediğimizde bu sonuca varmak olanaklıdır :
*"**MADDE 208**- (...)(3) Bir belgenin sahteliğini iddia eden kimse, bunu aynı mahkemede ön sorun şeklinde ileri sürebileceği gibi, bu konuda ayrı bir dava da açabilir."*
[996] *" **İleri sürülmesi ve incelenmesi***
***MADDE 117-** (1) İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi hâlde dinlenemez.*
(2) İlk itirazlar, dava şartlarından sonra incelenir.
(3) İlk itirazlar, ön sorunlar gibi incelenir ve karara bağlanır."

uyuşmazlığın çözümü için, hâkimin uyuşmazlığın tespit ve değerlendirilmesi için gerekli bir belirsizliğin giderilmesi için bir ara karar vermesi gerekli ise bu durumda ön soruna işaret ederken delil sunulmasının istenilmesinin de HMK 31/son. maddesinin de bir gereği olacaktır.

Bekletici sorun ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilişkisi de ayrıca incelenmelidir. Bekletici sorun, HMK 165. maddesinde düzenlenmiştir. İlk fıkrasında, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine ya da dava konusu ile ilgili bir hukuki ilişkinin varlığına, kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkemece o davanın ya da idari işlemin sonuçlanmasına kadar, yargılamanın bekletilebileceğini düzenlemiştir.

Bekletici sorunun ön sorundan farkı, bir başka mahkeme kararı veya idari işlemin beklenmekte oluşudur. Davadaki her ön sorun, bekletici sorun olarak kabul edilmez[997]. Asıl sorunla birlikte ve asıl sorunun çözümü için, asıl uyuşmazlıktan önce karar verilmesi gereken konu aynı mahkemenin görev alanındaysa, bu sorun ön sorun olmasına karşın, bekletici sorun yapılmaması gerektiği, ön sorun olarak çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir[998].

Bekletici sorun, öğretide, zorunlu bekletici sorun ve ihtiyari bekletici sorun olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir[999]. Mevzuatta, zorunlu bekletici sorun, açıkça, davanın geri bırakılmasını gerektiren durumlar yönünden, Anayasa'nın 52. maddesi kapsamında, görülen bir davada, davaya bakmakta olan hukuk mahkemesi, uygulanacak yasa maddesini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görürse, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Bir diğer zorunlu bekletici sorun yapılmasını gerektiren durum da, adli yargı yolu ile idari yargı yolu arasında olumlu görev uyuşmazlığı çıkması durumu olup, UMK 18. maddesi gereğince Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından karar verilinceye kadar dava geri bırakılır. Bir

[997] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 482
[998] Karslı, s. 616; Pekcanıtez, Bekletici Sorun- Meselei Müstehire, DEÜHFD,C1, S.1, İzmir 1980 s. 253; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 482
[999] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 483; Özekes, Pekcanıtez Usûl , s. 1424; Karslı, s.510 ,

başka bekletici sorun durumu da, İİK 68/IV. maddesi gereğidir. TMK 605. maddesi kapsamında murisin terekesinin borca batık olduğunun, icra mahkemesinde ileri sürülmesi durumunda bu konuda icra mahkemesi tarafından borçluya terekenin borca batık olduğunu tespit için dava açılması yönünde süre vermesi ve bu davanın sonuçlanmasının beklenmesi gereklidir.

Mahkeme tarafından, bekletici sorun yönünden HMK 165/2. maddesine[1000] göre kendisine ispat yükü düşen tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu hususta iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilecektir. Bu durumda, bekletici sorun, zaten davada aydınlanması gerekip de hâkimin doğrudan bir yargılama ile aydınlatamadığı duruma dair taraftan, mahkeme kararı ya da idari işlem istediği bir kurumdur. Bu da 31/son maddesindeki "delil isteme" ödevine isabet edebilecektir. Hâkim tarafından aydınlatma ödevi yerine getirilmek istenirken davanın ilgili tarafının bu yönde kendine düşen gerek somutlaştırma gerekse ispat yüklerini yerine getirmemesi de bu tarafın aleyhine sonuç doğuracaktır.

İhtiyari bekletici sorun ise, öğretide iki olasılık ekseninde incelenmiştir. İhtiyari bekletici soruna dair asıl uyuşmazlığa bakan mahkemenin takdiri önemlidir. Mevzuat yönünden, hâkimi, davada bir sorunu bekletici sorun yapması için zorlayıcı bir durum olmadığı, hâkimin bekletici sorun yapmakta takdir yetkisinin olduğu bekletici sorun türü olarak ifade etmek mümkündür[1001]. İhtiyari bekletici sorun konusunda ilk olasılık, görülmekte olan bir davanın bekletici sorun yapılmasıdır. Öğretide, bu konuda iki dava arasında bağlantı bulunması gerektiği ifade edilmiştir; aynı hukuk mahkemesinde açılmışsa, bu durumda iki

[1000] *"**MADDE 165** –(...)(2) Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu hususta iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir."*

[1001] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 486; Karslı, s.616; Aşık, s. 72

davanın birleştirilmesi ve ön sorun olarak incelenmesinin yararlı olacağı belirtilmiştir[1002]. Aynı yargı çevresinde açılmışsa, bu durumda hangi dava daha ileri aşamada ise, diğerinin onu beklemesi usûl ekonomisi gereği olacağı ileri sürülmüştür.

Öğretide belirtilen bağlantı şartı, davaların ayrılması ve birleştirilmesine dair hükümlerde ele alınmıştır. Bu temelde, HMK 166.maddesi 4.fıkrası gereğince, dava sebeplerinin ve hukuki sebeplerin aynı ya da benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek özellikte olması durumunda, bağlantının varlığı kabul edilecektir. Aynı sebepten anlaşılması gerekenin, her iki davada dayanılmış aynı maddi vakıalar olduğu, hukuki sebeplerin farklı olmasının öneminin bulunmadığı, ancak talep sonuçlarının farklılığının derdestlik değerlendirmesi yönünden gerekli olduğu ifade edilmiştir[1003]. Örneğin, bir gasp olayına bağlı olarak, hem mala zarar vermekten doğan tazminat davası hem de gasp edilen şeyin iadesine konu olan bir iade davası söz konusu olabilir. Ayrıca, aynı olaydan hareket ederek açılmış bir ceza davası da bulunabilecektir.

Benzer sebep olgusuna gelince, bu konudaki düzenleme HUMK 45/III. maddesinden değişik olarak HMK 166/IV. maddesinde normlaşmış bir kavramdır. Benzer sebep kavramının sınırsız bir takdir hakkı vermediği, sadece benzer maddi vakıaların bulunmasının yeterli olmayacağı, taraflardan en az birisinin aynı olması gerektiği, davalar arasında bağlantı olmasının gerekeceği ve bu bağın da iki dava arası ortak unsurlar yönünden aranmasının isabeti üzerinde durulmuştur[1004].Bir başka yaklaşımla da, bir davada karar verilmesi,başka bir davada tespit edilecek hukuki ilişkinin var olup olmadığına dair karara bağlı ise, iki dava arası bağlantının varlığı kabul edilmesinin gerektiği ileri sürülmüştür[1005]. Benzerlik kavramının somutlaştırılmasında ise, öğretide, "görünüşte benzerlik" ve "amaçsal benzerlik" yönünden

[1002] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 486
[1003] Ermenek, Ayrılma-Birleşme, s. 155
[1004] Ermenek, s.158; Postacıoğlu, Birleştirme,s. 105
[1005] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 503

değerlendirmeler yapılmıştır[1006]. Hukuki nitelik açısından, aynı işlem ya da eylem türüne katılabilen işlem ya da eylemlerden söz ediliyorsa bu durumda görünüşte benzerliğe işaret edilmiş olmaktadır, bu durumda da sadece davaların birleştirilmesinde değil, usûli bir bağ olarak davalar arası bağlantının varlığının belirlenmesinde, hâkimin takdir yetkisinin sınırını usûl ekonomisinin çizmesi gerektiği ifade edilmiştir[1007].

Amaçsal benzerlik yönünden ise, her iki dava sebebini oluşturan maddi vakıaların hukuki değerlendirmede farklı hukuki nitelikte bile olsalar, ortak amaca ulaşmaya yararlı olmasının anlaşılması gereğinden söz edilmiştir[1008]. Amaç ortaklığında, her iki davanın talep sonucu ve dava konusu ile birlikte değerlendirilme yapılmasının gerektiği belirtilmiştir.

Öğretide, davaların ayrılması ve birleştirilmesi konularında ele alınan davalar arası bağlantı ve benzerlik kavramları, bekletici sorun açısından da önem taşımaktadır. Uygulamada sıkça rastlanan bir konu da, ceza davalarının hukuk davalarına etkisi ve hukuk davalarında ceza davalarının bekletici sorun yapılmasıdır. Ceza mahkemesinde beraat kararı verilmesi durumunda TBK 74. maddesi gereği, ceza davasına konu eylem suç vasfında olmadığı, fakat haksız fiil oluşturduğu için beraat kararı verilmişse hukuk hâkimi tarafından bu karar bağlayıcı olmayacak, ancak beraat kararı verilirken maddi vakıalara dair bir tespit yapılmışsa, bu vakıalar yönünden hukuk hâkimini bağlayıcı olacaktır[1009]. Burada sözü edilen bağlayıcılık, kesin delil niteliğindedir. Ayrıca, eylemin varlığı tespit edilmiş ve sanık tarafından yani hukuk mahkemesindeki davalı taraftan kaynaklanan şekilde eylemin oluşmadığı tespit edilmiş ise, bu da, kesin delil olarak hukuk hâkimini bağlayacaktır[1010]. Kusur yönünden ise, gene TBK 74. maddesi kapsamında hâkimin ceza mahkemesindeki

[1006] Ermenek, s. 158 vd.
[1007] Ermenek, s. 159; Alangoya, Dava Ortaklığı, s. 88
[1008] Ermenek, s.159
[1009] Belgin Güneş, Derya: Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019,s.161 vd., Aras, Bahattin, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014, s. 199, Kuru/Arslan/Yılmaz, s.669; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.697 vd.; Üstündağ, Yargılama,s.724; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s.2074 vd. ; Tanrıver-Usûl, s.722; Postacıoğlu/Altay, s.807 ; Kuru,s.777
[1010] Aras, s. 201

kusuru tespiti ile bağlı olmadığını belirtmek de mümkündür. Ceza mahkemesindeki, kişinin kusurlu olmadığına dair tespiti ve bu tespite bağlı olarak vereceği beraat kararı da hukuk hâkimini bağlamayacaktır[1011]. Ceza mahkemesince verilen mahkumiyet kararları ise, mahkumiyet kararı verilmesine neden olan sonuçlar açısından hukuk hâkimini bağlayacaktır; ancak kural olarak mutlak bir bağlayıcılık yönünden belirtilmelidir ki, Nüfus Hizmetleri Kanunu 36. maddesi ve HMK 214. maddesindeki sahtecilik davasına dair istisnalar dışında açık bir hüküm mevcut değildir[1012]. Sanığın hukuka aykırı eylemi, yani ceza hukuku yönünden bir suçu işlediğine dair tespitler sonucu verilen mahkumiyet kararı, kesin delil vasfı ile hukuk hâkimini bağlayacaktır[1013]. İlliyet bağı konusunda da , ceza mahkemesince, sanık ile eylem arasında yapılmış tespitlerin bağlayıcılığı ise, öğretide tartışma konusu olmuştur, bir kısım yazarlar hâkimin bağlı olduğunu[1014], bazı yazarlar ise, ceza mahkemesinde verilen mahkumiyet kararındaki illiyet bağına ilişkin tespitler, hukuk mahkemesindeki davada, illiyet bağının varlığına dair bağlayıcılığı olmayacağını ileri sürmüşler, aynı şekilde, bu esastaki mahkumiyet kararının kusur ve zararın belirlenmesi yönünden de bağlayıcı olmadığı gibi, haksız fiilin, maddi vakıa olarak varlığı yönünden kabulü temelinde bağlayıcı olduğu değerlendirilmiştir[1015].

Öğretideki farklı görüşlerde ise, illiyet bağına ilişkin tespitlerin de maddi vakıanın bir unsuru olduğu, aksinin kabulünün çelişki doğuracağı, hukuk mahkemesi tarafından ceza mahkemesi dosyasında verilecek karar bekletici sorun yapılmışsa, verilecek karar baştan kabul edilmiş sayılarak, hukuk mahkemesinde kesin delil oluşturacağı kabul edilmiştir[1016]. Bir başka görüşte ise, bekletici sorun olarak karar veren mahkemenin bir başka mahkemenin vereceği karar ile bağlı olup olmayacağı yönünde genel bir kural verilmemesi gerektiği, zira

[1011] Arslan, s. 206; Belgin Güneş, s. 198
[1012] Uçakhan Güleç, Sema: Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 2017, s.988 , Aras, s.229
[1013] Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.852 vd; Aras, s.238, Uçakhan Güleç, s.989
[1014] Uçakhan Güleç, s.989
[1015] Kuru/Arslan/ Yılmaz,s. Eren, s. 793; Akcan, s. 154; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 698
[1016] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 699, Aras, s.149

verilecek kararın ileride ne ölçüde bağlayıcı olacağının bilinemeyeceği, verilecek kararın kesin hüküm etkisinden başka örneğin inşai etki de doğurabileceği ifade edilmiş[1017], ayrıca bekletici sorun kararı veren mahkemenin ilgili mahkeme kararını, mevcut davayı etkiyelebileceği olasılığı üzerine beklediğini, ancak bu olasılığın gerçekleşmeyebileceği yani etkilemeyebileceğinin de olasılık dahilinde olduğu ileri sürülmüştür[1018]. Biz ilk görüşe katılmaktayız, zira yasada özellikle TBK 74. maddesinde hangi hallerde bağlayıcı olacağı, hangi hallerde olmayacağı açıkça anlaşılmaktadır, bu kuralın istisnası zaten yasadaki boşluğa isabet edecek bir durum için olabilir ki, burada genel kural oluşturulmasına etki edecek kuvvette olmayacaktır.

Bekletici sorun kavramı da, ön sorun gibi hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilişkisi olan bir kavramdır[1019]. Özellikle ihtiyari bekletici sorun kavramı içinde, bağlantılı davanın belirlenmesinde ve beklenmesinde, bekletici sorun olarak kabul edilmesinde görülen davada bir yarar umulması etkili olmaktadır. Bu yarar da, görülen bir davadaki belirsizliğin giderilmiş olması olacaktır. Aksi durumda, hukuk yargılamasında aydınlanmış bir davada, bir başka dava veya idari işlemin beklenmesi, ancak zorunlu bekletici sorun olması durumu için söz konusu edilebileceği düşüncesindeyiz.

Öğretide, medenî yargılama hukukunun amacının maddi gerçeğe ulaşmak olarak kabul eden görüşlerden hareket ederek, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin HMK 31. maddesinden daha geniş yorumlanması gerektiği, hâkimin görev alanı dışında, ancak çözmeye çalıştığı

[1017] Aşık, İbrahim: Medenî Usûl Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012, s. 187
[1018] Belgin Güneş, s.262
[1019] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, bir kararında bekletici mesele ile HMK 31. Madde bağlantısını açıklığa kavuşturmuştur, "Evli olan davalıların ana bir kardeş oldukları gerekçesiyle Türk Medenî Kanununun 145/3 maddesine dayalı olarak açılan evlenmenin butlanı davasında, eşlerden davalı M. A. nüfus kaydında eşiyle annelerinin aynı kişi oldukları yazılıysa da, kendisinin babasının evlilik dışı birlikte yaşadığı Z. E. isimli kadınla birleşmesinden doğduğunu, ve annesinin belirttiği bu kadın olduğunu ileri sürmüştür. Bu durumda davalılara HMK.31. maddesindeki hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, nüfus kayıtlarındaki bu aykırılığı düzeltmek için dava açması gerektiği hatırlatılıp, bu konuda süre verilmesi, süre gereğince dava açılmışsa sonucunun bekletici sorun yapılması ve gerçekleşecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olmuş; bozmayı gerektirmiştir." (E. 2010/15225 K. 2012/1416 T. 26.1.2012, www.kazanci.com, erişim tarihi 1.9.2017)

uyuşmazlığın çözümü için önemli olan sorun yönünden başka bir mahkemenin ya da idari makamın kararının bekletici sorun yapılabilmesi, bu kapsamda sorunun çözümünü, uyuşmazlıkta, başka bir noktanın çözümüyle sağlayarak davada, karar verilebilecek kanaate getirmeye ulaştırması gerekli olabileceği belirtilmiştir[1020]. Bu durumda, hâkimin, taraflara dava açmak veya başvuruda bulunmak yönünde süre vermesi, aslında, HMK 31/son. maddesinde yer alan delil sunulmasının istenilmesi ile ilgili ve bu ifadenin bir yansıması olarak kabul edilebilir. Yargıtay'ın bazı kararlarında böylesi bir uygulamanın HMK 31. madde gereği verilmesi gereken bir bekletici sorun kararı olduğuna işaret edilmiştir[1021].

VII. Delil Türleri Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

1.Genel Olarak

HMK 31. maddesi sözü itibariyle uyuşmazlığın zorunlu kıldığı durumlara, bu durumlardaki belirsizlik ve çelişkilere işaret etmesinden sonra, bu belirsizlik ve çelişkinin giderimi için "delil gösterilmesini isteyebileceği" düzenlenmiştir. Bu konuda mülga HUMK 75. maddesi üçüncü fıkrası da, isteme eylemini emretme şeklinde düzenlemiş ve daha kuvvetli bir ifade ile yani ödev olduğunu vurgulayıcı şekilde düzenlenmişti. Bu düzenlemeler ile anlaşılmaktadır ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevi sadece taraf beyanlarındaki anlaşılmaz ve içeriği belirlenemeyen, tutarsız noktalar ile sınırlı kalmamalıdır. Delillerin, ileri süren tarafça süresinde sunulmuş olmasına karşın, delil nitelik itibariyle hangi vakıa (olay) için ileri sürülmüşse, o olayı aydınlatmaya elverişli olmayabilir. Örneğin, aşağıda ayrıntı ile inceleneceği gibi, dinlenen tanık beyanlarındaki belirsizlik ve çelişkinin giderilmemesi durumunda, değerlendirilemez bir delilden söz etmek gerekecektir. Bir olayın, ispatı için somut olaya göre, toplanması gereken delillerde, olayın varlığı açısından hâkimin kanısını kuvvetlendirecek veya kanı oluşturacak bir belirleme yapılmamışsa, bu konuda hâkime bir

[1020] Aşık, s.75
[1021] 2. HD, 2010/15225 E. , 2012/1416 K. Sayılı 26.1.2012 tarihli (nakleden Aşık, s. 75, dn.185)

düşünce veremiyorsa, bu nedenle "uyuşmazlığın aydınlatılması" zorunluluğu doğmuş ve belirsizliğin giderilmesi gerekli hale gelmiştir.

Taraflarca hazırlama ilkesinin egemen olduğu bir davada, hâkimin belirsiz delil üzerine getirilmesi gereken delili toplama faaliyetine girişmesi ödevi değildir[1022]. Böylesi bir faaliyet ancak resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olabilecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflarca hazırlama ilkesinin hem katılığını gideren hem de tamamlayıcısı niteliğinde olduğu için, bu durumda bu belirsizlik ve çelişki gene hâkimin bu durumu tespit etmesi ile giderilme yoluna girecektir. Bir delilin tarafça süresinde sunulmasına karşın, uyuşmazlığın çözümü için dava konusu hakkında dava sebebi olaydan doğup doğmadığının anlaşılması için yeterli derecede bir kanı uyandırmamışsa, bu durumda, hâkimin sunulan delilin yerine nasıl ve hangi türde yeniden delil sunulmasını isteyebileceği tartışılmalıdır. Örneğin, bir sigorta poliçesinde "kazadan kaynaklanan tüm zararlar" ifadesinde bir manevi tazminatın da poliçe limiti içinde olup olmadığı tartışmalıdır. Tüm limitin 100.000 TL olduğu varsayımında manevi tazminatın da poliçeye dahil olup olmadığı konusunda HMK 200. madde gereğince[1023] taraflar arası hukuki işlemin 3660 TL[1024] 'den fazla olduğu için takdiri delillerle değil, kesin delillerle ispatlanması gereklidir. Bu durumda, hâkimin yazılı delilin belirsizliği karşısında, kesin delilin bağlayıcılık özelliğinin gözardı edilerek takdiri delillere başvurulması yoluna gitmesine neden olabilecektir. Böylesi durumlarda kesin

---

[1022] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.336; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.155; Üstündağ, Yargılama,s.243; Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s.795 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.183; Tanrıver-Usûl, s.354; Karslı, s.295; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.492; Budak/Karaaslan, s.232; Postacıoğlu/Altay,s.159; Kuru,s.297, Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.337; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes,s.265; Ulukapı, s.120 vd.

[1023] Burada her ne kadar dava konusu olay haksız fiil de olsa, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ispatlanması söz konusu olduğu için yani hukuki fiil değil, hukuki işlem söz konusu olduğu için senetle ispat kurallarının tartışılması gerekecektir. Poliçe içeriğinin ispatı, hukuki bir işlemin ispatı olduğundan bu esasta değerlendirilerek bu sonuca varılmıştır. Zira madde metni incelendiğinde bu sonuca varmak olanaklıdır :

*"**Senetle ispat zorunluluğu***

***MADDE 200-** (1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz."*

[1024] HMK Ek Madde 1 uyarınca 2019 yılı için tespit edilmiş değerdir.

delillerle ispatlanması gereken tüm uyuşmazlıklarda belirsizlik olan her durumda, takdiri delillere başvurmak ve kesin delilin dolanılması sonucu olabilir. Örneğin bir kira sözleşmesinin taşınmazın verilen zarar nedeniyle sonlanması ve tahliye istemli dava açıldığını varsayalım. Davacı tarafın sadece kira sözleşmesini delil göstermesi durumunda, kira sözleşmesindeki taşınmazın teslimindeki durumu ve koşulları yönünden hiçbir ifadenin yer almaması durumunda zarar tutarının da miktar olarak belirtilmemiş olması da varsayılsa, bu örneğe göre hâkim taşınmazın teslimdeki koşulu yönünden taşınmazın kira sözleşmesine göre kullanımının sağlanması, teslim edilmesi ve teslim sırasındaki durumuna göre olumsuz bir durumu olup olmadığının HMK 200. madde anlamında "hukuki işlem" olarak değerlendirilmesi gereklidir; zira kiralayanın borcu, kiralananı kiracıya kullandırmak ve bunun için teslim etmektir. Borcun ifası da, hukuki işlem olduğu, taşınmazın kullanılmak için teslim edilmesi de, bir borç bir edim olduğu için miktar ve değeri HMK 200. maddedeki senetle ispat zorunluluğu kurallarına tabi olarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu konuda örneğe döndüğümüzde, taşınmazın boş ve temiz, hasarsız olarak teslim edilip edilmediği yönünden ispat yükünün tartışılması gereklidir. Kiracının iade borcu, bu durumda taşınmazı aldığı şekli ile, iade ile sınırlıdır. Taşınmazı "aldığı durum", TMK 6. maddesi gereği kiralayanın iadede noksansızlıktan hak elde edecek taraf olduğu TBK 334. madde de dikkate alınarak değerlendirilmesi, bu durumda kiracı kiralayanın sadece sözleşmeye dayanması durumunda hasar tutarı ve hasar olgusunu ispatlayamadığı görülecektir. Hukuki işlemin ispatının gerektiği bir durumda dava konusu ve değerinin HMK 200. maddede senetle ispat kurallarına göre değerlendirme yapılarak kesin delille ispatı gereken bir uyuşmazlıkta, kesin delildeki belirsizlik ve çelişki durumunda gene bir kesin delilin var olup olmadığı, belirsizliği giderecek şekilde sunulması, HMK 31/son.maddeye göre ispat yükü kendisine düşen taraftan istenebilir. Yukarıdaki örnekte, taşınmazın kiracıya teslim anındaki durumuna dair hasarlı olup olmadığı yönündeki bir tartışma ve uyuşmazlık noktasında teslimin hukuki

işlem olduğu kabul edilirse bu durumda hâkimin ispat yükü kendisine düşen taraftan sözleşmede durumun belirsiz olduğunu belirterek teslimdeki koşulları kanıtlayıcı bir yazılı delil olup olmadığı sorulmalı ve buna dair delilin sunulması istenmelidir. Örnekteki gibi, hâkimin teslime dair sözleşmenin dışında ayrı bir "teslim tutanağı" olup olmadığını sorması, sorusunu teslim tutanağı ile sınırlamadan "teslim tutanağı ve bunun gibi kesin delil" olup olmadığının sorularak sunulmasına dair ara karar vermesi kanımızca uygun olacaktır. Davaya bakan hâkimin, ispat yükü kendisine düşen tarafa, tanık deliline dayanmadığı durumda ya da dayansa bile senetle ispatı zorunlu bir edimin ispatlanıp ispatlanmadığı tartışılırken HMK 200. maddesi ikinci fıkrası[1025] gereğince davadaki diğer tarafın açık muvafakati olup olmadığı sorularak takdiri delillerden tanık sunmasını istemesi olanaklıdır[1026]. İşte bu durum da HMK 31/son maddesinin belirgin bir yansıması olarak kabul edilebilir.

[1025] *"(2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir."*

[1026] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bizim düşüncemizin aksi yönde bir değerlendirmede bulunmuştur; "Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, davacı tarafından davaya konu edilen alacağın varlığını ispatlamak için ibraz edilen delillerden olan "*A... Evlerindeki Villaya Yapılan İşler", "B Blok Yapılan İşler" ve "C Blok Yapılan İşler" başlıklı, "İ.'in mimarı Y. K. A." imzalı, 1.1.2006 ile 30.6.2007 tarihleri arasında davacı tarafından yapılan işlerin listesini gösteren belgeler dosyaya sunulmuş, davalı tarafça 22.3.2011 tarihli dilekçesinde anılan mimarın şirketlerinde çalıştığı kabul edilmiş, ancak belgede geçen tarihlerde çalışmadığı, bu sebeple belgelerin sonradan düzenlendiği belirtilerek itiraz edilmiştir. Tüm bu hususlar gözetildiğinde, davanın tarafı olmayan Y. K. A.'ın isticvap hükümlerine göre celbi mümkün olmadığından ancak tanık olarak dinlenebilecektir.*

Bunun yanında taraflar arasında davaya konu uyuşmazlıktan daha önce başlayan sözleşme ilişkisinin varlığı da çekişmesizdir. Davacı tarafça 23.7.2009 tarihli dilekçeyle anılan mimarın, tanık olarak dinlenilmesi talep edilmiş, mahkemece bu talep yerinde görülmeyerek reddedilmiştir.

Bu nedenlerle, hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK. m. 31) bulunduğu hususu da gözetildiğinde mahkemece' davacı taraf delilleri arasında bulunan "A... Evlerindeki Villaya Yapılan İşler", "B Blok Yapılan İşler" ve "C Blok Yapılan İşler" başlıklı belgelerde düzenleyen olarak imzası bulunan davalı çalışanı mimar Y. K. A.'ın, belgeler altındaki imzanın kendisine ait olup olmadığı ile davaya konu alacağın dayanağı olan işlerin davacı tarafça yapılıp yapılmadığı konusunda tanık sıfatıyla beyanı alınarak uyuşmazlığın buna göre değerlendirilmesi gereklidir.

O halde, davalı çalışanı Y. K. A.'ın üzerinde imzasının bulunduğu ileri sürülen belgeyle ilgili olarak tanık sıfatıyla dinlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinden kararının bu değişik gerekçe ile bozulması gerekmiştir." (E. 2013/15-1606 K. 2015/1142 T. 1.4.2015)(www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.8.2017), bu içtihadı değerlendirdiğimizde, aslında Yargıtay gene HMK 200. maddenin karşısında bir yorumda bulunmamış, belgenin sıhhatini değerlendirmek istemiştir. Ancak bu karardaki gibi, dinlenmek istenen taraf çalışanının "imzasının" incelenmesi HMK 31. madde hükmüne daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Zira, bu durumda, tanık olarak dinlendiğinde, daha önce yanında çalışanı olduğu tarafa gerçeğe aykırı şekilde zarar vermek istemesi durumunda gerçeğin ortaya çıkması önlenmiş olabilir. HMK 31. maddesine göre çağrılması kabul edildiğinde, usûl ekonomisine de aykırı olmayacak şekilde doğrudan bu kişinin imzasının alınarak bilirkişi incelemesi yapılması kanımızca hukuken daha güvenli bir olarak kabul edilebilir. Hukuk Genel Kurulu, bir başka kararında benzer bir hukuki yorumda bulunmaktadır, "*Davalı şirket temsilcisi, 10.02.2011 tarihli duruşmadaki beyanında, sevk irsaliyesinde ismi geçen B. G.'ün davalı işyerinde elektrik mühendisi olarak çalıştığını; davalı vekili ise,*

Deliller üzerinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin var olup olmadığına dair bir değerlendirmede, kesin delil-takdiri delil ayırımı temelinde delilin hâkimi bağlayıcı olup olmadığı ve hâkimin 31/son maddesi gereğince yeni delil sunulmasını istediğinde, delilin doğruluğu yönünden de bir araştırma yapılması gerektiğinde delilin yerine getirilecek yeni delil kavramı ile, gene delilin doğruluğu açısından sahtelik araştırmasının konumuz ile bağlantısı da ayrı ayrı incelenmelidir.

Bir delilin sahte olup olmadığı yönünden , aşağıda da kısaca inceleneceği üzere, bir senedin sahteliği iddia edilmişse, ilgili senetteki sahtelik için örneğin imza ve yazı incelemesi yapılması gerektiğinden bu kesin delil ile değil HMK 211/b.maddesine göre bilirkişi delili yani bir takdiri delil ile ispatlanabilecektir. Sahtelik incelemesi, bir hukuki fiil yani sahtecilik eylemi üzerinde olduğu için, senetle ispat zorunluluğu kuralı uygulaması içinde değerlendirilmeyecektir.

Delilin sahte olması halinde ise, ilgili delilin yerine getirtilmesi istenecek delil konusunda da, ispatı gereken uyuşmazlık için ilgili ispat ölçüsü değerlendirilmelidir. Bu nedenle belirsiz delil ile sahte delil arasında yerine getirilecek delilin aranan ispat ölçüsündeki yeterliliği yönünden farklı bir sonuç doğmaktadır. Örneğin, okunaklı olmayan bir sözleşme ile sahte bir sözleşmenin HMK 200. Maddedeki sınırlar nedeniyle, alacak tutarının örneğin 5000 TL olması durumunda ispat ölçüsü yönünden farklı olmayacaktır. Okunamayan sözleşme için de okunup anlaşılabilir bir başka yazılı delil sunması ya da okunabilir olsaydı içeriğinin ne olduğuna dair delillerin de senetle ispat kurallarına uygun olması gereklidir.

---

imzanın bu kişiye ait olmadığını beyan etmiştir. Sevk irsaliyesinin sureti dosyada mevcut olup, belge aslının zayii nedeniyle imza incelemesi yapılamadığı anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında davanın tarafı olmayan B. G.'ün isticvap hükümlerine göre celbi mümkün değildir. Ne var ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK, m. 31) kapsamında mahkemece; davacı taraf delilleri arasında bulunan sevk irsaliyesinde ismi geçen davalı çalışanı B. G.'ün dava konusu alacağın dayanağı olan malzemeleri teslim alıp almadığı konusunda tanık sıfatıyla beyanı alındıktan sonra imza kabul edildiği takdirde uyuşmazlığın buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir." (E. 2013/15-1523 K. 2015/853 T. 25.2.2015))(www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.8.2017)

Sahte delil halinde ise, HMK yönünden bir yaptırım öngörülmemişse de, uyuşmazlığın ispatı için bir yazılı delile dayanıldığı durumda, delilin sahte çıkması halinde, ilgili tarafın iddia ve savunmasını genişletecek şekilde yeni delil ibrazı için bir fırsat verilmesi de, aleyhine delil ikame olunanın usûli kazanılmış hakkının doğması nedeniyle isabetli olmayacaktır.

Deliller konusunda, belirsiz veya çelişkili delilin yerine sunulması gereken delilin niteliği konusundan farklı olarak, delilin takdirinde, davanın aydınlanmasında hâkimde tereddüt oluşturmayacak derecede belirgin bir kanaat oluşturmazsa, buna dair yeterlilik derecesi, yani tam ispat mı yoksa yaklaşık ispat ile mi ispatlanması gerektiği, bir diğer deyişle ispat ölçüsü de incelenmesi gerekli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle değerlendirilmesi gereken konu, dava sebebi ya da sebeplerinden biri olarak sunulan olay veya olayların medenî yargılama hukuku açısından "var" olarak kabul edilmesi yani usûli gerçek olarak olarak kabul edilebilmesi için yeterli ispat derecesinin "aydınlandı" denebilecek noktanın tespiti konusudur.

Yukarıdaki incelemelerimizde, taraf beyanlarında dava sebebi olan vakıanın yani olayın unsurları yönünden hak doğurduğu iddia edilen ya da hak doğmadığı savunulan olayların belirli ve tereddüt uyandırmayacak derecede anlaşılır sunulması gerektiği sonucuna varmak için gerekli ölçütleri incelemiştik.

Bu durumdan farklı olarak, başlığımız altında ise, ön inceleme aşamasında belirli ve anlaşılır duruma gelen ifadeler yönünden yani iddia ve savunma yönünden dava sebebi sorunu çözülmüş, vakıa olarak sunulanlar ile istemler ön inceleme aşamasında tespit edilimiştr. Artık tahkikat aşamasına geçilmekle maddi anlamda bu vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği, hak doğurduğu veya doğurmadığı iddia olunan ya da savunulan olayın veya gerçekleşmiş sayılıp sayılmadığı, delilin belirli ve çelişkisiz olmasına bağlıdır.

Bir delilin hakkın doğmadığını göstermesi, o delili kanımızca belirsiz duruma getirmeyecektir. Örneğin, bir işçinin iş aktinin sona ermesinden doğan kıdem tazminatına dair hakkın doğup doğmadığının tartışıldığı bir davada, davacı işçinin iddiasının, davalı işverenin kendisine işyerindeki bir baret ile fesih tarihinde saldırması ve darp etmesi karşısında İş Kanunu'nun 24. maddesi gereği haklı nedenle iş sözleşmesini sona erdirdiğini ileri sürmesi karşısında davalı işverenin de fesih tarihinde işyerinde değil başka bir kentte olduğunu, işçisini fesih tarihinden önce sadece çalışırken son kez gördüğünü savunma olarak sunduğunu varsaydığımız bir olayda, davacı tanıkları böyle bir olayı görmediklerini, davalı tanıkları da davalı işverenin fesih tarihinde başka bir kentte bulunduğunu ifade etmiş olduklarını örnekseme olarak kabul edelim. Bu durumda, davacının ve davalının başka bir delil sunmadığını varsayarak bir değerlendirme yapıldığında, davacı taraf HMK 190. maddesi[1027] gereği lehine hak doğması için olayı ileri süren taraf olduğundan, davacı tanıklarının olayı kanıtlayıcı bir durumu görmediklerini ifade etmesi nedeniyle davalı tanıklarının da davalının başka bir kentte olduğuna dair savunmasını doğrulaması da gözetilerek, davanın 1479 sayılı İş Kanunu 14. maddesi gereğince kıdem tazminatına hak kazanıldığının ispatlanamaması karşısında reddedilmesi gerekeceği belirtilebilir. Bu durumda, davacının tanıklarının olayı görmediklerini belirtmeleri olayı belirsiz kılsa da, delil anlaşılır durumdadır. Tanık ifadesindeki, "görmedim" sözcüğü, tanığın bilgi ve görgüsüne dair açık bir belirtmedir.

Bu koşulda, hâkimin olayı belirli olarak görene dek araştırmaya devam etmesi kanımızca davalı tanıklarının davalı savunmasını doğrulaması karşısında, taraflarca dava malzemesinin getirilmesinin egemen olduğu bir dava türünde, doğru olmayacaktır. Ancak davalı tanıkları, davalıyı iş yerine geldiklerinde görmediklerini, davalının nerede olduklarını

1027 " ***İspat yükü***
MADDE 190- *(1) İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*
(2) Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir."

sorduklarında ise, çalışanlarının, kendisi ile ilgili olarak "dışarıda" şeklinde bir beyanda bulunduklarını belirttikleri varsayımında nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini değerlendirmek de yararlı olacaktır. Kanımızca, bu durumda davalı taraf savunması yönünden sunduğu kanıt belirsiz kalmıştır. Davalı tanıklarının ifadesi eğer davalının işyerinde olduğu yönünde olsaydı gene savunma yönünden olumsuz bir durumu yani sunulan savunma sebebinin ispat hukuku yönünden temelini yitirmiş saymak gerekirdi. Davalıya, tanığının bilgisinin yoksunluğu nedeniyle belirsiz kalan bu durumda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırları içinde kalmak üzere savunmasını genişletmesine izin vermeden örnekten hareketle, olay tarihinde kent dışında olduğuna dair varsa başka bir kanıtını sunması hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği istenebilecektir. Aynı vakıaya dair ikinci tanık listesi sunulmasına dair yasak da ihlal edilmeden, örneğin otobüs biletleri, kent dışında farklı bir kentte fesih tarihinde çekilmiş ve tarih ve saatin mekanik olarak fotoğraf makinesince kendiliğinden ve müdahale edilemeyecek şekilde eklenmiş olduğu fotoğraf yani bir belge ile ispatlamasının da kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Aynı şekilde, davalının dışarıda olduğunu beyan eden kişilerin bu konuda kent dışını mı yoksa bina dışını mı kast ettikleri de gene dinlenen aynı tanıkların "belirsizliği gidermek " adına sorgulanmaları ile de anlaşılabilecektir[1028].

Alman Hukuku'nda tartışılan başlığımız ile ilgili bir konu, getirilen delilin davayı aydınlatmaya yetmediği, ispat konusunda isabetli olmayan delillerin sunulması halinde, yeni delil sunulmasının istenilmesinin gerekip gerekmediği konusudur.

Bir görüşe göre, somut ve anlaşılır deliller sunulmasına karşın ispat yönünden bir yetersizlik söz konusu ise, bu anlamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa yeni delil

[1028] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, " Somut olayda davacı tarafça ileri sürülen fesih sebebi ile ilgili iddiaları nazara alındığında 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'un 31/1. maddesinde ifadesini bulduğu üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği istifa dilekçesi ve ibranameye karşı davacının ayrıntılı beyanının tespit edilerek işveren yönetiminde bir değişiklik olup olmadığı, işyerinde başka çalışanlar ile ilgili işten ayrılma konusunda benzer uygulamaların yapılıp yapılmadığı, davacının işten ayrıldığı tarihten sonra başka bir işte çalışıp çalışmadığı hususları araştırılıp bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca göre karar verilmelidir." (E. 2011/7936 K. 2012/12517 T. 5.6.2012)şeklinde oluşturduğu içtihatta, hem beyan hem delil yönünden aydınlatma faaliyetinin gereğine işaret etmektedir.

sunmasını isteyerek mutlak suretle bir tarafın lehine davayı sonuçlandırmaya yönelmemesi bu yönde bir faaliyet içinde olmaması gerektiği ifade edilmiştir[1029].

Bu görüşün karşısında, bir diğer görüş de, sunulan kanıtlar karşısında ikna olmayan hâkimin ima yolu ile dahi olsa ispat yükü kendisine düşen tarafa uyarıda bulunması gerektiği, ancak bu konuda ısrarcı bir yaklaşıma girmemesi gerektiğini, müzakere ödevi ile tarafsızlık ilkelerinin sınırlarının bu anlamda korunması gerektiği belirtilmiştir[1030].

Türk Hukuku yönünden, son görüş hâkimin yol göstermesine dair yasağını ihlal etme riski yüksek olacaktır, ispat ölçüsü yönünden davada yeterli derecede dava konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği anlaşılmıyor ise, HMK 27. maddesi gereğince durumu açıklayıp, 31. maddeye göre uyuşmazlık henüz aydınlanmadığından yeni delil sunulmasını istemeden önce 145. maddeye[1031] göre sunulan delilleri yeniden kendisi değerlendirmeli, gelinen aşama olarak, ispat yükü kendisine düşen taraftan kaynaklanan bir gecikmenin olmadığı, ancak davanın da aydınlanmadığı kanısı oluşmuşsa bu durumda ispat yükü kendisine düşen tarafa süre vererek delil sunmasını istemesi 31.madde ve 145. madde gereğince gerekecektir.

2.Senet ve Belge Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

a.Belge Üzerinde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

HMK 199. maddesi, belge kavramını, normatif açıdan yeni bir kavram olarak medenî yargılama mevzuatına katarken senet delilini de içerecek şekilde üst bir kavram olarak belge kavramını düzenlemiştir. Madde metni, belge kavramını somutlaştırmıştır[1032]. Maddeye göre, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata olanaklı olan, yazıyı ya da basılı metin, senet, çizim, plan,

---

[1029] Ventsch, s. 147
[1030] Musielak/ Stadler, §139, Rn.14
[1031] *"**Sonradan delil gösterilmesi***
***MADDE 145-** (1) Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir."*
[1032] Tanrıver-Usûl ,s. 828

kroki, fotoğraf, film, görüntü ya da ses kaydı gibi veriler il elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarının HMK açısından belge olduğu düzenleme ile belirtilmektedir. Belgenin unsuru olarak, normda, öncelikle bir bilgi taşıyıcısı olması gerektiği, bunun yanı sıra bu bilgi taşıyıcısının uyuşmazlık konusu olayları ispata elverişli olması gerektiği belirtilmiştir[1033].

Belge kavramının HMK'daki tanımı açısından, madde metninde belge tanımı verilmemesinin olağan bir durum olduğu, maddede belirtilen belge örneklerinin bir birine benzemediği, hatta bu benzemezliğe karşın böylesi kavramların HMK'ya göre belge sayılacağı ifade edilmesi ile kavramın normlaştığı belirtilmiştir[1034]. Her ne kadar senet, belge kavramının içinde sayılmışsa da, belge ile senedin özdeş olmadığı vurgulanmış, belgenin özellikle üst kavram olduğundan hareketle, her senet belge olsa da, her belgenin senet olmadığı belirtilmiştir, bu anlamda HMK 200. maddedeki senetle ispat kurallarına, senet dışındaki belgelerin tabi olmadığı önemle işaret edilmiştir[1035]. Bir başka söyleyişle, belge kavramı, senet kavramı yerine kullanılmadığından, HUMK'daki senedin kesin delil niteliği, HMK'da senet ispat kuralları, belgenin tüm türlerini kapsar şekilde genişlememiştir. Bu nedenle bir belge senet ise, senetle ispat kurallarına tabi olarak, kesin delil sayılsa da diğer belge çeşitleri takdiri delil niteliği taşıyacaktır[1036]. Gene katıldığımız bir senet özelliği de, senedin aleyhine kullanılan tarafın iradesinin dış dünyada varlık kazanmasını temsil etmesidir[1037]. Belge için böyle bir özellik aranmamaktadır. İrade kavramının katılmasını doğru bulmayan bir başka görüş ise, ikrarı içermesini yeterli görmektedir[1038].

Belge, senet türü dışında, kesin delil niteliği taşımadığı içindir ki, hâkim incelemesi sonucu, kuşkuya yer vermeyecek derecede ispatlanmak istenen olayın varlığına dair kuvvetli

[1033] Tanrıver-Usûl, s. 829
[1034] Umar-Şerh, s. 580
[1035] Yılmaz, Şerh, s. 1034
[1036] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 396
[1037] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 471
[1038] Umar, Şerh, s. 607

ikna gücüne ulaşması halinde hâkimin kanaat elde etmesine hizmet edebilecektir[1039]. Hâkim kanaatini oluşturmaya yeterli olmayan bir senet dışı belge, davanın aydınlanmasını da sağlamaktan uzak olacaktır.

Hâkimin belge karşısındaki ilk faaliyeti, belgeyi "algılaması" çalışmasıdır. Hâkim, belge ile olay arasındaki ilgi kuracak, belgeyi yorumlayacaktır. Belgeden, uyuşmazlığı aydınlatmaya, uyuşmazlık konusu olayın gerçekleştiğine dair bir kanı elde edemediğini taraflara açıklamasından sonra, taraflara HMK 31/son cümle gereği delil sunmaları için istekte bulunmalıdır. Ancak belgedeki izlenimi oluşmamış, hâkimin kendi algılamasına yardımcı olacak görünümden öte bilgi gereksinimi oluşmuş ise, yeni delil sunulmasını istemeden, hâkim taraflara bu konuda soru sorabilir, açıklama yaptırabilir.

Örneğin, dava malzemesi olarak sunulan bir vakıada, davacının olay sırasında bir yerde bulunduğunu kanıtlamak amacı ile bir fotoğrafın delil olarak dosyaya sunulduğu bir durumda, taraflar vekil ile temsil edilmekte ise, hâkimin fotoğraftaki kişi ya da kişilerden hangisinin davacının kendisi olduğunu bilmesi olanaklı olmadığı gibi, bilse bile bunun dosyada gerekçelendirilmesi, gerekçenin de denetlenebilir olması gereklidir. O halde, bu bir

[1039] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, bir kararında, hâkimin kanaat elde etmekte kendisine yardımcı olacak belgeler yönünden yol gösterici nitelikte görüş bildirmiştir, **"**Davacı vekili dava dilekçesinde talebine bir açıklık getirmeksizin diğer alacak kalemleri yanında yıllık izin ücreti talebinin hüküm altına alınmasını istemiştir. Dosya içerisinde davacının 2006-2007-2008-2009-2010 yıllarında kullanmamış olduğu yıllık izin ücretlerinin ödenmesi amacıyla işverene başvuruda bulunduğu ve davalı işverence anılan yıllara dair davacıya ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Hükme esas alınan raporunda bilirkişi tarafından işverence 2006-2007-2008-2009-2010 yıllarına ait yıllık izin ücretlerinin sözleşmenin feshedildiği tarihteki son ücret yerine her yıl için ilgili yılda davacının aldığı ücrete göre yanlış hesaplama yapılarak ödemede bulunulduğu bu sebeple davacının fark izin ücreti alacaklısı olduğu belirtilerek hesaplama yapılmıştır.
Öncelikle belirmek gerekir ki, davacının 2006-2007-2008-2009-2010 yıllarında kullanmamış olduğu yıllık izin ücretlerinin ödenmesi amacıyla işverene yapmış olduğu başvuruya ilişkin talep davacının eğer var ise bu yıllar dışında kalan yıllık izin ücreti alacaklarından feragat ettiği anlamına gelecek bir mahiyet taşımamaktadır. Bu cümleden hareketle mahkemece yapılacak iş öncelikle davacı tarafın talebinin kapsamını açıklattırmak olmalı akabinde gerekli görülürse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacı asilin beyanına başvurulmalı ve talep çekişmeye yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir. Bu aşamadan sonra talep konusu dönemle ilgili olarak davalı işverenin eğer var ise yıllık izin defterleri, davacının çalışma sürelerini ortaya koyacak puantaj kayıtları, yıllık izin ödemelerine ilişkin bordrolar ve benzeri tüm kayıt ve belgeleri dosyaya ibrazı sağlanmalı ve bu belgeler üzerinden yapılacak inceleme ve değerlendirme sonrası sonuca ulaşılmalı iken eksik inceleme ve yazılı gerekçe ile hüküm kurulması hatalıdır. " (E. 2012/14428 K. 2012/17591 T. 10.9.2012, www.kazanci.com , erişim tarihi : 1.8.2017)

belirsizliktir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi bu noktada uygulama alanı bulmalıdır. Hâkim, ilgili fotoğraftan bir kanı elde etmek faaliyetine girişecek ise, zihninde fotoğraftaki görüntünün aidiyeti üzerine olan belirsizliği gidermek için, davada her iki taraf vekiline sorabileceği gibi, iki vekilin kabulü olmadığı bir durumda, davacıyı çağırıp bizzat karşılaştırma yapabilecektir. Bu karşılaştırmada da keyfiliği önlemek için mahkeme denetiminde, davacının fotoğrafının çekilmesi, dosyaya bu fotoğrafın da konulması da hâkimin edindiği kanaatin derecesinin yani ispat ölçüsünün denetimi açısından bizce önemli ve gereklidir. Taraf, zaten vekil ile temsil edilmiyorsa, duruşmaya katılması zorunlu olduğundan bu sorun yargılama süreci içinde çözülecektir.

Fotoğraf örneğinden hareket ettiğimizde, delil olarak sunulan fotoğrafın net olarak ispatlanmak istenen konu ile ilgili görüntüyü nakledememesi karşısında, hâkimin bu fotoğraf yerine ikame olabilecek başka delili olup olmadığını sorması ve delil sunulmasını istemesi ya da başka bir yol izleyerek fotoğraf konusu yerde keşif yaparak fotoğrafın bilirkişi tarafından incelenerek detaylarına erişilmesini sağlamak üzere karar vermesi hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir başka örnek vermek gerekirse, bir mimarın çizimine bağlı olarak yapılmış bir binanın yıkılması nedeniyle tazminat davası ya da yanlış çizilmiş bir plana göre inşa edilmesi nedeniyle yüklenicinin üçüncü kişilere ödediği tazminatın mimara rücu edilmesi konulu bir davada, ilgili çizim incelendiği sırada, hâkimin çizimdeki teknik terim ve işaretleri, hatta çizimin tümünü bir mimar bilgisine sahip olarak algılaması ve yorumlaması beklenmemelidir. Benzeri başka örnekler ise, taşınır elektronik belleğin delil olarak dayanılmasına karşın inceleme sırasında açılmamış, arızalanmış olması durumunda teknik inceleme yapılması ya da ana belleğin içeriğinin belirsiz bazı basamaklar içererek esas içeriğine erişimini önlemesi durumunda vereceği bilginin belirsiz kalışı ile bilgisayarın ana belleğinin içeriğine ulaşılması yönünde yapılacak faaliyet de örneğin hâkimin bilirkişi deliline başvurarak teknik bilgiyi

davaya kazandırması da hâkimin davayı aydınlatma ödevi uygulaması olarak kabul edilmelidir.

HMK 201. maddesi incelendiğinde, senet delili açısından, senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler 3660 TL'den[1040] az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamayacaktır. Ancak kanımızca bu hüküm, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasında dar yorumlanmamalıdır. Senetteki belirsizlik ve çelişki karşısında, 201. madde uygulaması yönünden aksini ispat faaliyeti içerisinde senede karşı takdiri delil ileri sürülemese de[1041]sadece bu belirsizlik ve çelişkinin gideri için takdiri delillere başvurulması olanaklı kabul edilmelidir, zira anılan hüküm, aslında tarafları hukuki işlemin yapılması sırasında bir birine denk önlemler almaya yönlendirmektedir. 201. madde ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arası ilişki açısından, hükmün ödevin uygulanışına engel olmayacağını ifade etmek kanımızca olanaklıdır[1042].

[1040] HMK EK Madde 1 gereğince 2019 yıl rakamı olarak yazılmıştır.
[1041] Umar, Şerh, s. 596
[1042] Yargıtay, bir kararında, senetteki belirsizlik üzerine HMK 31. madde uygulamasına işaret etmektedir, "Somut olayda, davalılar vekili, davacının 1.3.2007-31.12.2010 tarihleri arasında davalıların murisine ait sürücü kursunu ... isimli ortağı ile birlikte kiracı olarak işlettiğini, işçi olarak çalışmadığını savunmuş, buna dair davacı ile dava dışı ... isimli kişiye atfen imza bulunan, davacının 1.3.2007-31.12.2010 tarihleri arasında kiracı olarak sürücü kursunu işlettiğine dair ifadeler içeren "protokol" sunmuştur. Bu belgede imzası bulunan davalı tanığı protokol başlıklı belge içeriğini teyit eder yönde beyanda bulunmuştur. Mahkemece protokolün açıklayıcı ve aydınlatıcı olmaktan uzak olduğu, resmi belgelerin aksinin ispat edilemediği gerekçesi ile bu belgeye itibar edilmemiştir. Ancak mahkeme protokolün "açıklayıcı ve aydınlatıcı olmaktan uzak olduğunu" kabul ettiğine göre, HMK'nun 31. maddesinin kendisine yüklediği "davayı aydınlatma görevi" kapsamında davacıdan protokole ve altındaki imzaya karşı diyeceğini sormalı, bu hususu, yani davacının sürücü kursunu kiracı olarak işletip işletmediğini araştırmalı ve toplanacak delilleri toplanmış deliller ile birlikte değerlendirerek protokol hakkında bir sonuca varmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur." (7.Hukuk Dairesi, E. 2016/8812 K. 2016/9847 T. 3.5.2016, www.kazanci.com , erişim tarihi : 1.8.2017).
Yargıtay'ın, emsal ücret araştırmasına dair gene örnek bir dosya incelemesinin hâkimin davayı aydınlatma gereğine yönelik olarak gerekliliğine işaret ettiği, bizim de katıldığımız kararını incelemek de yerinde olabilir; "Somut olayda, aynı işyerinde çalışan ve davacı ile aynı işi yapan işçi E. D. tarafından davalı işveren aleyhine açılan Bursa 9. İş Mahkemesinin 2013/133 E.-2014/111 K. sayılı dava dosyasında, davacı E.'ın talep ettiği yurtdışı çalışma ücreti alacağının kabulüne karar verilmiştir. Anılan kararın davalı işveren tarafından temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 23.06.2014 tarih, 2014/6974 E.-2014/14151 K. sayılı ilamı ile, davalı tanıklarının beyanı alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle karar bozulmuştur. Aynı işyerinde, aynı işi yapan işçiler arasında farklı yurt dışı çalışma ücreti uygulamasının söz konusu olamayacağı gözetilerek, HMK 31. maddesinde düzenlenen "hâkimin davayı aydınlatma görevi" de dikkate alınarak Bursa 9. İş Mahkemesinin anılan dosyası getirtilip, yurtdışı çalışma ücreti

b.Delil Başlangıcı ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

HMK 202. maddesi ile düzenlenen delil başlangıcında da, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama alanı olup olamayacağı incelenmesi gereken bir konudur. Delil başlangıcı, HUMK 292. maddesinin HMK'daki bir karşılığı olarak düzenlenmiştir[1043]. HMK 202.maddede delil başlangıcı ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Yasal tanıma göre, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge olarak tanımlanmıştır[1044]. Hüküm gerekçesi, "gönderilen belge" ile ilgili olarak faksı örnek vermiştir. Ancak burada, 199. maddedeki senet dışı belge kavramının nasıl bir ispat rejimine tabi tutulacağının düzenlendiği değerlendirilebilir, çünkü HMK 202. maddesi, HUMK 292. maddesine göre daha geniş ve yazılı delil başlangıcındakinden daha farklı olarak bilgi taşıyıcılarını da içeren bir tanımlamada bulunmuştur[1045]. HUMK 292. maddesinin yürürlüğü döneminde, senet niteliğinde olmayan bir belgenin, yardımcı belge özelliği değil, yazılı delil başlangıcının maddi unsurunun varlığının araştırılması gerektiği ileri sürülmüştür[1046]. Bu görüşe göre, 292. maddenin maddi unsuru yazı ve yazının bir belgede yer almasıdır[1047]. 292. maddenin yürürlüğü döneminde yazılı delil başlangıcının aleyhine ibraz

---

ile ilgili işyeri uygulaması belirlenerek çıkacak sonuca göre karar verilmelidir." (7. Hukuk Dairesi, E. 2015/1650 K. 2016/9553 T. 27.4.2016, , www.kazanci.com , erişim tarihi : 1.8.2017)

[1043] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağasıs. 231; Aynı hüküm, Fransız Medenî Kanunu'nun 1347. Maddesinde de aynı içerikte düzenlenmiştir; Mebrouk, Hodda: Senetle İspat Konusunda Fransız Hukuku'ndaki Geliştirmeler, Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma, Ankara 2012, s.70

[1044] *"**Delil başlangıcı***

***MADDE 202-** (1) Senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir.*

(2) Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir."

[1045] Umar-Şerh, s.615

[1046] Konuralp, Haluk: Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009, Tıpkıbasım, s.46

[1047] Konuralp, s. 44

edilecek olan taraftan sadır olması ile, iddia edilen vakıayı gerçeğe yakın olarak ispat etmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir[1048].

HMK 202. madde, HUMK 292. maddeden farklı olarak yazılı delil başlangıcından daha geniş bir kavram olan belgeye yer vermesi dikkat çekici olmuştur[1049]. Belgenin takdiri bir delil olarak işlevselliğini gösteren ama aynı zamanda senetle ispat zorunluluğu bulunan durumlarda tanık delilinin de eşlik edeceği bir ispat ölçüsünün esas alındığını gösteren bir düzenlemedir. Bu konuda şunu söylemek kanımızca tutarlı olur ki, sadece senetle ispatı zorunlu bir hukuki işlemde senet dışı bir belge, aslında delil değerini ve ispat kuvvetini kazanmamıştır; hukuki işlemin ispatı yönünden bunun sağlanabilmesi için takdiri bir delil türü olan tanık deliline gereksinim bulunmaktadır. Ancak bu kural, aslında senetle ispat zorunluluğu olan hukuki işlemlerin ispatı açısından önemlidir, takdiri deliller ile ispatlanabilecek olgular açısından senet dışı belgeler gene delil olarak tek başına değerini ve önemini koruyacaktır. Söz konusu belge, nitelik olarak senet ise, kesin delildir ve tanık dinlenmesi gerektirmez, bu durumda tanık dinlenerek söz konusu belgenin takdiri delil haline getirilmesi de isabetli olmayacaktır[1050].

HMK 202. madde açısından, aslında yukarıda incelediğimiz ispat ölçüsü yönünden olsun, hâkimin davadaki algı ve kanısı yönünden olsun, yasa koyucunun bir düzen getirmek istediği anlaşılmakta olduğunu düşünmekteyiz. Yasa koyucu, aslında, ispat ölçüsünü düzenlerken, senet ve diğer kesin delil türlerinin varlığı halinde, hâkimin bağlı olduğunu, bu delillerle kanaat elde edinemediğine dair bir gerekçe ile aksi yönde karar verilemeyeceği yönünde bir sistem kurmuştur. Delil türleri ayırımında kesin delil-takdiri delil ayrımı ile belirginleşen sistemde, kesin delil halinde hâkimin bu delil karşısında, delilin ispat için ileri

[1048] Yavaş, Murat: Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, s. 264 vd.
[1049] Yılmaz-Şerh, s. 1053
[1050] Yılmaz-Şerh, s. 1054

sürüldüğü vakıayı doğru kabul etmek zorundadır[1051]. Belge ve tanık hâkim tarafından birlikte değerlendirildiğinde ispat ölçüsü açısından senedin kuvvetine, 202/1. madde gereğince senetle ispat zorunluluğu koşulunu sağlamış sayılmakla erişmektedir. Ancak buradaki senet kuvvetine erişme durumu, delil başlangıcı ve tanığın varlığı halinde söz konusu olduğu için, bu ispat araçlarının ayrı ayrı hâkimin takdirine tabi olması, hâkimi nesnel temellere dayanarak ikna etmesi, uyuşmazlığı ayrı ayrı aydınlatacak nitelikte değilse, bu bileşenlerin belirsiz ya da çelişkili olanının yerine yeni delil sunulmasının HMK 31. maddesi gereğince istenebilmesi, soru veya açıklamaya maruz bırakılması söz konusu olabilecektir[1052]. Nitekim Yılmaz da, bu konuda bir belgenin bir delil başlangıcı olup olmadığının belirlenmesi için hâkimin gerekli araştırmayı yapmasının şart olduğunu belirtmiştir[1053]. Benzer şekilde Yargıtayın bazı içtihatlarında aynı temelde konuya yaklaşmaktadır[1054].

Öğretide, senede karşı ileri sürülen delil başlangıcının yazılı olması gerektiği ileri sürülmüştür[1055]. Ancak aksi yönde görüşler de vardır[1056]. HUMK 292. maddesinin yürürlüğü döneminde yazılı delil başlangıcının olayların yani vakıaların tamamını belirgin duruma getirmeyeceği, ispat konusunda "tamamiyet" yani delillerin hepsinin karar için önemli vakıaları belirgin duruma getirmesinin gerekli olduğu ileri sürülmüş ve ispata dair bu durum da gerek görüldüğünde diğer delillere başvurularak sağlanacak, delil başlangıcının ikna gücünün bu şekilde oluşacağı ileri sürülmüştür[1057]. Bu konuda yeni delil istenilmesinde dayanak norm HMK 31. maddesi olacaktır. Hâkim belge içeriği ve tanık ifadelerini ayrı ayrı inceleyerek 189. maddesi gereği değerlendirir, nesnel bir ölçüde kanaate ulaşamadığı

[1051] Tanrıver-Usûl Hukuku, s. 827; Arslan/Ylmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 387; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s. 466; Üstündağ, s. 623.
[1052] Bkz. HMK 193. Maddesinde belirtilen belgeler, senet dışında takdiri delildir, Kuru, s. 251
[1053] Yılmaz-Şerh, s. 1058
[1054] Yargıtay 13. HD'nin 3.6.2003 tarihli 2003/2296 E. 2003/7296 K. Sayılı kararında "anılan defterde davacının iddia ettiği gibi 471 gram altının davacılar murisinden altının davacılar murisinden alındığına ilişkin davalılar murisi tarafından kendi el yazısı ile yazılı bir ibare var ise böyle bir belgenin yine HUMK 292. Ve devamı maddelerinde tanımı yapılanda belgelerden olup olmadığının da araştırılması gerekir"
(nakleden Yılmaz- Şerh,s. 1059)
[1055] Kuru, Baki: Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2015, s. 270
[1056] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 462; Tanrıver, Usûl Hukuku, s. 855
[1057] Konuralp, s. 142-143

durumda, delil başlangıcının bileşenlerini yani hem tanık ifadelerini hem belgeyi ayrı ayrı aydınlatma faaliyetine konu etmesi gerekecektir.

c.Resmi Senetlerde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından uygulama alanı olabilecek bir durum da, HMK 204. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde, ilamların ve resmi senetlerin ispat gücünü düzenlemektedir. Burada, anılan şekilde, bu belgelerin kesin delil sayılacağı ve sahteliği ispat edilene kadar bu özelliklerini koruyacakları düzenlenmiştir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini akla getirecek olan kısım ise üçüncü fıkrasıdır. Mahkeme, davada delil olarak dayanılan ilamda, düzenleme ya da onaylama şeklindeki noter senedinde ya da yetkili memurların görevleri içinde usûlüne uygun olarak düzenledikleri belgelerde, şüphe uyandıran bir durum olduğunu görürse, belge ile ilgili olan bir daireden, mahkemeden, noterden ya da memurdan açıklama isteyebilecektir[1058]. Kanımızca, hâkimin maddede sözü edilen şüphesi, nesnel bir şüphe olmalı, HMK 27. maddesi gereği şüphe gerekçesi taraflara açıklanmalı, tarafın şüpheyi giderecek faaliyete yönelmelerine izin verilmelidir. Bu durumda, söz konusu şüphe belirsizlik ya da çelişkiden doğabilir. Belgeye güveni giderecek, ancak sahteliğine kanaat derecesinde de belgeyi etkisiz kılmayacak bu durum, aslında bir belirsizlik halidir. Bu durumda, hâkim HMK 204/3. maddedeki gibi bir faaliyete yönelmekte ise, bu konuda yazışma gideri yapacaktır Bu gider davadaki yargılama giderlerinden karşılanacaksa, bunun dava dosyasında depo edilmiş olması, dosyada gider avansı kaleminde bulunmaması durumunda, delil ileri süren taraftan yazışma gideri istemesi ve bu giderin ikmal edilmemesi halinde, yaptırımın ne olacağı ispat hukuku açısından değerlendirilmelidir. Söz konusu edilen delilin HMK 189/son maddesi gereğince "caiz" olup olmadığının denetimi kadar, belirsizlik gideriminde tarafların yükümlülük altına sokulması, yani davaya"delilin getirtilmesi"e gelen delilin doğruluğu konusu 31. maddesinin bir görünümü olarak da kabul edilmelidir. Ayrıca

[1058] Yılmaz-Şerh, s. 1076

taraflara şüphesini açıklarken belirsiz gördüğü noktaları da taraflardan alacağı, bir biri ile örtüşen iki taraf beyanını karşılaştırmak ve bu iki beyanı birlikte değerlendirmekle anlam kazanacaktır; HMK 31. maddesi uygulaması ile yani soru sorarak ya da açıklama yaptırarak HMK 204. maddesindeki şekilde ilgili dairelerden bilgi istemekten de vazgeçebilecektir.

Hâkim, ilgili daireden kuşkusunu giderecek şekilde açıklama istemesine karşılık verilen yanıt, belirsizlik veya çelişki içermekte ise, mahkeme bu yazışmayı da, belirsizlik ve çelişkinin gideri üzerinde devam etmesi, HMK 31. maddesinin bir gereği ve de aynı şekilde HMK 204/son maddesi gereğidir. Hâkimin öznel kanısı, nesnel olarak kuvvetli kanı haline gelene kadar, yani şüphe dağılana kadar hem yazışma yapılması hem de bu şüpheyi giderecek delil sunulmasının istenmesi gerekecektir.

Kasıtlı bir şekilde, ilgili dairenin yanıltmaya ya da bir sahteciliğe katılımı durumunda, ilgili daire yanıltıcı, sahtece belgeye doğruluğunu belirtici şekilde yanıt vermiş ya da vermeyi sürdürmüş olduğunda, hâkimin alması gereken tutumu değerlendirilmelidir. TMK 7.maddesi gereğince, bu belgeler aksi ispatlanana kadar geçerli sayılacağından, mahkeme, hâkimin öznel kanısı sürekli bir belirsizlik içerse, belgeden kuşkulansa bile, taraflarca getirilme ilkesini ihlal etmemelidir. Böylesi bir durumda, TMK 7. maddesinden hareket ederek HMK 211. maddesi gereği bir "iddia" ileri sürülmemiş, sahtelik iddia şeklinde sunulmamışsa, hâkimin TMK 7. maddesini aşacak bir araştırmaya girmesi doğru olmayacak, kanaati ve vicdanı aksi yönde olsa bile usûli nesnel ölçüt gereği TMK 7. maddesine uygun hareket ederek, bu delili HMK 189/son maddesine göre uygun (caiz) delil sayması ve değerlendirmeyi "doğru kabul ederek" yapması gerekmektedir.

ç.Adi Senetlerde Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

HMK 205. maddesinin hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından yorumlanması da kanımızca önemlidir. 205. madde, adi senetlerin ispat gücünü düzenlemektedir, ilk fıkrasına

göre mahkeme huzurunda, ikrar olunan veya mahkemece ikrar edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayıldıkları, ikinci fıkrası ile güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu, üçüncü fıkrası ile de hâkimin mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceleyeceği düzenlenmiştir.

Adi senetlerin ispat gücü konusunda da, mahkeme huzurundaki ikrardan söz edildiği için, ikrardaki belirsizlik ve çelişkilere dair açıklamalarımızın da bu konuda geçerli olduğunu belirtmek bizce yararlı olacaktır[1059]. Bunun yanı sıra maddede sözü edildiği şekli ile, "mahkemece ikrar edenden sadır olduğu kabul edilen" adi seneden ilişkin de, bu kabulün oluşumunda bir belirsizlik veya çelişki varsa, bu konuda hâkimin davayı aydınlatma ödevi uygulama alanı bulmalıdır. Ancak sahtecilik iddiası söz konusu ise, bu konu HMK 211. Maddesine göre yapılmalıdır. İnkar edenden ya da açık ikrar etmeyenden sadır olduğunun değerlendirilmesinde, iddia edilmemiş sahtecilik karşısında hâkimin bunu fark etmesi de, yani imzanın aleyhine delil olarak sunulan tarafa ait olmadığının hâkimde bir şüphe olarak uyanması durumunda söz konusu belgenin kesin delil olarak kabulü söz konusu olmayacaktır. Hâkim, öznel olarak şüpheyi duyarken, bunu nesnel bir temel ile taraflara açıklamak zorundadır. Bu HMK 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir. Şüphe, nesnel bir temele dayanmaz ve de sunulan delil karşısında delilin kabul edilmezliğine doğru evrilen bir tutum gelişmekte ise, bu durumda hâkimin tarafsızlığından bile kuşku duymak gerekebilir. İddia edilmemiş sahtecilik ya da sadece inkar ile yapılmış bir savunma karşısında hâkimin yeni delil isteyebilmesi de, bu şüphenin nesnel olarak makul, kabul edilebilir bir şüphe olması durumunda söz konusu olabilmelidir. İmzanın inkar eden tarafa ait olmadığına dair kanıyı, hâkim kişisel bilgisi ile edinmişse, bu durumda hâkimin kişisel bilgisini kullanıp kullanamayacağı da tartışılmalıdır.

[1059] Bkz. aşağıda § 11/C/II.kısım

Öğretide, hâkimin kişisel bilgisini kullanması ile ilgili olarak Alman Hukuku'nda benimsenen görüş[1060] bunun olanaklı olmayacağı yönündedir; Türk Hukuku'nda ise, maruf ve meşhur olaylarda ispata gerek olmadığı için, hâkimin bu yöndeki bilgisinin davadan çekinmesi için bir gerekçe teşkil etmeyecektir. Maruf ve meşhur olay, hâkimce bilinmekte ise kullanılabilecektir, ancak şahsi bilgisini kullanmasının, üçüncü kişilerce de, bilinen maruf ve meşhur olaylara göre, taraflara daha yakın konumu ifade ettiği belirtilmektedir. Bu durumda, hâkimin olay ile dava öncesi önyargı gelişmesi riski doğacak şekilde bir tür bağı kurulmuş olmaktadır. Hâkim nasıl ki önceden tanıklık yaptığı konuda, hâkimin kendisini baktığı davada reddi gerekmekte ise, bu şekilde dava öncesi edindiği maruf ve meşhur olmayan taraflar arası bilinen bir durumu biliyor ise, bu bilgiyi kullanmaktan, önyargı geliştirmekten kendisini alıkoyamaması olasılık içinde olduğundan, kendisi reddetmesi yani çekilmesi gerektiği belirtilmiştir[1061]. Kanımızca bu görüş HMK 36/1. maddesine de uygun bir değerlendirmedir ki, hâkim tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebeple karşı karşıyadır. Bu sebep, kendi zihnindeki algı ve psikolojik olarak olağan makul bir insanın olası yanılgı durumlarının söz konusu olabilmesidir. Maruf ve meşhur olaylarda, toplumca bir algı oluşmuş olup, ulus adına verecek hâkimde bu kollektif algıdan uzaklaşmaması olağan sayılmıştır, ancak şahsi bilgide hâkimin algısı güvenilir bulunmamalıdır. Zira hâkim, tanık olarak konumlanabileceği yerde, hâkim olarak yer aldığı bir uyuşmazlıkta, hâkimlikten çekindikten sonra taraflar kendisini tanık olarak gösterirlerse tanıklık yapabileceklerdir. Hâkimin kişisel bilgisinin kullanımına izin verilmesi, taraflılık ve keyfiliğe kapı açabilecektir.

Hâkimin kendi bilgisi ile senetteki, inkar edenden sadır olmama olgusunu, iddia edilmese bile, değerlendirmesi, bu durumda, taraflara açıklanmamışsa, derhal yeni delil

[1060] Schmidt, R.: Die ausserferichtlichen Wahrnehmungen des Prozessrichters, Sächs, Arch, Bd.2 (1892), s. 265; Stein, F.: Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893, s. 1, nakleden Atalı, Murat: Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışı Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması, Doç.Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s. 142, dn.5-6

[1061] Atalı, Şahsi Bilgi, s. 158 vd.

sunulmasının istenmesini gerektirmemektedir. Hâkimin, bu durumu bildiğini ya da algısının bu yönde olduğunu belirterek davadan çekilmesi gerekir. Bunun duşunda, bilgiden öte kuşku içindeyse, bunu gerekçelendirmeli, taraflara ispat hakkını 189. madde ilk fıkrası gereği kullandırması gereklidir. Örneğin, bir davada, davacı taraf, davalılar murisince imzalandığını ileri sürdüğü, borç ikrarını ve edimleri içeren yazılı bir metni, adi senet olarak dava dosyasını sunduğunu düşünelim. Bu senede karşılık, davalılarca imza inkarında bulunulmadığı gibi, sahtecilik de ileri sürülmemiştir. HMK 205. maddesi ile 208. maddesindeki sahtelik iddiasında bulunma yükü arasındaki, kanımızca en önemli sınır, hâkimin resen duyduğu şüphe üzerine harekete geçebilmesi, caiz bulmadığı delil üzerine aydınlatma faaliyetine geçebilmesidir. 208. maddede, hâkim bu şüpheyi duymaması üzerine davada aleyhine delil olarak kullanılan tarafın, sonuç almak istemekteyse alması gereken usûli tavır düzenlenmiştir. Hâkimin etkinliği, burada, ancak farkındalık yönünden algısının boyutu ile söz konusu olacaktır, ancak bu fark ediş, aslında, taraflara uzak olan, belge ile karşılaşması dava dışında olması beklenmeyen kişi olan hâkimden, yasa koyucu tarafından da beklenmemektedir. Örneğimize geri döndüğümüzde davada, davalılar murisinin ölmüş olması nedeniyle davalıların davacı ile olan hukuki ilişkisini, imzanın doğruluğunu bilmemeleri beklenen bir durumdur. 213. maddedeki yalan yere sahtelik iddiasının yaptırıma tabi tutulduğu durumda, tarafın inkarını yaparken sahtecilik iddiasında bulunmakta tereddüt etmesi de beklenecektir. İşte burada, açık bir belirsizlikten söz etmek olanaklıdır. Davalılar, ileri sürmese bile, hâkim imzanın davalılar murisinden sadır olup olmadığına dair idrakinin oluşması için, HMK 31. maddeden doğan ödevini yerine getirerek taraflardan delil sunmalarını, örneğin, davalılar murisinin imzasını içeren belgelerin bulunduğu yerlerin bildirilmesini ve belgelerin getirtilmesini istemesi gerekecektir. Hâkimin senet yani delil ile doğrudan temas etmesi, hâkimin sadece bilimsel bilgi ve nesnel değerlendirmeleri ile değil, zihni ile de senedi değerlendirmesine neden olacaktır. Bu değerlendirmelerin, duygu ve düşüncelerin, edinilen

izlenimlerin ayrı ayrı gerekçelendirilmesi gerekir. Ancak bu gerekçelerin de hukuki ve nesnel olması gerekir. Her hâkimin algısının standartlaşması da insan doğası düşünüldüğünde beklenemez bir durumdur. Örneğin, bir adi senetteki yazı ve imza şekli, yazı elinden sadır olan kişinin yaş, eğitim durumundan beklenmeyecek derecede farklı olabilir, 50 yaşındaki bir akademisyen, bir avukat ya da bir mühendisin yazısı ile 10 yaşındaki çocuğun ya da ilkokul mezunu bir çobanın yazısı birbirinden farklı görünüm sergilemesi yaşam deneyi beklentisi sonucu olabilir. Hâkim, böylesi bir durumda, kuşkusunu deneyimi ile açıklayarak ve gerekçelendirerek delile itibar etmemesini temellendirmelidir. Bu temelden hareketle de, HMK 27/2-a maddesi uyarınca yargılama ile ilgili olarak, davanın taraflarının bilgi sahibi olmalarının hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkı gereği sağlanması gereklidir, ki ispat yükü kendisine düşen taraf buna yönelik delil sunabilsin. Hâkim de o taraftan zaten bu yönde aydınlanmamış delili aydınlatmak için taraftan delil isteyebilsin.

d. Sahtelik İddiası ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İlişkisi

HMK 208. maddesi kapsamında, hâkim, senette sahtelik iddiası ile karşılaşması durumunda, aydınlatma faaliyetinde bulunup bulunmayacağı ve faaliyetin boyutları incelenmelidir. Maddeye göre, üçüncü fıkrasında, sahtelik iddiası ön sorun olarak ileri sürülebileceği gibi , dördüncü fıkrasındaki gibi ayrı bir dava açılması gerekebilir. Dördüncü fıkrasındaki dava açılması için verilen süre, kesin delilin işlevinin ve gerçekliğinin yokluğu iddiasının yine kesin delil olan kesin hüküm ile giderimi için verilmiş bir süre olarak yorumlanması ispat sistemi içinde daha tutarlı ve isabetli olacaktır kanısındayız. Süre verilerek, kesin hüküm beklentisine girilmesi, aslında HMK 31. Maddesindeki "delil gösterilmesini isteyebilir" cümlesinin bir görünümüdür. Öğretide de, burada belirtilen mahkeme kararının kesinleşmiş mahkeme kararı olduğu vurgulanmıştır[1062].

[1062] Tanrıver-Usûl Hukuku, s. 84; Yavaş, s.170

Hâkimin, sahtelik ile ilgili gerek ön sorun gerekse ayrı bir davada yapacağı incelemede, 211. madde yol göstericidir. HMK 211/2. maddesindeki isticvap edilme, imza incelemesi usûlleri aslında imzanın aidiyeti yönündeki bilinmezliğin, belirsizlik gideriminde işlevsel olan yöntemler olduğu 211. maddedeki isticvabın, HMK 31.maddedeki "açıklatma" ödevinin, yazı ve imza örneklerinin alınması, sonrasında bilirkişi incelemesi yapılması da, "delil isteme" ödevinin bir görünümü olarak değerlendirilebileceği kanısındayız. Bu kanıya ulaşmamız, madde metnindeki hâkimin kanısının oluşumunda aşama aşama gidilecek yolun düzenlenmiş olmasıdır. Bu aşamalarda, örneğin hâkim kanıya isticvap aşamasında varırsa, yazı ve imza incelemesine yaptırmasının gerekmeyecektir. Hâkimi, yazı ve imza incelemesine yönlendiren, belirsizliğin sürmesi olduğunu düşünmekteyiz. Kuşkusunu sürdüren hâkim yönünden belgenin gerçekliği belirsizdir. Yasa da, hâkime bu konuda kanaat edinene kadar izleyeceği yolu somutlaştırmıştır. Bu aşamalarda, yasanın istediği inceleme yapılırken, hâkimin pasif kalmayışı, 211. maddenin hâkimi etkinleştirmesi, egemen ilke olan hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile açıklanabilir kanısındayız. Hâkim, sahtelik iddiası olmadığı durumda, kuşkusunu gidermek için, kuşkusuna nesnel gerekçe göstermek şartı ile aynı yolu izleyebilir, bu izleme de 31. maddenin bir görünümü yani uygulaması olacaktır, ancak sahtelik iddiası ileri sürüldüğünde hâkimin harekete geçmemesi söz konusu olmaz. Hâkim, sahtelik iddiasını ciddiye almak ve 211. maddedeki inceleme sürecini başlatmak zorundadır. Bu düşüncemiz, 209. maddedeki senedin yargılamada değerlendirilmesinin askıya alınması ile pekişmektedir.

Bir senedin, her zaman lehtarının yanında düzenlenmesi ve imzalanması söz konusu olmayabilir, ya da bir adi senette imza taklidi yapılmış olabilir. Böylesi bir iddia ileri sürüldüğü de, yasa koyucu hâkim zihninde bu iddiaya karşılık bir tereddüt olup olmadığına, takdir yetkisi verilmesine dair düzenleme yapmadan, belirsizliğin varlığını kabul edip, bu yönde düzenleme getirmiştir. Bu durumda, nesnel olarak, varsayımsal bir belirsizliğin

kanısının varlığından söz etmek olanaklıdır. Yasa koyucunun burada özel bir yol düzenlemesi gerekçesi öğretide tartışılmamıştır, gerekçe de bu konuda yol gösterici değildir, kanımızca burada 31. maddenin genel hüküm oluşu değerlendirilerek, serbest bir araştırma usûlünün önüne geçilerek, kesin kanaatin nesnel oluşumu için izlenecek yolun belirginliği yasa koyucu tarafından sağlanmak istenmiş olabilir, nitekim gerekçede tanıkla ispatın, bu yollar içinde yer almadığı ve "kaldırıldığı" belirtilmiştir, böylece takdiri deliller içinde, hâkimin bilirkişiye gidişi gereği somutlaşmış, hâkime, aydınlatma ödevinde delil seçmesi değil normun istediği delilleri toplamakla "ödevli" hale getirilmiştir.

HMK 211. maddesinde, hâkimin, sahteliğe dair iddiayı aydınlatarak kanaat elde etmesi için izleyeceği aşamalar HMK 31. maddesinin adeta bir izdüşümü olarak yer almaktadır. Hâkimin sahteliği aydınlatırken ilk izleyeceği yol, daha önce HMK 31. madde uygulaması olduğunu düşündüğümüzü belirttiğimiz isticvap yoludur. Delildeki belirsizliği gidermek için, hâkim, inkar edeni isticvap edecektir. Böylece doğruyu söyleme ödevini hâkim huzurunda yerine getirmesi beklenen taraf, hâkimin bu aydınlatma faaliyetinde işbirliği yapmaz, inkarında gerçek dışı olduğunu bilerek kasıtlı olarak ya da gerçekten imzanın kendisine ait olmadığını samimi olarak düşündüğü için samimi olarak ısrar edebilir. Bu durumda hâkim, inkar edenden ikrar elde edemez ya da bilgi edinemezse, öncelikle bu konuda kanaat elde edemediğini taraflara açıklamalıdır. Yasa koyucu, burada hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflardan delil istemelerinde ne hâkimi ne de delil sunmakta tarafları serbest bırakmış, yazı ve imza örneği alınmasını aydınlatmada yasal araç olarak belirlemiştir. Yazı ve imza örneği ile hâkim yetinmeyeceği gibi, dava dosyasındaki diğer somut olaya ilişkin diğer delillerin getirtilmesini, delil olarak sunulmasını ispat yükü kendisine düşen taraftan isteyebilecektir. Teksif ilkesinin egemen olduğu süreçten ayrı bir boyutta delil toplama ve sunma çalışması söz konusu olması gene HMK 31. maddenin bir görünümü olduğuna işaret etmekte olduğu kanımızı kuvvetlendirmektedir, zira "diğer

delilleri" ifadesi madde metni ve yasada somutlaşmış değildir. Burada yargı faaliyetinin HMK 31. madde ışığı ile yönünü bulması amaca uygun düşecektir. Madde metninden anlaşılan, hâkim kanaatini, bilirkişi incelemesi yaptırmadan da oluşturabileceği, açık aykırılık ve benzerlikler karşısında adil yargılanma hakkını ihlal etmeden, makul süre içinde karar verebilmesi böylece olanaklı olabilecektir. Bu durumda, hâkim, senetteki imzayı, alınan yazı örneği ile karşılaştırırken bir kanıya varamamışsa, bilirkişi delili için toplayacağı karşılaştırmaya uygun imza ve yazı örneklerini de bu aşamada toplayıp karşılaştırabilir. Bu durumda, nikah defteri[1063], inkar edenin resmi bir senetteki imzası, örneğin ticaret sicilindeki imzası, inkar edenin mahkemede, başka bir uyuşmazlıkta tanık veya bilirkişi olarak attığı imzaları, uygulamaya- karşılaştırmaya yarar imzalar olarak[1064] kabul edilmektedir.

Hâkimin, anılan şekilde kanaat elde edememesi sonucunda, bu durumu gene nesnel temellere dayalı olarak açıkladıktan sonra, karşılaştırmaya yarar ilgili yazı ve imzalar, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, getirildikten sonra hem mahkemede elde edilen yazı ve imzalar hem de getirtilmiş yazı ve imzalar ile bilirkişi incelemesi yapacaktır. Bu inceleme sonucunda verilecek olan bilirkişi raporunu da hâkim serbestçe değerlendirecektir.

e.Güvenli Elektronik İmzalı Belgeler

Güvenli elektronik imzalı belgeler konusunda da, hâkim, yasa koyucu tarafından HMK sisteminde pasif bırakılmamıştır. 205. maddenin son fıkrasında, elektronik imzalar ile imzalanmış belgelerin, güvenli elektronik imza ile gerçekten imzalanıp imzalanmadığını, hâkim resen incelemesi gereklidir. Bu konuda, senetlerdeki gibi, sahtelik iddiasının ileri sürülüp sürülmemesine bakılmaksızın, hâkimin elektronik imzanın niteliğini resen incelemesi gereğine işaret edilmiştir.

[1063] Tanrıver, Usûl Hukuku, s. 849
[1064] Yavaş, s. 136

Güvenli elektronik imza, 5070 sayılı 15.1.2004 tarihli Elektronik İmza Kanunu'nun 4. maddesinde tanımlanmıştır. Maddeye göre, güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış veride sonradan her hangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imza olarak tanımlanmıştır. Aynı yasa 23. maddesi de aynı şekilde güvenli elektronik imza ile imzalanmış verileri senet hükmünde saymıştır. İmza türü de resen incelenmelidir. Tarafların itirazlarının olup olmaması inceleme için koşul olmadığı gibi, hâkim, verinin doğruluğuna dair kuşku duyup duymadığına bakmaksızın belgenin niteliğini araştırmakla ödevli kılınmıştır. Hâkim, bu tür belgeleri değerlendirebilmesi için, imzayı görülür kılacak teknik donanım ve yazılıma sahip olması gereklidir, teknik bilgi ve donanım yoksunluğunda bu konuda bilirkişi deliline başvurması gereklidir[1065]. Uygulamada, güvenli elektronik imzalı belgelerin internet ortamına yüklenmiş olması durumunda, bilgisayar çıktılarında ulaşılabilecek internet adresi ile denetim yapılabilmektedir.

Güvenli elektronik imza ile ilgili olarak HMK 210. maddesi de hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama alanı bulup bulmayacağı yönü ile incelenmelidir. Güvenli elektronik imzanın inkar edilmesi durumunda, hâkim inkar edenin hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde görüşünü alarak, yani kendisini dinlemek suretiyle sahtelik yönünden bir kanıya ulaşamaması durumunda bilirkişi incelemesi yaptırması gerekecektir. Hâkimin tarafları dinlemekle kanıya varamaması durumunda da HMK 27. maddesi gereğince taraflara kanıya neden varamadığını da nesnel temellere dayalı olarak hâkim açıklamalıdır. 210. madde gerekçesinden de anlaşıldığı gibi, inkar eden tarafın yapacağı açıklama mahkemede kanaat uyandırdığı takdirde bilirkişi incelemesine başvurması gerekmeyecektir. Hâkimin, inkar eden

[1065] Bulur, Alper: E-İspat, ABD, Y.66, S.2, Bahar 2008, s.103; ayrıca, EİK 8. Maddeye göre, elektronik imzanın güveneli elektronik imza niteliği kazanabilmesi için 5070 sayılı yasaya göre kurulan bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından oluşturulan nitelikli elektronik sertifikanın olması aranmıştır.

tarafa, bu belirsizlik hali nedeniyle yani inkarın yarattığı varsayılan kuşku üzerine, davayı aydınlatmak amacı ile delili aydınlatmaya yönelerek soru sorması, açıklama yaptırması gerekebilir. Bu hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir uygulaması olarak kendisini gösterecektir.

f.Belge Aslının İstenmesinin Gerektiği Durumlarda

HMK 216. maddesinde "mahkemece belge aslının istenmesi ve geri verilmesi" başlığı ile düzenlenmiş bulunan durumda ise, bir tarafın verdiği belgenin sadece örneğinin ibrazında, hâkimin belge aslını istemesinin, hem hâkimin kendiliğinden hem de taraflardan birinin istemi üzerine isteneceği düzenlenmiştir.

Hâkimi belge sureti ile yetinmeyerek, belgenin aslının istenmesine yönlendiren sebep ya taraflardan kuşkulanması ya da tazı ve imza inkarı söz konusu ise, incelemenin belge aslı üzerinden yapılması bir gereklilik olarak ortaya çıkabilecektir[1066]. Hâkimin, belgenin doğruluğuna dair duyduğu kuşku var olduğunda, aslında bir belirsizlik hali söz konusu olduğunu düşünülebilecektir. Hâkimin kuşkulanması ile doğan, belgenin doğruluğuna dair belirsizliğin giderimi ödevi, 216. madde hükmünden kaynaklansa da, taraflarca getirilme ilkesine karşın, hâkimin, bir sahtecilik veya aslına uygun olmama iddiası ileri sürülmese de, , kuşkusunun doğurduğu belirsizlik halinin teşhisi sonrası böylesine eylemsellik içine girmesi söz konusu olmaktadır. Hâkimin bu şekilde hem yetki hem ödevlendirilmiş olmasının nedeninin 216.maddenin, 31. maddenin bir uygulaması olması olduğu ileri sürülebilir. Zira hâkimin davayı aydınlatma ödevi, sadece tarafların beyanlarındaki belirsizliklerin giderimi ile yani tek bir madde ile sınırlı olmayıp, egemen bir ilkeden beklenen şekilde, HMK'ya ve özel hukuk yargısı mevzuatının bir çok yerindeki hükümlerde yol gösterici ve ilgili hükümlerin yorumsal temelini ve uygulamasına hizmet ediciliği sağlamak için düzenlenmektedir.

[1066] Yılmaz-Şerh, s. 1100

Hâkim, 216. madde ve 31. maddenin gereğini yaparak belge aslını isteyecekse, bunun keyfi olmaması, gerçekten belgeye güveni kaldıracak geçerli bir sebebin bulunması gereklidir ki, yargılamasının uzamasına neden olunmasın; ayrıca özellikle ticari davalarda belge asıllarını dava dosyasına getirmek, aynı zamanda ticari yaşamı da aksatabileceğinden, hâkimin belge sureti ile yetinmemekte nesnel ve makul bir kuşkusu veya sebebi olmalıdır.

HMK 220. maddesi de, HMK 31. maddesi ile bağlantılı olarak incelenmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz. 220. madde tarafın belgeyi ibraz etmemesi başlığı ile, ibrazı istenen belgenin, ileri sürülen konunun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği ya da ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği ya da belgenin var olduğu resmi kayıtla anlaşıldığı ya da başka bir belgede ikrar olunduğunda, mahkemenin bu belgenin ibrazı için kesin süre vereceği ve yerine getirilmemesi durumunda izlenecek yol düzenlenmiştir.

HMK 220. maddesine göre, mahkemenin vereceği kesin sürenin egemen ilkeler ile değerlendirilmesi ise, HMK 31. madde ile ilişkilendirilerek anılan maddedeki "delil gösterilmesinin istenilmesi" ile bağlantılı olduğu düşünülebilir. Temelde, davada, sadece ispat yükü ve yerine getirilmemesi durumunda oluşacak usûli sonuçlar hakkında olduğu düşünülecek olan, 220. madde, aslında dava malzemesinin sunulmasından sonra hukuki ve maddi olarak davadaki tüm belirsizlikler ve çelişkiler halinde uygulanması gereken 31. maddenin de bir gereğini yerine getirmektedir. Maddede düzenlenen, belgeyi elinde tutan tarafa süre verilmesi, takibinde yemin teklifi ve gene üçüncü fıkradaki gibi belgeyi ibraz etmesine karar verilen tarafın kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı süre delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkar eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebileceği düzenlenirken, hâkimin ulaşması gereken kanaati düzenlemiştir. Burada, hâkime verilen bir

yetkiden söz etmek olanaklıdır, zira "kabul edilebilir" yönündeki değerlendirme yapılırken hâkimin keyfi ya da öznel değil nesnel gerekçelere dayanması gerekecektir. Dava dosyasına sunulmuş diğer delillerden yola çıkarak hâkim yapacağı değerlendirme ile, dosyaya ibraz edilmemiş delilin aksi yönde kanaate nesnel gerekçeler ile ulaşabiliyorsa , burada hâkimin yetkisini kullanırken ibraz olunmamış belgede, sunmayan aleyhine değerlendirmesinin gerekmediği söylenebilir.

g.Belgenin Üçüncü Kişi Elinde Olması Durumunda

HMK 221. maddesinin HMK 31. maddesi ile bağlantısının olup olmadığı da incelenmesi gereklidir. Madde üçüncü kişinin ya da kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen konunun ispatı için zorunlu olduğuna karar verdiğinde, bir belgenin ibrazını emretmesi ve bu emre karşılık sunulmama gerekçeleri ve sonuçları düzenlenmiştir.

Maddede üçüncü kişideki belgenin delil olarak dayanılıp dayanılmamasının yada üçüncü kişideki belgenin deliller arasında sayılıp sayılmamasının gereğine işaret edilmeden düzenlenmiştir. Bu anlamda, hem teksif ilkesi hem de ispat yükü kurallarını ihlal etmeden uygulanabileceği gibi, HMK 189/son maddesi gereği de caiz olmayan/ caiz olan delil ayrımında hâkim tarafından üçüncü kişideki belgeye dayanılmış belgenin "gereği" ve "uygunluğu" yönünden değerlendirileceği düzenlenmiştir. Hüküm bu anlamıyla HMK 189/son maddesinin somutlaşmış bir hali olarak değerlendirilse de HMK 31. maddenin uygulanmasında da 220. madde yardımcı bir hüküm olarak değerlendirilebilir. Davada meydana gelen veya baştan beri var olan hukuki veya maddi belirsizlik ve çelişki karşısında hâkim, taraflara bunu giderecek delil olup olmadığını soracak, delil sunulmasını isteyecektir. HMK 27. madde gereği taraflara neredeki bir bilginin bu belirsizliği veya çelişkiyi gidereceğini açıklayıp, buna delil olarak dayanılıp dayanılmadığını sorması 31. madde

yönünden gerekli olup, eğer bu aşamada üçüncü kişideki ya da kurumdaki bilgi veya belgeye dayanılmış ise, bu durumda uygulanacak yöntemler düzenlenmiştir.

HMK 221. maddesinin bir başka bakışla değerlendirilmesi ile de, 2. fıkradaki gibi elinde belgeyi bulunduran üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmemesi konusundaki açıklamaları hâkimin yeterli görmemesi durumunda, bu kişiyi tanık olarak dinlenmesine dair yetkisi, öncelikle senetteki bilgiye ulaşmak adına maddenin verdiği yetki ile hareket ederek üçüncü kişiyi tanık olarak dinlemesi, buna dair giderleri de tarafların ikmal ettiği ya da edeceği giderden karşılıyor olması, davadaki belirsizlik ve çelişkinin giderimi için toplanması gereken bu delildeki bilgiye ulaşmak için gereklidir. Bu faaliyetlerin bir dayanağı da, davayı aydınlatmak olduğuna göre, bu durumda 31. madde ile bağlantılı hüküm olarak değerlendirmemiz mümkündür diyebiliriz.

ğ. Ticari Defterler ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantısı olup olmadığının değerlendirilmesi gereken bir başka senet deliline dair norm da HMK 222. maddesi olduğunu düşünüyoruz. Madde, ticari defterlerin ibraz ve delil olmasını düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrasında, ticari defterlerin ibrazına hâkimin "kendiliğinden" karar vereceğini düzenlemektedir. Davadaki belirsizlik ve çelişki karşısında aydınlanmamış bir noktanın bulunması halinde, davaya bakan hâkim, aydınlatma ödevi gereğince 222/1. maddeye dayalı olarak ticari defterlerin ibrazını istemesi olanaklıdır. Hâkim, ticari defterlerin ibrazını, davanın aydınlanması için gerekli değilse , sırf ticari sırlara ulaşmak ya da taraflı bir tutumla, davada bir tarafın ticari faaliyetini aksatmak amaçlı istememesi gereklidir. Bir başka deyişle, hâkim dayanılmadığı halde, ticari defterleri delil olarak sunulmasını isteyebilmesi de sınırsız kabul edilmemelidir. Öğretide, bu konuda, haklı sebeplerin varlığı mevcutsa, bu sebepler de ispatlanmışsa ticari defterlerin

ibrazına hâkimin kendiliğinden karar verebileceği, bu normun taraflarca getirilme ilkesinin bir istisnası olmadığı, bunun için ticari davalarda bir gerekçenin bulunmadığı belirtilmiştir[1067]. Aksi yönde ise, HMK 219. maddesinde ilk fıkrası ilk cümlesinde[1068] tarafların dayandıkları tüm belgeler yönünden ibraz zorunluluğu getirmesi karşısında, HMK 222.maddesinin hiçbir koşul aranmaksızın kendiliğinden ticari defterlerin ibrazının istenilmesine olanak tanımasının taraflarca getirilme ilkesine açık bir istisna oluşturduğu, ayrıca somutlaştırma yükü ve taraflarca getirilme ilkesi karşısında 222.madde hükmünün isabetli bir düzenleme olmadığı ifade edilmiştir[1069].

HMK kapsamında, hâkimi ticari defterleri kendiliğinden ibraza yönlendirecek gerekçe, kanımızca ancak HMK 31. maddedeki belirsizlik ve çelişki halinde ve de bu delile dayanılmış olması durumunda oluşabilir[1070]. Aksi durumda, hâkimin dayanılmamış bir delile yönelmesinin hukuki sebebi olmayacaktır. Tarafların dayanmamasına karşın, hâkimin davayı aydınlatma ödevini ihmali ya da kasten yerine getirmemesi durumunda, ticari defterler celp edilmez ve incelenmezse kanun yolu incelememizde görüleceği gibi, bu durumun kanun yolu aşamasında ileri sürülmesi olanaklıdır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, 222. maddesi kapsamında resen bu delilin celbi dışında, hâkimin ticari defterleri incelemesi sırasında da, belirsizlik veya çelişki tespit edebilir. Yasada böylesi bir durumda ne yapılması gerektiği yönünde bir düzenleme söz konusu olmasa da, kural olarak ticari defterlerin varlığına rağmen dayanak belge aranması normun amacı olan ticari defterle ispata avantaj sağlama amacı ile bağdaşmayacağı

[1067] Yılmaz, Ejder : Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nn Bu Konuda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi, Türkiye Bankalar Birliği, Ocak 2013 (Ticari Defterler), s. 34

[1068] *"MADDE 219- (1) Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar."*

[1069] Taşpınar Ayvaz, Sema : Ticari Defterlerin İbrazı Ve İspat, Ticaret Hukukuna Hukukun Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Sempozyumu, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gazimağusa 2015, s.146 (Ticari Defterler)

[1070] Erdönmez, s. 186 vd.

belirtilmiş[1071], ispat yükü kendisine düşen tarafın belirsizilik veya çelişkiyi gidermek için dayanak belgeleri sunmasının gerekli olacağı ifade edilmiştir[1072].

222. maddenin İkinci veya üçüncü fıkradaki gibi, kabul edilebilirlik koşulu içinde kayıtların bir birini doğrulaması durumu ya da beşinci fıkradaki gibi bir taraf diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul etmiş olsa bile, defter içeriğinin incelenmesi durumunda, kayıtlardaki betimlemeleri, rakamsal verileri, hâkim tam anlamıyla anlayıp değerlendirmekten uzak bir teknik bilgi sahibi olmayabilir. Bu durumda hâkimin hem öznel hem nesnel bir kanıya ulaşamamasına neden olacaktır. Böylesi durumda, muhasebe bilgisine sahip bilirkişiden ticari defterleri incelemesi için yararlanabilir ve ispat yükü kendisine düşen taraftan bu konuda açıklayıcı bilgi, kayıt delil isteyebileceği gibi, bu konulardaki bilirkişi ücretini de o tarafa yükleyebilir. Kanımızca bu konuda sevk eden ve yetki veren HMK 31. madde hükmü olacaktır.

HMK 222. maddesinde düzenlenen ticari defterler, delil kuvveti olarak mülga TTK 82-86.maddeleri temel alınarak normlaştırılmış, hem senetle ispat kurallarının katılığını giderici hem de TTK'da yer verilmeyişinin yaratacağı boşluğun önlenmesi sağlanmıştır[1073]. Ticari defterlerin delil niteliği, bu anlamda ispat ölçüsü açısından önem taşımaktadır. Delilin değerlendirilmesi, değerlendirirken aydınlanmamış noktalarda hâkimin alacağı usûli tavır ve sınırlar bu çerçevede incelenmesi gereklidir.

Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için HMK 222/2. maddesine göre ilgili şekilde eksiksiz ve usûlüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış, defter kayıtlarının birbirini doğrulaması şart olarak kabul edilmiştir. Yasal koşul olarak belirtilen bu şartların ayrı ayrı denetimi, her birindeki belirsizlik ve

[1071] Taşpınar Ayvaz-Ticari Defterler, s. 148
[1072] Yılmaz-Ticari Defterler, s. 32
[1073] Polat, İrem İlayda: Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015, s. 69; Yılmaz-Şerh, s. 1111; Algur, Zeynep Vildan, Ticari Defterler ile İspat, Ankara 2020, s.67

çelişkinin hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Defterlerin eksizsiz ve usûlüne uygun tutulup tutulmadığı konusunda inceleme yaparken buna ilişkin mevzuatın da değerlendirilmesi gereklidir. Konuya ilişkin genel hüküm TTK 64. ve 65. maddesidir. Bu maddelerin çalışmamız açısından önemi, hâkimin eksiksiz ve usûlüne uygun defter kavramı içinde neleri arayacağı, ne noktalarda belirsizliğe müdahale edebileceği, kayıtların birbirini doğrulamasından anlaşılması gerekenin ne olduğuna dair mevzuatın yol gösterip göstermediğinin incelenmesi HMK 31. maddesi ile bağının araştırılmasıdır.

Ticari defterlerde, kanuna uygun tutulmuş iki kaydın birbirini doğrulamasını gereği 222/4.maddede "içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları" koşulu ile sahibi aleyhine delil teşkil edecek şekildeki düzenlemeden anlaşılmaktadır. Bunun temelinde de bir kişinin yalnızca kendi lehine yazdığı konu ve kayıtların başkası aleyhine delil olamayacağı kuralı yer almaktadır[1074].

TTK 64/1. maddesi incelendiğinde, defter içeriğinin olması gereken niteliği hakkında düzenleme getirdiğini görmek mümkündür. Öncelikle defterin tacir tarafından tutulacağı düzenlenmiştir. Ancak HMK 222. maddesinin 5. fıkrasına göre, taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılacaktır. Bu koşullar varsa tacir olmayan taraf, tacir olan karşı tarafının defterlerine delil olarak dayanabilir[1075]. Dosyaya sunulan defterde, ispatı istenen vakıaya dair kayıt yer almamışsa, sunulan deftere dayalı ispat faaliyeti yürüten iddiasını kanıtlayamamış olacaktır, ancak sadece defter sahibi aleyhine kayıt varsa, deftere dayanan taraf iddiasını kanıtlamış olacaktır. Bunun aksi ise başka bir kesin delil ile ispatlanabilecektir. HMK 222/4. maddesindeki açılış ve kapanış onayı bulunmayan, ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan

[1074] Taşpınar Ayvaz-Ticari Defterler, s. 151
[1075] Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 358

ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olacağı düzenlenmekle burada gene uygulanacaktır. Sunulan defterde defter sahibinin hem aleyhine hem lehine kayıt varsa, defterler mevzuata uygun tutulmuşsa, tüm kayıtlar birlikte ele alınır, tutulmamışsa defter sahibi lehine kayıtlar dikkate alınmayacaktır[1076].

Defter sahibinin lehine ve aleyhine yorum yapılabilmesinde, yasakoyucu hâkimi HMK 222. maddesi ile böylece sınırlarken[1077]TTK 64/4. maddesi ile de yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri dışında tutulacak ticari defterlerin işletmenin niteliği ve önemine göre değil, Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (eski adı Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu) tarafından çıkarılacak bir tebliğ ile belirleneceği kabul edilmiştir.

Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ ile[1078] TTK 64. Maddesi gereğince tutulması gereken defterler, yevmiye defteri, envanteri ve defteri kebirden ayrı olarak şahıs şirketlerinin genel kurul toplantı ve müzakere defteri, anonim şirketlerde pay defteri, yönetim kurulu karar defteri, genel kurul toplantı ve müzakere defteri ve son olarak limitet şirketlerde pay defteri ve gene limitet şirketlerde genel kurul toplantı ve müzakere defteri olarak belirtmek mümkündür.

TTK 68/2. maddesi gereğince, tacirin, ayrıca bir gelir tablosu hazırlaması, envanter defterine borçları, nakit paraları, alacakları, taşınmazları, varlık ve borç değerlerini işlemesi gerekecektir[1079]. Üçüncü fıkra gereğince bilanço, gelir tabloları, yıl sonu finansal tablolar oluşturur. Bu tablo ve envanter TTK 66-81. maddelerine de uygun olmalıdır. Tacirin defter tutma zorunluluğu TTK 87. maddesi gereği ticaret siciline işletmesini tescil ile

[1076] Arkan, s. 359-360
[1077] Öğretide bu sınırlama bizce de haklı olarak eleştirilmiştir, her iki tarafın da ticari defterlerinin usulüne uygun tutulmuş olmasına karşın, karşı tarafın defter kaydına dayanan tarafın iddiasının aksini kesin delille ispatlamasını istemek, onun ispat hakkını son derece kısıtlayıcı bir düzenleme olduğu, yasada yer alan koşulu taşıyan ticari defterlere kesin delil niteliği kazandırmanın hâkimi sınırlayıcı özellikte bir düzenlemeyi getirmesinde yasa koyucunun amacının anlaşılamadığı ve isabetsiz olduğu belirtilmiştir, Taşpınar Ayvaz-Ticari Defterler, s. 154
[1078] Resmi Gazete tarihi: 19.12.2012, sayı 28502
[1079] Arkan, s. 348

başlayacaktır[1080]. TTK 64/1. maddesi ile defterlerin üçüncü kişi uzmanlara makul bir süre içinde yapacakları incelemede, işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verebilecek şekilde tutulması düzenlenmiş hem fiziki hem elektronik ortamda tutulma esasları ise Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ'de düzenlenmiştir. Türkiye Muhasabe Standartları'na uyma yükümü, münferit ve konsolide tabloların hazırlanmasında geçerli olacaktır[1081]. TTK 65/1. madde gereğince, defterlere yazılanların, eksiksiz, doğru, düzenli kural olarak da on gün içinde kısaltma, rakam, harf ve semboller kullanıldığında, bunların anlamlarını açıklar özellikle olması gerekmektedir. Defterlerde yer alan kayıt, önceki içeriği tespit edilemeyecek derecede çizilmemesi, değiştirilmemesi gereklidir. Ayrıca, kaydın, önce mi sonra yapıldığı tespit edilemeyen değiştirmeleri de TTK 65/3. maddesi gereği yasak olarak değerlendirilmiştir. Defterler, elektronik ortamda tutulacaksa, bu da Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmalı, TTK 82/5. maddesine ve TDİT 23. maddesine göre saklanma süresince ulaşılmasının ve süre içinde okunmasının sağlanması gerekmektedir. Ayrıca, TTK 65/1. maddesine göre, ticari defter ve kayıtlar da Türkçe tutulması gerekmektedir.

Defterlerin, fiziki ortamda tutulması halinde, TTK 64/3. maddesi gereğince yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri, pay defteri, yönetim kurulu karar defteri, genel kurul toplantı ve müzakere defteri açılış onayına tabidir. Onay da noter tarafından yapılacaktır. Açılış sonrası onaylar, kullanılacağı faaliyet döneminin ilk ayından son ayına kadar yapılacaktır. Pay defteri, genel kurul karar ve müzakere defteri, izleyen faaliyet döneminde açılış onayı olmadan kullanılabilir. Yevmiye defterinin kapanış onayı, izleyen hesap döneminin altıncı ayının sonuna kadar, yönetim kurulu karar defterinin kapanış onayı izleyen hesap döneminin birinci ayının sonuna kadar noter aracılığı ile yaptırılır.

[1080] Arkan, s. 346
[1081] Arkan, s. 347

Ticari defterlerin sahibi lehine delil olması için gerekli şartlar değerlendirilmelidir. HMK 222/2. maddesinde ticari defterlerin ticari davalarda delil olacağı düzenlenmiştir. Öğretide, HMK 222. maddesinin tümünün değerlendirilmesi ile ticari defterlerin, tacirler arasında ve her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili davalarda, sahibi lehine delil olarak kullanılabileceğinin anlaşılabileceği değerlendirilmesinde bulunulmuştur[1082]. Bu yoruma da TTK 18. ve 64. maddesi gereği ticari defter tutmakla tacirlerin yükümlü olması gerekçe gösterilmiştir.

Bir başka koşul değerlendirmesi ile de, uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari defterlerine geçirmesi gereken bir ticari işten kaynaklanması gerektiği belirtilmiştir[1083]. Bunu yanı sıra, defterin sıradan bir defter değil, TTK 64. maddesinde sayılan ticari defter niteliğinde olması, kanuna uygun olarak tutulmuş olması gereklidir[1084]. TTK 64/3-4. maddeleri gereğince kapanış ve açılış olaylarının yapılmış olması zorunludur.

Ticari defterlerin, "açılık ve doğruluk" esasına uygunluk koşuluna uygun olması gereklidir[1085]. TTK 65. maddesinde defterlere yazımlar ve diğer gerekli kayıtların, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılması gerektiği düzenlenmiş, madde gerekçesinde ise bu unsurlar açıklanmıştır[1086]. Gerekçe incelendikten sonra konu değerlendirildiğinde, hâkimin HMK 222. maddesi anlamında kanuna ve usûlüne uygun defter kavramını bu esaslara

[1082] Topal, Ömer: Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015, s. 125; Polat, s. 70-74; Arkan, s. 350
[1083] Topal, s.132; Polat, s. 74
[1084] Polat, s. 77
[1085] Polat, s. 26
[1086] "Tamlık, kısaca işletme iş ve işlemlerin eksiksiz olarak yani herhangi bir boşluk yaratmadan muhasebeleştirilmesi, kaydı gereken bir iş ve işlemin kayıt dışı bırakılmaması demektir. Muhasebedeki tamlık ilkesi bilançodaki tamlık ilkesinden farklıdır. İkincisi aktif ve pasiflerin tamlığını, aktif ve pasif listesinin ne eksik ne de fazla olmasını ifade eder.

Doğruluk, kaydın gerçeğe uygun ve sadık bir biçimde iş ve işlemi yansıtmasıdır. İşlemin, gerçeğe sadık bir şekilde muhasebe kaydı haline gelmesi, inceleyenin yanlış yorumlara yöneltilmeden aktarılmasıdır(…)

Zamanında kayıt, muhasebe kaydının zamanında yapılması, sonraya bırakılmaması gereğini ifade eder. İlke muhasebe kaydının 5-10 gün gibi belirli sürede yapılmasını öngörmemekte, genel kabul göre muhasebe kurallarına uygun olarak, "zamanında" ölçüsünü kullanmaktadır. "Zamanında" hemen veya derhal anlamına gelmediği gibi, haftalara da izin vermemekte, gerçekçi ancak kısa bir süreye yani muhasebeleştirmenin olağan süresine işaret etmektedir.

Düzen ilkesi ile, yapılan iş ve işlemlerin kaydının zaman akışına göre, yani kronolojik sırada tarih ve belge numarası dikkate alınarak yapılması kastedilmektedir"

uymasını arayarak değerlendirmesi, unsurlarda belirsizlik ve çelişki olması durumunda nu noktalara HMK 31.madde ışığı ile izleyecek usûlde kavrayış ve idrakine uygun incelemeyi yapması, bu kavrayış ve idrakin nesnelleşmesi gerekmektedir.

Ticari defterlerin, delil niteliği yönünden kesin delil veya takdiri delil olup olmaması da, HMK 31. maddesi açısından önem taşımaktadır. Öğretide bir değerlendirmede, HMK 222. maddesinin, sistematik olarak belge ve senet delili içindeki bölümde düzenlenmiş olması, üçüncü fıkrasında, ticari defterlerin aksinin senet ya da kesin delillerle ispatlanmamış olmasından yola çıkarak, kesin delil niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür[1087].

Aynı gerekçelerle, TTK 4. maddesinin HMK'ya ticari davalarda delillere dair yaptığı atıf ve mülga TTK 83. maddesinin de işareti ile bu sonuca ulaşılmıştır[1088]. HMK m. 222/3'te, "defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispat edilmemiş olması" şeklindeki düzenleme nedeniyle ticari defterlerin senet gibi kesin delil olduğu, bunun aksinin ise aynen HMK m. 201 gibi senede karşı senetle ispat gibi düzenlendiği belirtilerek nitelik itibariyle kesin delil olduğu belirtilmiştir[1089]. Bir başka görüş de, HMK 222/3. maddesinin ifadesinden ticari defterlerin sahibi lehine delil olmasından ziyade, kesin delil olma koşulunu düzenlediğini değerlendirmektedir[1090].

Bir başka değerlendirmede ise, ticari defterlerin onaya tabi olması nedeniyle bir vakıanın belirlenmesinde başka bir kanıta gerek kalmadan yeterli kanıt niteliğinde olması durumunda, vakıa ispatı için senetle ispat değeri taşıyacağı ve bu nedenle HMK 201. madde gereği aleyhine tanık dinlenemeyeceği ileri sürülmüştür[1091].

[1087] Topal, s. 111; Börü, Levent/ Koçyiğit, İlker: Ticari Dava, Ankara 2013, s. 628
[1088] Yılmaz-Ticari Defterler, s. 30
[1089] Taşpınar Ayvaz-Ticari Defterler, s. 149
[1090] Karslı, s. 620
[1091] Umar-Şerh, s. 691

Azınlıkta olan görüş[1092] TTK genel gerekçesinden hareketle yani gerekçedeki "Artık pek çok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticari defterlerle ispat usûlüne son verilmiştir. Ticari defterler doğal olarak mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır." ifadesi ile takdiri deliller içinde ticari defterleri değerlendirmektedir. TTK 82. maddesi gereğince ticari davalarda, defterlerin sunulması için geçerli bir çıkarın olması şartı aranamayacağını; ancak defterlerin, sahibi lehine değerlendirilmesi konusunun mahkemenin takdirine bağlı olduğunu, bu nedenle de defterlerdeki kayıtların aksinin tanık ve diğer takdiri delillerle ispatlanabileceğini ileri sürmüşlerdir[1093]. Bir başka değerlendirmede ise, ticari defter kayıtlarının, takdiri delil niteliğinde olduğunu açıkça dile getirmekte, defter kayıtları, taraflarca düzenlenen yazılı metinlerdir ve bu kayıtlar, uyuşmazlık öncesi tarafların karşılıklı ilişkilerini ortaya koyması itibariyle, tarafların isticvabında olduğu gibi hâkim, defter kayıtları ile bağlı olmayacaktır[1094].

Öğretide, bir görüş de ticari defter ve kayıtları delil başlangıcı olarak değerlendirmiştir, ancak bu değerlendirme, 6762 sayılı TTK 83. maddesinin yürürlüğü döneminde ileri sürülmüş, gerekçe olarak da hâkimin defter ve kayıtlar ile ilgili yemin teklif edebilmesini esas almıştır[1095]. Ticari defter kayıtlarının kesin delil olmadığını kabul eden bir başka yazar da, ticari defter kayıtları ile ispatın, 6102 sayılı TTK'da yer almadığını, HMK'da da tamamlayıcı yeminin kaldırıldığını, bu nedenle de ticari defterlerin, takdiri delil olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür[1096].

Ancak TTK'daki bu değerlendirme, HMK 222. maddenin yeri, içeriği ve üçüncü ve dördüncü fıkralarındaki ispat gücü ile bağdaşmamaktadır. TTK'daki genel

[1092] Dedeağaç, Ender: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Ticari Defterlerin Delil Olma Özellikleri, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Görev ve Yetki, Ankara 2011, s.217
[1093] Arslanlı, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul 1960 s. 144
[1094] Yıldırım, Kamil: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 217
[1095] Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 250
[1096] Yavaş, Murat: Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, s.290

gerekçelendirmenin, böylesi bir şekilde, HMK 222. maddeden farklı bir nitelik göstermesi, 222. maddenin Adalet Komisyonu gerekçesinden, HMK Tasarısı 225. maddesinden sonra gelmek üzere 228. madde olarak eklenmesi ile getirildiğini, bu yönü ile TTK tasarısında yer verilmemesinden sonra, HMK Tasarısı'nda da bulunmamış hali ile TTK genel gerekçesinin hazırlanmış olduğu belirtilebilir. Bu nedenle, ticari defterlerin kesin delil olarak kabulüne dair görüşlere biz de katılıyoruz.

Ticari defterlerin kesin delil olarak kabulü ile ilgili dayanıldığı vakıaya yönelik olarak, ticari defterlerde belirsizlik ve çelişkili olmaması halinde, anılan vakıa kesin delil ile ispatlanmış olacaktır, ancak defterlerdeki belirsizlik ve çelişki karşısında HMK 31. madde uygulaması yapılırken, çelişki ve belirsizliğin giderimi için toplanacak deliller için kesin delil olması kanımızca öncelikli olarak aranmalı, ancak kesin delil elde etmenin ya da sunulmanın olanaksızlığı karşısında, belirsizlik ve çelişki içeren defter, delil başlangıcı sayılarak takdiri deliller dosyaya sunulabilmelidir. HMK 31. madde aydınlatma araçları olan soru sorma ve açıklatma usûlleri ticari defterler için de geçerli olmalıdır.

Ticari defterler, yasal koşulları taşımaması nedeniyle sahibi aleyhine delil olması durumu ise, belirsizlik veya çelişki olarak görülmemelidir, zira bu durum ispat hukuku yönünden, TTK 64. ve devamı maddeleri gereği defterlerin tutumunda bir düzen, aksi halde ispat kolaylıklarından yararlanamama niteliği taşımaktadır. HMK 222/4. maddesi ticari defterlerin açılış ve kapanış onayı bulunmaması ile sınırlı tutarak[1097] bu durumda sahibi aleyhine kesin delil niteliği taşıyacaktır; bu durumun dışında da HMK 222/5. maddesi gereğince, tacir olmayan kimsenin tacir olan tarafın ticari defterlerine dayanması durumunda da sahibi aleyhine ticari defterler delil olarak incelenebilecektir[1098]. Bu durumda, hâkim,

[1097] Topal, s. 158; Yılmaz, Şerh, s. 1161
[1098] Polat, s. 88; Topal, s. 159

aydınlatma ödevini yerine getirirken anılan ispat yükü sınırlarına da dikkat etmesi gerekli olacaktır.

h.Yabancı Dilde Düzenlenmiş Olan Belgelerde Durum

HMK 31. Maddenin senet delili ile ilgili son hükmü 223. maddesi son fıkrası olup, bu temelde yabancı dilde yazılı belgenin anlaşılması için hâkim 31.madde ile bağlı ve bu maddenin görünümü olarak belgenin Türkçe'ye resmi çevirisini isteyebilecektir. Kanımızca, hâkim, ilgili belgeye dair yabancı dil bilgisi olsa ve belgede yer alan bilgiye ulaşsa bile, kendi bilgisinin denetlenebilmesi amacı ile çevirinin yapılması HMK 27. maddesinin de bir gereği olarak yapılmalıdır. Belgenin, davada anlaşılırlık yani belirlilik vasfını kazanması için yapılacak faaliyetleri HMK 31. maddenin bir uygulaması olarak kabul etmek kanımızca olanaklıdır.

3. Yemin Delili Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Yemin delili, HMK içerisinde 224-240. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 1086 sayılı HUMK'da 337-362. maddeler arası düzenlenmiş olan bu delil türü ile, HMK düzenlemesi bazı farklar içermektedir. HUMK'daki düzenlemelerden, HMK farkı, 355-362. Maddeler arasında düzenlenmiş bulunan hâkim tarafından resen teklif edilen yeminin HMK'da yer almamasıdır[1099].

Yemin delili, kavram olarak HMK'da tanımlanmamış, konusu, usûlü, sonuçları düzenlenmiştir. Yemin, taraflardan birinin, bir vakıanın doğru olup olmadığı hakkında namusu, şerefi ve kutsal saydığı bütün inanç ve değerleri üzerine beyanda bulunması olarak tanımlanmıştır[1100]. Bir başka ifade ile, ilgili vakıanın doğruluğuna, namus, şeref ve kutsal

[1099] Yılmaz, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2012, s. 42; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 428
[1100] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 428; Yılmaz-Şerh, s. 1115

sayılan değerlerin tanık gösterilmesi olarak belirtilmiş[1101], bir başka değerlendirmede, davanın çözümü bakımından önem taşıyan çekişmeli olan ve kendisinden kaynaklanan maddi vakıaların doğruluğuna dair anılan değerlerin üzerine beyanda bulunulması olarak tanımlanmıştır[1102]. Bu beyanın kanunun aradığı şekil şartlarına uygun olması gereklidir[1103].

Yemin, kesin delil işlevinde olup, konusunu oluşturduğu olay hakkında, kendisine teklif edildiği halde, yemin yerine getirilmediği takdirde ikrar etmiş sayılmasına neden olacak bir ispat işlevine sahiptir, hâkim yeminden kaçınmanın sonucunu takdir edemeyecektir[1104].

HUMK'un yürürlüğü döneminde, taraf yeminin yanı sıra, hâkim tarafından teklif edilen yemin de bulunmaktaydı. HUMK 355. maddesinde düzenlenen bu yeminde, takdiri delillerle ispatın olanaklı olduğu durumlarda, hâkimin kendi kanaatini güçlendirmek için davanın tarafına yemin teklif etmesi söz konusu olmaktaydı. HMK genel gerekçesinde tamamlayıcı yemin olarak da adlandırılan bu kuruma yer verilmemesini takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde, hâkim kanaatin yemin ile değil, diğer delillerle tamamlanmasının kabul edildiği belirtilmiştir.

HMK 225. maddesi, yemin delilinin konusunu düzenlemektedir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından, 225. madde incelendiğinde, HMK 31. maddesinin bir yansıması ya da görünümü olarak kabulünden söz edilmese de, hâkimin yemin delilini değerlendirmeden önce, yeminin konusunu oluşturan vakıaların belirlenmiş olması, çelişkisiz hale getirilmesi gereklidir. Aksi durumda bu delilin dosyada yer alması ve değerlendirilmesi olanağı olmayacaktır kanısındayız. Yemin delili kapsamında düzenlenen 227/2. maddesi değerlendirildiğinde, yemin telif olunan kimsenin, yemini edaya hazır olduğuna dair açıklaması, belirsizlik ve çelişki içermekte ise, hâkimin, yemini edaya hazır olan tarafa soru

[1101] Karslı, s. 518
[1102] Tanrıver, Usûl, s. 864
[1103] Üstündağ, Yargılama, s. 684
[1104] Postacıoğlu, s. 694

sorması, açıklama yapmasını istemesi gereklidir. “Yemini edaya hazır olma iradesini”, hâkim tam bir kanaate varıncaya ve dosyadan bu beyanların üçüncü kişilerce de anlaşılır belirginliğe ulaşana kadar aydınlatma faaliyetinde bulunmalıdır.

Yemin ile ilgili olarak, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile birlikte değerlendirme yapılabilecek bir başka hüküm de HMK 233. ve 237. maddeleridir. Yeminin şekli ile yeminin konusunun açıklattırılması birlikte incelenmelidir. HMK 233/3. maddesinde, yemin edecek kişinin yemin konusunun yeterli açıklıkta olmadığını ileri sürmesi durumunda, hâkim diğer tarafı dinleyip, bu konuda da karar vermesi gerektiğini düzenlemiştir. 237. maddesinde ise, hâkimin eksik olan noktaları tamamlamak ya da açık olmayan konuları aydınlatmak için yeminin konusu ile bağlantılı gördüğü soruları yemin eden tarafa sorabileceği düzenlenmiştir.

Yemini yerine getirecek kimse, HMK 232.madde gereğince, davanın tarafı olan kişidir. Gene davada, tarafın yasal temsilcileri, ikinci fıkra gereğince yemini yerine getireceklerdir. HMK 31. maddesinde de davayı aydınlatma ödevinde hâkim muhatap olarak tarafları almaktadır. HMK 237. maddesinde ise, eksiklikleri ve belirsizlik durumunda hâkimi harekete geçirmekte, HMK 31. maddesi ile aynı konuda açıklama yaptırmaya yönlendirmektedir. Hükme göre, bu aydınlatma ödevinde, hem tamamlatma, hem de belirsizliği gidermek için yemin konusu ile, sınırlı ve bağlantılı olarak soru yönetme yetkisi vermektedir.

HMK 237. maddesi, 31. maddenin en somut görünümlerinden biri olarak karşımıza çıkmakta olduğu söylenebilir. Hükmün sözü incelendiğinde, öncelikle, yeminin eda edilmesi, edayı izleyen aşamada 31. maddeden doğan ödevi ile açıklattırma ve tamamlama faaliyeti soru araç kılınarak gerçekleştirilmektedir. Burada, önemli bir ayrıntı da, eksiklikleri

tamamlatma işlevinin[1105], iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının bir istinası olmadığını, burada , yemin konusu vakıalarda bir eksiklik varsa, buna dair belirsizliğin giderilerek, tüm dava sebebi vakıaların eksiksiz aydınlatılmasının amaçlandığı düşünülebilir. Ön inceleme aşamasında belirginleşmemiş bir vakıanın ispat faaliyeti sonucu son olarak yemin delili değerlendirilecekken davayı bu şekilde yavaşlatması, aksatması sonucu da doğacağından hem yeminin konusu hem de tahkikatın doğru yürütülmesinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin önemi açıktır.

HMK 237. madde gerekçesinde, "kendisine yemin teklif olunan kimse, sorulan sorulara yemini tahtında cevap verdikten sonra, hâkimin ancak o konu ile bağlantılı açıklamalar isteyebileceği, başka konular hakkında soru soramayacağı hüküm altına alınmıştır" şeklinde belirtilirken, maddenin asıl amacının hâkimin soracağı soruların konusunu dağıtmamak olduğu görülmektedir. Ancak bu maddenin bir başka işlevi de hâkimin 31. maddenin verdiği ödev ile, pasif kalmaması, açık hüküm ile yani HMK 237.madde ile yemin delilini toplarken belirginliğin de sağlanmasıdır. Madde gerekçesi aslında sözü ile belirgin olan bu aydınlatıcı yetkinin 31. madde[1106] görünümü olarak yorumlanmasıyla ödev haline geleceği, ancak yeminin konusunu oluşturan olaydan uzaklaşmamak gerektiği yönünde açıklayıcı olmasıyla yararlı olmuştur. Zira hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında,

[1105] Uyarma görevleri; müzakere kuralının özüne dokunmaz veya değişiklik getirmez. Çünkü mahkeme; uyarılardan sonra davaya kendiliğinden yeni maddi olgular ekleyemez Alman Hukukundaki hâkimin uyarma görevinin kapsamının çok geniş yorumlanabileceği anlamına da gelmez. Hâkimler; müzakere ilkesi ve hâkim tarafsızlığı sınırları içinde kalarak hareket etmek zorundadır. Hâkimin uyarma görevi; sadece müzakere ilkesinin tamamlanması işlevine sahiptir, Rensen, Hinweispflicht, s. 126 mahkemenin, sorularla ve uyarılarla taraflara, net olmayan taraf beyanlarının açıklığa kavuşturulmasında ve amaca uygun olmayan dilekçelerin amaca uygun hale getirilmesinde destek olmayı amaçlar. Mahkeme şüphesiz, ZPO md.139 çerçevesinde sadece net ve tam olmayan durumlarda tamamlayıcı olarak etkinlik göstermelidir. Hâkimin uyarma görevi ancak, taraf beyanının netleştirilmesinde, eksikliklerinin tamamlanmasında ve üzerinde değişiklikler yapılmasında mahkeme tarafına düşen bir etkinliktir. Yeni maddi dilekçeler verilmesi, yeni maddi olguların ve delillerin ileri sürülmesi; öncelikle tarafların ödevidir. Hâkimin uyarma görevinin kapsamı; dava materyalini sadece tarafların getirmesi ve mahkemenin de taraflarla sadece bunları tartışabilmesi ilkesi aracılığıyla ve yine tarafsızlık emriyle sınırlandırılmıştır. Olası zaman aşımı defi konusundaki uyarma görevi ve sosyal bakımdan daha zayıf olan lehine dengeleme görevi ve bir de maksadı aşan delil buna göre; medenî yargılamada tanınmamıştır. ZPO yeni düzenleme md.139 par.1 fıkra 2 gereği olan hâkimin uyarma görevi, sadece; taraf beyanının netleştirilmesi, eksiklerinin tamamlanması ve üzerinde değişiklikler yapılması yoluyla tarafların maddi haklarını korumayı hedefler, Liu, s. 229

[1106] Yılmaz-Yemin, s. 118-119

dava dosyasındaki tüm deliller ve olaylar belirgin ve çelişkisiz duruma getirilecekse de, yemin delili bir olay için toplanmakta, belli bir olay kesin delil ile kanıtlanmaktadır. Bu yoruma, 229. madde sözü ile ulaşmak olanaklıdır. Bir delilde, davadaki tüm olayları kanıtlamaya yönelecek sorular, hâkimin tarafsızlığına gölge düşürülebileceği gibi, delilin konusunun da dışına çıkacağından isticvap kurumunun sınırlarını da zorlamış olacaktır. Oysa ki, tarafın bilgisine başvurma aracı olan isticvap ile yemin delilinin en önemli sınırı, birinin aydınlatıcı bir çalışma olması, yeminin ise belli bir olay için kanıtlayıcı bir araç olmasıdır. İsticvap aslında 31.maddenin somut bir görünümü iken, yemin delili bir ispat aracıdır. Yeminin toplanması usûl işlemi olsa da, kendisi delildir. İsticvap ise, aşağıda değineceğimiz gibi[1107] delil değil usûli bir işlemdir. Yeminin kesin delil niteliği, onun sınırlarını hassas çizmeyi de beraberinde getirmektedir.

HMK 237. maddesi aslında yemin delilinin konusu yönünden de önemlidir. Yemin konusu vakıanın "belirli" olması, örneği genel bir betimleme ile "tüm borcu ifa etmeme" gibi söyleyiş ile olmaması, hangi borcun hangi tarih, bedel ve tüm unsurları ile vakıa niteliğini içerecek şekilde somut olması[1108] gereklidir. Belirginliğin sağlanmasında, 31. madde, delilin işlevi yönünden de toplanması yönünden de, kritik öneme sahiptir. Aksi durum bozma sebebi olarak değerlendirilmektedir[1109]. Bu noktada, bir başka önemli durum da, hâkim yemin metnini hazırlarken, yemin teklif edenin iradesi çerçevesinde hareket etmeli, yemin teklif edilen de yemini kendisine teklif edilen yemine göre eda etmelidir[1110].

HMK 233. maddesinde, hâkimin açıklayacağı yemin konusuna ilişkin olarak 228. maddedeki davetiyede geçen soruların konusu olacaktır. Yemin konusu, 225. maddesine göre davanın çözümü bakımından önemli olan çekişmeli ve kişinin kendisinden doğan yani sadır

[1107] Bkz.aşağıda § 11/C/II.kısım
[1108] Akil, Cenk: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yeminin Konusu ve Yemin Delilinin Hatırlatılıp Hatırlatılamayacağı Meselesi , Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2014,s. 143; Yılmaz-Yemin, s. 90
[1109] Yılmaz-Yemin, s. 119
[1110] Yılmaz, Yemin, s. 168

olan vakıalar oluşturacaktır. Hâkimi sonuçta bağlayacak olan, gerçek kavramına ulaşıp ulaşmadığı bilinemese de, usûlen ulaşmış sayılacağı kabul edilecektir[1111]. Bu nedenle, yeminin konusunun tam olarak, belirli olması, çelişki içermemesi gerekir ki, davayı sonuçlandıracak kararı hâkim verirken, yeminin inşa edildiği zemindeki olayın sabit olduğu kararını verebilsin. Aksi, nesnel ve bilimsel olmadığı gibi, mantık ile de bağdaşmayacaktır. Burada, yasa koyucu iki yönlü bir olguyu düzenlemiştir. Yemini yerine getirecek olan taraf, hangi olay ile bağlı olacağını bilerek yerine getirecek, diğer yönü ile de hâkim kendisini yasa ile bağlayan bu yemini, uyuşmazlığın hangi vakıa ya da vakıalarını ispat edeceğini bilmesi gerekecektir.

Davanın tarafının da irade ve düşüncesini tam olarak davaya yansıtabilmesi için 238. maddedeki yemin tutanağının düzenlemesi usûlünün de yerine getirilmesi gerekli olacaktır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgili olarak yemin deliline başvurulup başvurulamayacağı ya da bu delilin hatırlatılmasının olanaklı olup olmadığı öğretide tartışılmıştır[1112]. Davanın her türlü kanıt ile ispatlanabileceği hallerde, tarafların yemin deliline dilekçeler aşamasında dayanmış olup olmamalarının önemi olmadığı, özellikle tarafın delil başlangıcına dayanması durumunda, tanık dahil her türlü delille ispat olanaklı olduğu için hâkim tarafından yemin deliline dayanma hakkının hatırlatılacağı, "her türlü delil" olarak veya benzer ifadeler ile belirtilen delil ibrazında gene hatırlatılması gerekeceği belirtilmiştir[1113]. Ancak delilin hasredilmiş olması halinde, bu hatırlatmanın yapılamayacağı, yalnızca belli bir delile dayanan tarafa da yemin deliline dayanma hakkının hatırlatılamayacağı[1114] ileri sürülmüştür. Bu temelde, Yılmaz, Yargıtay'ın kararlarında geçen "sair deliller" ifadesinin ötesinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi yani HMK 31. maddesi

[1111] Üstündağ, Yargılama, s. 685; Yılmaz- Yemin, s.192
[1112] Akil, Yemin, s. 149 vd; Yılmaz- Yemin, s. 126 vd; Alangoya, İlkeler, s. 165 vd.; Üstündağ, Yargılama, s. 688; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 429; Postacıoğlu/ Altay, s. 699
[1113] "*diğer deliller, yasal her türlü deliller, benzer deliller, ve sair deliller, sair yasal delillerin tüm, tüm deliller"* gibi ifadeler; Yılmaz-Yemin, s. 126-135
[1114] Yılmaz- Yemin, s. 137-138

gereğince yeni delil ibrazı yönünden bu hatırlatmanın yapılabileceğini düşünmektedir[1115]. Öğretide, bir başka görüş de, yemin delilinin hatırlatılmasının, ancak dilekçeler aşamasında bu delile dayanılmışsa HMK 119 ve 129. maddesi dahilinde belirtilmişse hatırlatılabileceği yönünde belirtilmektedir[1116]. Bir başka değerlendirmede ise, tahkikatın bitiminin, taraflarca zamanlama olarak bilinememesi, öngörülmesinin olanaksızlığı nedeniyle ispat yükü kendisine düşen tarafın son olarak bu delile dayanıp dayanmayacağının sorulması gerektiği ifade edilmiştir[1117]. Bu görüş de, yemin delilin ancak delil listesinde bulunması koşulu ile hatırlatılmasını savunmaktadır[1118].

Öğretide, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantılı olarak bir değerlendirmede ise[1119] yazılı delil başlangıcına dayanan tarafa, iddiasının ispatı için ayrıca tanık dinletebileceği ya da diğer delillerle iddiasını kanıtlayamayan tarafa, eğer dilekçelerinde yemin deliline dayanmış ise, hatırlatabileceği belirtilmiştir. Bu görüş, kısmen farklı olarak, HUMK yürürlüğü döneminde, 180. maddesinden yola çıkarak yapılan değerlendirmede, dava dilekçesinde delillere dair olan açıklamaların 180. maddeden daha geniş olacağı buy nedenle de delillerin hasrı düşüncesine katılınmadığından[1120] bu eksende Yargıtay'ın yerleşik görüşlerine katılarak, " diğer deliller" ifadesi içine yemin delilinin de katılmasına engel bulunmadığı belirtilmiştir[1121]. HMK döneminde bu konuda gene taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesi ile uyumlu olarak, yani taraf, dilekçeler aşamasında bu delile dayanmışsa, bu delili hatırlatmak hâkimin bir görevi olarak değerlendirilmiştir[1122].

[1115] Yılmaz- Yemin, s. 141, aynı görüşte, Alangoya, İlkeler, s. 165
[1116] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 429; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 761; Karslı, s.612
[1117] Postacıoğlu/ Altay, s. 699
[1118] Postacıoğlu/ Altay, s. 700
[1119] Meriç, Aydınlatma, s. 401
[1120] Üstündağ, Yargılama, s. 477
[1121] Üstündağ, Yargılama, s. 688
[1122] Umar- Şerh, s. 702

Öğretide, gene Yılmaz ve Meriç gibi, Akil de hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile birlikte yeminin hatırlatılması konusunu değerlendirmiştir[1123]. Yazar, bu konuda yemin deliline açıkça ya da "sair deliller" ve benzeri ifadeler ile zımnen yemin deliline dayanılıp dayanılmadığına bakılmaksızın ileri sürülen vakıayı başka kanıtlarla ispat edemeyen ve ispat yükü kendisine düşen tarafa yemin delilinin hatırlatılmasının gereğine işaretle, yemin delilin güvenilirliği az bir delil olduğunu, hâkimin 31. madde gereğince, hâkimin yargılamadaki rolünün de artışı düşünülerek bu hatırlatmayı yapması gerektiği belirtilmiştir.

Yemin delilinin hatırlatılmasına karşı çıkan görüşler[1124] hâkimin tarafsızlığı ile bu hatırlatmanın uyumlu olmayacağını, yasada bu hatırlatmaya dair hüküm olmadığını da görüşlerine dayanak olarak belirtmişlerdir[1125].

Kanımızca, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile yemin delilinin hatırlatılması arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Hatta öğreti ve yargı kararlarında yer bu bulan bu olgu, HMK 31. maddesinin ve HMK öncesinde HUMK 75/2 ve 3. fıkralarının bir sonucudur. Ancak, öğretide kanımızca bu hatırlatma geniş yorumlanarak teksif ilkesi sınırları aşılacak şekilde değerlendirmiştir[1126]. Davada taraflarca ileri sürülen tüm kanıtlar toplanmış olmasına karşın, dava hala aydınlanmamış, hâkimin vicdani kanaati nesnel bir ölçü ile oluşmamışsa son çare olarak yemin delilin toplanması ile hâkimi bağlayıcı yasal kanaat ölçüsü elde edilmesi yoluna gidilecektir. Hâkim, HMK 25/2. maddesini göz ardı ederek, dayanılmamış bir delili toplamaya yönelmesi açık bir kanun hükmüne aykırılık oluşturacağından HMK 46/1-c gereğince hukuki sorumluluk gündeme gelebilecektir. Hâkim, gene HMK 46/1-e maddesine göre hakkı yerine getirmekten de kaçınamayacağına göre, bir ayrıma gitmeli, "yeni delil ibrazı isterken öncelikle HMK 27. maddesine göre davadaki

[1123] Akil, Yemin, s. 160
[1124] Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1940, s. 253; Soner, Lütfü: Hukuk Davalarında Yemin, AD 1971/6, s. 354
[1125] Yıldırım, Deliller, s. 228
[1126] Akil, Yemin, s. 160

gelinen ispat durumunu aydınlanmış ve aydınlanmamış olayların hangileri olduğunu, ihsası reyde bulunmamaya, dikkat ederek taraflara açıklamalıdır. Bu açıklama, taraflara, özellikle ispat yükü kendisine düşen tarafa sunabileceği kanıtlar yönünden önemli ve değerli bir uyarı olacaktır. İspat yükü kendisine düşen taraftan HMK 31. maddesi gereği aydınlanmamış olaya dair kanıt sunmasını istemesi de, 27. madde gereği yapacağı açıklamayı izleyen bir aşama olacaktır. Hâkim, tarafların böylesi bir aşamada sunması gereken kanıtları belirleyerek toplama yoluna gitmesi, 25. maddesinin uygulandığı davalarda kanımızca kabul edilmemelidir. Hâkim, taraflara aydınlanmayan vakıayı işaret etmeli, bu konuda delil sunmaları gerektiğini, özellikle ispat yükü kendisine düşen tarafa belirtmelidir. Taraflara bu konuda vereceği süreden sonra, sunulan delilleri HMK 189/1. madde gereği "süre" ve "usûl" yönünden değerlendirecek, 25/2.maddedeki "getirilmiş olma" yani dayanılmış olup olmadığını değerlendirecek, özellikle 189/1. maddeki usûlü değerlendirirken 145. maddesinin getirdiği sınırı ihlal etmeyecektir. Bu sınır, 119/4, 129/1 ve 140/5. maddedeki süre sınırıdır ki, bu sınır teksif ilkesinin gereğidir. 145. maddeye göre, yasadaki anılan maddelerdeki süreden sonra delil gösterilmesi, ancak "yargılamayı geciktirme amacı taşımamalı" ya da "süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmamalıdır". Gerekçede de belirtilen teksif ilkesini yumuşatan bu düzenleme sonucunda, hâkim belirtilen bu iki kriter ile 189/4. Maddesine göre delilin uygunluğu denetimi yaparak kabul edebilecektir. Yemin deliline, 145.maddesine göre ve 119/4, 129/1 ve 140/5'e göre hiç dayanılmadığı halde, tahkikatın sonlarına doğru 27. ve 31. maddelere göre yeni delil ibrazı istendiği bir aşamada dayanılıyorsa, burada bu delile neden anılan yasal süre ve aşamalarda dayanılmadığı araştırılmalıdır. Yemin delili dilekçe hazırlanırken, belli bir hazırlık içermeyen, ayrı bir araştırma yapılması beklenmeyen, bir sözcük ile delil listesine konulması tereddüt yaratmayacak bir delildir. Tarafın, basiretli olarak bunu yazması kendi lehinedir. Aksine düşünce, HMK 25/2. maddesini yok saymak olacaktır. İspat yükü kendisine düşen tarafın

böylesi bir durumda yapabileceği usûli işlem, söz konusu aşamalarda yani 119/4 ve 129/1. maddedeki dilekçelerde ya da ayrı bir delil listesinde bu delile yer vermediyse, buradaki dilekçeyi HMK 176/1. maddesine ve 177/1.maddesi gereği de tahkikat sona erene kadar ıslah ederek yemin delilini ekleyebilir[1127] ve bu delilin toplanmasını HMK 31. maddesi gereğince hâkimin delil sunulmasını istemesine karşılık olarak talep edebilir. Aksi halde, tarafın kendi kusuru ile başkaca duruşma açılması gibi yargılama süresini uzatacak şekilde yemin delilinin getirilmesi kabul edilmemelidir. Hâkimin teklif ettiği yeminin de HUMK'tan sonra HMK'da yer almaması karşısında, hâkim taraflara getirecekleri yeni delili işaret edemeyeceğinden yemin delilinin usûlüne uygun toplanması da tarafın istemde bulunması bağlı olacaktır.

Bu konuda incelenen görüşlerden sonra 2017 yılında yukarıda incelediğimiz üzere[1128] uygulamada kullanılan "sair deliller" , "diğer kanuni deliller" gibi beyanlar ile yemin deliline başvuruşmuş sayılmayacağı gibi, hâkimin de ispat yükü kendisine düşen tarafa bu delile dayanma yani yemin teklif edip etmeyeceğine dair hatırlatmada da bulunamayacağı yönünde verilen içtihadı bileştirme kararında yemin delili yönünden değerlendirilmesi gereken bir nokta daha vardır ki bu konuda bizim katılmadığı görüşleri incelemiş, "sair deliller" ya da "diğer kanuni deliller" ifadesinin lafzi yorumu ile bunu dilekçesinde sunan tarafın "tüm delilleri" kastetmiş olduğu, bu itibarla aslında somutlaştırmanın da gerçekleştirildiğini, hak arama özgürlüğünün kısıtlanmamasını, bu ifade ile yemin delilinden vazgeçilmiş olmayacağı ileri sürülmesine katılmadığımızı, içtihadı birleştirme kararında somutlaştırma yüküne işaret

[1127] Yılmaz-Islah, s.131, ancak bu konuda HMK 179/2. maddesinin koşullarının dışına çıkılmaması gereklidir, maddeye göre, "*Ancak ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve isticvap tutanakları, yerine getirilmiş olan veya henüz yerine getirilmemiş olmakla beraber, karşı tarafın yerine getireceğini ıslahtan önce bildirmiş olması koşuluyla, yeminin teklifi, reddi veya iadesi ıslah ile geçersiz kılınamaz."* düzenlemesinden hareket ettiğimizde, ıslah ile yemin delilinin davanın diğer tarafınca yerine getirilmesi kabul edilerek usûli olarak toplanmak üzere olan yemin delilinin dava dışı hale getirilmesinin yasa koyucu tarafından yasaklandığını, ancak daha önce gösterilmemiş olan yemin delilinin ıslah ile gösterilmesi için yasada bir engel getirmediğini değerlendirmek mümkündür.

[1128] Bkz. İBK E. 2015/2, K.2017/1, 3.3.2017 t., 17.6.2017 tarihli 30099 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan ve teksif ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilişkisini incelediğimiz karardır.

edildiğini, tarafın iradesinin geniş yorumlanmasının doğru olmadığına işaret eden karara yasa koyucunun maddeyi tesis amacı ile örtüştüğü için katıldığımızı belirtmiştik[1129].

4. Tanık ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Tanıklık, öğretide belirtilen bir tanıma göre, davanın taraflarından ayrı üçüncü kişilerin davaya sebep bir vakıa ile ilgili olarak dava dışından edindikleri bilgiyi mahkemeye bildirmeleri olarak tanımlanmıştır[1130].

Tanıklık, bir başka tanımlamada, davanın tarafları dışındaki bir kişinin, davayla ilgili bir vakıa hakkında dava dışında, duyu organlarıyla bizzat edindiği bilgiyi mahkemeye getirmesi olarak belirtilmiştir[1131]. Bu aktarımın doğru yapılması, tanık deliline dayanılan vakıanın ispatlanması için önem taşımaktadır. Aktarımın belirli, çelişkisiz olması, aktarımdaki bilgiye hâkimin güvenini sağlayacak, hâkimin vicdani kanaatini oluşturmakta önem taşıyacaktır[1132].

[1129] Bkz. dn.658

[1130] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 436

[1131] Tanrıver-Usûl, s. 869

[1132] Çelişki ve belirsizlik halinde bu vicdani kaantin doğru oluşumu için hâkimin davayı aydınlatma ödevi uygulaması devreye girecektir, Yargıtay 22.H.D.'nin E. 2017/10903 K. 2018/5310 sayılı T. 1.3.2018 tarihli içtihadında, "Somut uyuşmazlıkta davaya konu fazla çalışma alacağı tanık beyanlarına itibarla yılın altı ayı kış döneminde haftanın altı günü 08:00-17:00 saatleri arası günlük bir saat ara dinlenme ile haftada üç saat, yılın altı ayı yaz döneminde haftanın altı günü 08:00-21:00 saatleri arası günlük bir buçuk saat ara dinlenme ile haftada yirmi dört saat fazla çalışma yapıldığı kabul edilerek hesaplanmış ise de davacının Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi dosyasında tanık olarak dinlendiği sırada, işyerinde yoğun çalışılan yaz sezonunun dört ay kış sezonunun ise sekiz ay sürdüğünü beyan ettiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davalı işyerinde yaz sezonunun dört ay, kış sezonunun ise sekiz olarak hesaplanması gerekir. Somut olayda davaya konu yıllık ücretli izin alacağı, davacının çalıştığı süre boyunca yıllık izin kullandığı ispat edilemediği kabulüyle hesaplanmış ise de davacının yukarda işaret edilen dosyada tanık olarak dinlendiği sırada "...ben yıllık izni teknisyen olduğum için bir iki defa kullandım..." şeklinde beyanda bulunduğu anlaşılmış olup 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi kapsamında hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü bulunması karşısında, davacı asilin gerek kullandığı gerekse kullanmadığı yıllık ücretli izinlerin tarihleri, dönemleri ve süreleri konusunda ayrıntılı olarak beyanı alınarak sonuca göre değerlendirme yapılmalıdır." şeklinde belirterek işaret ettiği üzere tanık beyanları ile taraf beyanı arasındaki çelişki de açıklanması gereken bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.(www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019)

HMK 240. maddesi tanığın gösterilme şekline dair usûlü düzenlerken, tanıkların liste halinde, ad ve soyadlarını, adreslerini, hangi vakıa için dinletilmek istediğini, tanık dinletmek isteyen tarafın belirterek sunması gerektiğini ifade etmiştir. Bu madde uygulaması yönünden belirtilmelidir ki, tanık listesinde, tanıkların ad ve soyadlarında adreslerinde meydana gelmiş bir belirsizlik veya çelişki olması, hangi vakıa için dinletildiğinin belirsizlik içermesi durumunda hâkim bu konuda da HMK 31. maddesi uyarınca harekete geçerek bu belirsizlik ve çelişkilerin giderimi için tamamlatma, açıklatma ve bunları sağlarken de soru sormak yolları ile gerçekleştirecektir. HMK 241. maddesinde ise mahkemede gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen konu hakkında yeterli bilgi edinmiş ise, geri kalan tanıkların dinlenilmemesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu konuda hâkimin aslında ispat ölçüsü içinde bir değerlendirme yapması, olaya dair "yeter derecede bilgi edinilmiş olması" diğer tanıkların dinlenmemesi için gerekçe oluşturmaktadır.

Hâkimin, böylesi bir durumda, dava sebebi vakıaya yönelik kuşkusunu tamamen gidermiş olması, olayın gerçekleştiğini yüksek olasılık görmesi, bu olasılığın da nesnel bir boyut ve gerekçe içerecek düzeye ulaşmış olması gerekmektedir. Hâkimin kanaatinde, vicdanen bir tereddüt yaşamaması gerekli bir seviye elde edilmiş olmalı ve seviye öznel değil kanımızca nesnel olmalıdır. Dava dışı üçüncü bir kişinin maddi açıdan bilimsel esaslar ile tanığın verdiği bilgi ile yetinilmesinin gerekçesi açıklanabilir olmalı, karar gerekçesinde de açıklanması gerektiği gibi, HMK 27. madde gereği yargı sürecinde de açıklanmalıdır. Aksi durumda sürpriz karar yasağına aykırı bir yaklaşım sergilenmiş olacağı gibi, ispat hakkını da engellemiş ve dolayısı ile adil yargılanma hakkını da ihlal etmiş olacaktır. Hâkim, dinlediği tanıklar ile bir kanaate ulaşmış olabilir. Ancak davada kural olarak taraflarca getirilme ve tasarruf ilkelerinin egemenliği değerlendirildiğinde, hâkim ulaştığı kanaate doğru ve taraflar arası uyuşmazlık ile bağlantılı, uyuşmazlığı çözücü nitelikte olarak varıp varmadığının taraflarca da yorumlanabilmesi isabetli olacaktır. Her iki tarafça algılanan beyan içeriği,

hâkim tarafından tamamen farklı algılanmış ise, hâkimin kendi algısında ısrar etmesi de doğru kabul edilmemelidir düşüncesindeyiz.

Bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda veya gerçekleşti ise ne şekilde olduğuna dair ölçüt olarak, vakıanın unsurlarının ayrı ayrı kanıtlanmış veya delilin, vakıanın unsurlarına isabeti görülebilir. Örneğin, ikiden çok taraf arasında meydana gelen, haksız fiil teşkil eden bir kavgada, kişinin yüzdeki sabit izi meydana getiren kişinin kimliğine dair dinlenen tanık beyanları belli bir kişiyi işaret ederken, sunulan ancak henüz dinlenmemiş diğer tanıkların bir başka kişiyi işaret etmesi olasıdır. Hâkimin dinlediği tanıkları tutarlı bularak, belli bir kişinin fiili işlediğine kanaat getirmesi durumunda, diğer tanıkları dinlemekten vazgeçerse kanımızca burada maddi gerçekten uzaklaşılması kaçınılmazdır. Hâkimin kanısının dava dışı üçüncü bir kişinin edineceği kanaate ulaşması bir ölçüt olarak benimsendiğinde bile, diğer tanıkları dinlememiş olduğu için, bu tanıkların beyanlarını almamış olacak, yani aslında toplanmamış bir delilin üçüncü kişiye de izlenim ve bilgi vermesi beklenmemesi gerekeceğinden, doğru kanaat ölçüsü yönünden denetleme de yapılamayacaktır.

Hâkimin taraflı yaklaşımı ya da görevini ihmal etmesi, medenî yargılama hukuku tarafından önlenebilir bir sorundur. Özellikle, HMK 27.maddesi ile düzenlenen hukuki dinlenilme hakkı içinde, hâkimi bilgi vermeye zorlayan, taraflara açıklama ve ispat hakkı veren, bunun takibinde de mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmeye zorlayan sistem içinde, hâkimin 241. maddeyi keyfi uygulaması önlenebilecektir. Hâkimin, aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi koşullarının oluşmadığını değerlendirerek, dava dosyasında gerek dilekçeler, gerek sözlü beyanlar, gerekse deliller itibariyle bir kanaate vardığı anda, diğer tanıkları dinlemekten vazgeçmesi olasıdır. Ancak bu noktada teorik bir belirsizlik durumundan da söz etmek gereklidir. Tanık ifadesi dışı deliller ile vakıanın ispatlandığı düşünülmüş olsa bile, tanık ifadesi delili toplanmamış ise, özellikle hukuki fiiller yönünden

isabetli bir karşılaştırma yapılmış olmayacaktır. Bir kısım tanıklar dinlense bile, dinlenmemiş tanıkların ne yönde bilgi aktaracakları hem taraflar hem hâkim açısından belirsizliğini koruyacaktır[1133]. Tanıklar, kendilerini delil olarak gösteren taraflar ile genel olarak iletişim halindedir. Davada kendilerini tanık olarak gösteren tarafın, tanığın bilgisi hakkında ne açıdan ve ne vesile ile olayı dair bilgisinin olduğunu tarafın da bilmesi mümkündür. HMK 27. maddesi kapsamında hâkim, tanığın bilgisinden daha fazla haberdar olan tarafın açıklama yapması için olanak tanımalıdır. Hâkim öznel olarak davanın aydınlandığını düşünse de, bu durumda nesnel bir belirsizlik sayılması gerektiğinden, HMK 31. maddeyi uygulayabilmesi için, takdiri bir değerlendirmeden uzak olarak, tarafların açıklamaları üzerine 241. maddeyi uygulayıp uygulamamaya karar vermelidir. Bu karardan sonra, süreci somut olarak yürütürken nesnel bir belirsizliğin varlığı durumunda, önce 31. madde gereğince dinlenmemiş tanıkların bilgileri hakkında tarafların bilgisi olup olmadığı sorulmalıdır. Tarafların bilgi sahibi olmaması durumunda aslında halihazırda belirsizlik sürmektedir; çünkü tanığın bilgisi ve davadaki aranan ispat ölçüsüne etkisi bilinmezliğini korumaktadır.

Öğretide, bu duruma benzer şekilde işaret edilmiş, hâkimin bu madde uygulamasını "çekingen" yapması önerilmiş, bir tarafın tüm tanıkları dinlenip, diğer tarafın tanıklarının bir kısmı dinlenmiş olsa, bir kısmı dinlenen lehine karar verilse bile bu durumun, tanıklarının

[1133] Yargıtay 16.Hukuk Dairesi, bir kararında, tanık beyanlarındaki çelişki ve yetesizlik halinde hâkime yol gösterici bir içtihatta bulunmuştur; "Keşifte dinlenen yerel bilirkişinin satış ve zilyetlik hususunda ayrıntılı bilgisi bulunmadığı gibi, tanık beyanlarının da yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla zilyetlik hususu yeterince açıklığa kavuşturulmamıştır. Doğru sonuca varabilmek için yerel bilirkişiler ve HMK 31. maddesi uyarınca davayı aydınlatma görevi kapsamında Hâkimin taraflara gerektiğinde yeni tanık bildirme hakkının hatırlatılması suretiyle ve davacı taraf dayandığı takdirde satış senedinde tarlayı satan ... ile senet tanıkları ... ve ... ile muhtar ... marifetiyle mahallinde yeniden keşif yapılarak, temyize konu taşınmaz bölümünün davacıya satılıp satılmadığı, zilyetliğin devredilip devredilmediği, üzerindeki zilyetliğin kim tarafından, ne zamandan beri ne suretle sürdürüldüğü kesin olarak belirlenmeli, beyanlar arasında çelişki bulunması halinde yüzleştirme yapılmak suretiyle çelişkiler giderilmeye çalışılmalı, çelişkinin giderilememesi halinde hangi beyanlara neden üstünlük tanındığı kararda tartışılıp gerekçelendirilmeli, satış yapılarak taşınmazın zilyetliğinin davacıya devredildiği saptandığı takdirde özel parselasyon haritasına değer verilerek ifraz haritası uygulanmalı, fen bilirkişisinden çekişmeli taşınmazın paftası ile özel parselasyon haritasını çakıştırarak raporunda göstermesi istenilmeli, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir."(E. 2015/1503 K. 2016/860 T. 8.2.2016) (www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019)

tamamı dinlenen tarafın, tanıklarının ifadeleri ile, tanıklarının bir kısmı dinlenen tarafın tanıklarının ifadeleri ile karşılaştırılması çelişik yönlerinin belirlenmesinin önlendiği değerlendirilerek, kanun yolu sebebi olarak değerlendirilmesi gerekebileceği ifade edilmiştir[1134]; ancak öğretide, hâkimin davayı uzatmak, karşı tarafa yönelik kötüniyetli tutum izlemek istediğinde önleyici bir hüküm olduğu da ileri sürülmüştür[1135].

HMK 196. maddesi kapsamında delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemeyecektir. Bu durumda, aslında, hâkimin sorusu üzerine, tanığın bilgisine dair bilgi sahibi olmayan taraf sırf bu nedenle vazgeçilmesini isteyememelidir. Zira diğer tarafın 196. maddeye dayanarak açık izin vermemesi mümkündür. Taraflarca getirilme ilkesi kapsamında, davanın her iki tarafı da bir tanığın dinlenmesinden vazgeçmeye, karşılıklı olarak izin ve istemde bulunmaları üzerine, hâkim diğer tanıklar dinlenmişse 241. madde hükmünü uygulamakta tereddüt etmeyeceği gibi, aslında engel de olamayacaktır. Bu durumda, dava henüz aydınlanmamışsa ve bu dosyada başka delil de bulunmuyorsa, başka delil de getirilemiyorsa, ispat yükü kendisine düşen taraf aleyhine doğacak sonuca katlanacaktır.

Taraflarca getirilme ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı, HMK 31. madde uygulamasının nesnel gerçekliği karşısında, öznellik yönü ağır basan ve tanığın dinlenilmesini gerekli görülmemeyi nesnel düzenlememiş olan 241.maddesi hukuki bir güvence getirmemektedir, keyfiliğe neden olma olasılığı taşımaktadır. Bu keyfilik ile HMK 27. maddesinin uygulaması 31. maddede doğan ödevin ihlali ile aynı yaptırımlarla karşılaşabilir.

HMK 241. madde hükmünün doğru uygulanması, sadece delil sunan taraf için değil, o delili sunmayan taraf yönünden de önemlidir. Bir tanığı, mahkemede gösterdikten sonra, o tanık ile bireysel ilişkisi olumsuz seyreden taraf, söz konusu tanığın kendisi aleyhine yanlı

[1134] Umar-Şerh, s. 727
[1135] Yılmaz-Şerh, s. 1147

beyanda bulunabileceğini düşünerek, tanık hakkında olumsuz bir değerlendirme yaparak, hâkime söz konusu tanığın bilgi noksanı olduğu, yanlışlıkla sunulduğu gibi gerekçeler ile 241. maddenin uygulanmasını istemiş, diğer taraf ise taraf-tanık arası ilişkideki olumsuz durumu öğrenmiş olarak, ilgili tanığın dinlenmesini isterse, 196. madde hükmü dikkate alınmalı, 241. madde uygulamasından kaçınmalıdır. Anılan durum ve iddiaların davaya yansıması halinde bu durum, tanıktaki bilgiye dair belirsizlik yaratacağından aydınlatılması gerekir. Burada tanığın dinlenmesine itiraz edilmemektedir, tanık dinlenecektir, dinlendikten sonra 255. madde anlamında beyanlarında kuşlu doğuran noktalar belirtilecektir. Ancak, tanığı gösteren taraf bu kuşku daha doğmadan öncelikle bu tanıktan vazgeçmek isteyebilir, karşı tarafı rıza göstermediği takdirde, dosyadaki diğer deliller ve dinlenmişse diğer tanık beyanlarına işaret ederek hâkimi 241. maddeyi uygulamaya ikna edebilecektir. Bu yönde istediği sonucu elde edemezse, tanık dinlenecek ancak belirsizlik ve çelişki doğmuşsa ancak o zaman hâkimin müdahalesi ile bu 31. maddeye göre giderilecektir.

HMK 241. madde, ancak usûl ekonomisi ilkesinin, diğer ilkeleri ihlal etmeden, koşulları oluştuğunda uygulanabilmelidir. Kanımızca, 241. madde, sadece tanık deliline dayanılmış bir davada uygulanmaması gerekir. Hatta dosyada kesin delilin bir olayı aydınlatmadığı ve sadece takdiri deliller ile davanın ispatlanmak istendiği her durumda, nesnel gerekçeler olmadan diğer dinlenmemiş tanığın bilgisinin niteliğine ve içeriğine dair bir kanaat olmadan uygulanmalıdır. Dinlenmemiş bir tanığın bilgisi hakkındaki kanaat ise nasıl oluşacağı teorik olarak öngörülemese de somut uyuşmazlıkta buna işaret eden emareler olabilir. Örneğin dinlenmemiş bir tanığın, uyuşmazlık konusu olayın olduğu gün başka bir şehirde olduğunu gösteren fotoğraf, bir bilet örneği ve benzeri emareler varsa, bu durumda hâkimin söz konusu tanığı dinlemekten vazgeçmesi olanaklı kabul edilebilir.

HMK 246. maddesi, tanığa soru kağıdı gönderilmesini düzenlemektedir. Madde içeriğinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanması gereğine neden olacak şekilde ve

hâkimin davayı aydınlatması ödevinin uygulaması niteliğinde bir düzenleme içermektedir. Anılan madde hükmüne göre, hâkim gerekli görerek tanığın sözlü dinlenmesi yerine belirlediği süre içinde yanıtlarını yazılı olarak bildirmek üzere soru kağıdı gönderilmesine karşın, verilen yanıtların yetersiz olduğunu değerlendirirse, tanığı dinlemek üzere davet edebilecektir. Bu konudaki yetersizliğin takdiri, aslında anılan soruların yanıtları yönünden belirsizlik ve çelişkinin varlığı durumunda söz konusu olması beklenmelidir kanısındayız. Yanıtlarda böylesi bir belirsizlik veya çelişki olması durumunda, hâkim, davayı aydınlatma ödevinin gereğini yerine getirmelidir. HMK 246. maddesi, bu anlamda HMK 31. maddesinin bir yansıması halinde, tanığı dinlemek, davayı aydınlatıcı ifadeye ulaşmak için davet etmesi gerekir. İfadeler ile yetinip yetinmeme konusunda HMK 246. maddesi hâkime takdir yetkisi vermiştir; ancak öznel olarak hâkimin sorularının yanıtları belli olsa da, öznel bakış ile kanaate ulaşmaya yeterli de kabul etse, böylesi bir belirsizlik karşısında, yetersiz soru yanıtlarını temel alarak karar vermesi halinde yasa yoluna gidildiğinde, bu konuda gerekçelerden birini oluşturabilecektir[1136]. Ancak, hâkimin soruları da HMK 27. maddesi

[1136] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında bu konuda somut bir görüş ortaya koymaktadır; "Belirtilmelidir ki, tanık beyanları arasında veya tanık beyanı ile diğer deliller arasında çelişki bulunduğu takdirde, sadece tanık sözlerine dayanılarak hüküm tesis edilmesi mümkün değildir.
Bu durumlarda, hâkimin davayı aydınlama yükümü kapsamında, tanık anlatımları diğer delillerle desteklenmelidir.
Taraflarca delil olarak dayanılan tanık ifadelerinde tutarsızlık sözkonusu ise, davayı aydınlama yükümü kapsamında hâkim, bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabilir (m. 266 ve m. 288), isticvaba kendiliğinden karar verebilir (m. 169,1), davanın her aşamasında, iki tarafın iddiaları sınırı içinde olmak üzere, tarafları dinleyebilir ve gerekli olan delillerin gösterilmesini ve verilmesini emredebilir (m. 31).
Özellikle, fazla çalışma iddialarının konu olduğu uyuşmazlıklarda, fiili çalışma olgusunun ispatı sözkonusu olduğundan ve İş Hukuku'nun hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri nedeniyle iş yargılamasında hâkimin davayı aydınlatma yükümü daha ağır bastığından, işyerinin kapasitesi, niteliği, işçi sayısı ve davacının yaptığı işler bakımından fazla çalışma yapılması gerekip gerekmediği gibi diğer özel koşullar açıklığa kavuşturulduktan sonra değerlendirme yapılmalıdır.
Belirtilmelidir ki, işyeri kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak işyeri kapasitesinin belirlenmesi ve fazla çalışma yapılmasını gerektiren bir çalışma düzeninin bulunup bulunmadığının tespiti, öncelikle asıl ve alt işverenlere ait işyerinde üretilen mal ve hizmet miktarı ile çalışma düzeninin belirlenmesini gerektirir.
Sonuç olarak, tanık anlatımlarının işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığını belirleme konusunda yeterli olamadığı durumlarda, hâkimin kendiliğinden başvurabileceği deliller olan bilirkişi ve keşif delillerine başvurması, işçinin fiilen yaptığı işin niteliği, işyeri kayıtlarının incelenmesi, işyerinde keşif yapılarak işyerinin hacmi ve yoğunluğu gibi hususlar belirlenerek sonuca gidilmesi gerekmektedir.
Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, somut uyuşmazlık incelendiğinde, mahkemece, tanık beyanları esas alınmak suretiyle davacının fazla çalışma iddiasının kabulüne karar verilmiş ise de, tanık beyanlarını denetleyecek nitelikteki işyeri kayıtları celbedilmediği gibi, dosyaya bir kısım alt işverenler tarafından ibraz edilen kısmi bordrolarda görülen fazla çalışma ücreti bölümleri ile tanık beyanları arasındaki çelişkiler de giderilmediği için, davacının çalışma saatlerinin açıklığa kavuşturulduğundan sözedilmesi mümkün değildir.

gereği tarafların bilgisine sunulmalıdır. Tarafların dinlenecek yada yazılı olarak bilgisine başvurulacak tanığa yöneltilmesini istediği soruların da HMK 27. maddeye; koşulları oluşmuşsa yani belirsizliği veya çelişkiyi giderici görülürse HMK 31. maddeye göre de değerlendirilmesi gereklidir.

HMK 246. madde gerekçesinde, " tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesini yüz yüzelik ilkesinin bir sonucu olduğu, soru kağıdı gönderilmesinin ise çok istisnai durum olacağı gözetilmelidir" şeklinde belirtilmiş, devamında da örnekleme yapılarak, bu uygulamanın gerekçesinde " zaman, uzaklık, gider konuları, tanığın dış ülkede bulunması mahkeme önünde dinlenmesi için zorunluluk bulunmaması, tanığın yazı ile cevap verebilecek bir kimse olması gibi hususlar takdirin kullanılmasında birer ölçü olabilir" diye ifade edilmiştir. Usûl ekonomisini hatırlatan bu özel sebeplerin varlığı halinde de gene aynı ilke temelinde, hâkim aynı olaya dair bir çok sayıda tanık sunulması halinde, tanıklardan bazılarına soru kağıdı gönderilmesine karar verecek, az masraf yapılmasını sağlayabileceği belirtilmiştir[1137]. Ayrıca, gene hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili olarak da taraflara alınacak ve alınmış yazılı ifade hakkında bilgi verilmesi, bu ifadeye karşı açıklama yapma olanağı tanınması, taraf itirazlarını değerlendirerek hâkimin açıklama yapması gerektiği belirtilmiştir[1138].

Yetersiz ve soyut tanık anlatımlarına dayanarak fazla çalışma iddiasının kanıtlandığının kabul edilmesi doğru olmayıp, fiili çalışma iddiasının, soyut tanık anlatımı dışında somut delillerle desteklenmesi gerekir.
Bu nedenle mahkemece yapılacak iş; hâkimin davayı aydınlatma yükümü ve iş yargısının kamu hukuku alanına yönelik niteliği de gözetilmek suretiyle, özellikle asıl işveren Belediye ile alt işverenlere ait işyerlerinde bulunan kayıt ve belgeler getirtilmeli, gerek görüldüğü takdirde anılan işyerlerinde keşif yapılarak, işyerinde fazla çalışma yapılmasını gerektiren bir çalışma düzeninin bulunup bulunmadığı; davacının yaptığı işin ve işyerinin niteliği ve kapasitesi gözetilerek günlük çalışma süresi belirlenmeli, yapılması gereken işin mesai saatinden sonra tamamlanması gerekip gerekmediği; davacının günlük normal mesai saatlerini aşan çalışması olmuşsa bunun davacının kendisinden kaynaklanan sebeplerle mi, yoksa işveren talimatı üzerine mi gerçekleştiği hususları tespit edilmeli, nihayet tüm bu bilgi ve belgeler toplandıktan sonra yeniden bilirkişi raporu alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirmeye tabi tutularak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmediğinden, direnme kararının belirtilen bu değişik gerekçe ile bozulması gerekmiştir. "
(E. 2013/22-1920K. 2014/666 T. 14.5.2014) (www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019)

[1137] Akkan, s. 570
[1138] Akkan, s. 569; Özekes, s. 93; Arslan, s.204

Öğretide, tanığın yazılı olarak verdiği ifade içeriğinde, yanıtların kısa, birden fazla anlama gelecek nitelikte sözcükler içermesi, ya da tanığın istemeyerek, bilerek soruları soru konusu çıkarak yanıtlaması gibi durumlarda, tanığın mahkemede dinlenmek üzere, hâkimin tanığın çağrılmasına karar verebileceği, yazı içeriğinin çelişki içermesi halinde bunun giderimi için tanığın çağrılacağı ileri sürülmüştür[1139]. Böylesi bir faaliyetin de HMK 31. maddesinin bir yansıması olduğu kadar doğrudanlık ilkesinin bir gereği olduğu kabul edilebilir.

Öğretide, konuya ilişkin başkaca işaret edilen bir durum da, soru kağıdının, tanığın kendisine değil de postayı almaya görevli kişiye, örneğin sekreterine tebliğ edilmiş olması durumunda, soru yanıtlarının gerçekten tanık tarafından verilip verilmediğine dair oluşacak kuşku da, belirsizlik olgusunun parçası olacağı, yazının aidiyetine dair hâkimin tanığı sorgulaması gerektiği belirtilmiştir[1140]. Ayrıca, soru kağıdı gönderilerek alınan tanık ifadesi, HMK 246/1. maddesine göre serbestçe takdir edilip, ifade yetersiz görülürse tanık davet edilecektir .Tanığa gönderilecek soruları, hâkim HMK 246/1. maddesine göre, hazırlayacaktır; öğretide HUMK 256. maddesindeki tarafların muvafakatlerini arayan koşul HMK 246.maddede yer bulmamışsa da, tarafların görülerinin alınmasının yararına işaret edilmiştir.[1141].

Tarafların ve vekillerinin, tanığın dinlenmesi sırasında izleyici konumdan çıkması, uyuşmazlığı yaşayan ya da vekil ise yaşayan kişiye doğrudan temas eden kişi olarak gerek belirsizlikleri ve çelişkileri gerekse eksik kalan bilgilerin tamamlanması amacı ile soru sorması olanaklıdır. Bu hakkın dayanağı HMK 152. maddesidir[1142]. Madde gerekçesinde,

---

[1139] Akkan, s. 590
[1140] Umar-Şerh, s. 734
[1141] Yılmaz-Şerh, s. 1155
[1142] ***"Soru yöneltme***
MADDE 152- *(1) Duruşmaya katılan taraf vekilleri; tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Taraflar ise hâkim aracılığıyla soru*

duruşmanın sözlü ve canlı bir süreci ifade ettiği, bu süreçte de doğrudanlık ilkesine, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına hakkına ve bunlara bağlı olarak da gerçeğin anlaşılması ve ortaya çıkmasına hizmet ettiği ifade edilmiştir. Gerekçede, tarafın hâkim aracılığı ile avukatın ise doğrudan soru sorması arasındaki ayrımın, hukuki gerekçeleri hukukçu olanların daha iyi analiz ederek uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olacak gerçeği ortaya çıkaracak soruları yöneltebileceğinin yasa koyucu tarafından öngörüldüğü belirtilmektedir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, soru sormaktaki bir sınır duruşma disiplinidir. İçeriği belirtilmeyen, gerekçeden çıkartabildiğimiz diğer bir sınır ise "gerçeği ortaya çıkarmak" olarak kabul edilebilir. Bu konuda, tarafların veya vekillerinin soracakları sorular davadaki belirsizlikleri, çelişkileri ve varsa eksiklikleri giderebilme olanağı yaratabilecektir. Bu durumun davanın aydınlatılması ile bağlantısı ise, sorulacak soruların hâkimin göz ardı ettiği veya dikkatinden kaçan ancak karar verme aşamasında önemini anlayabileceği belirsizlikleri gidermekte büyük etkisinin olabilmesidir. Taraflar olayı yaşayan kişilerdir. Somut olaya göre yöneltecekleri bir soru, belki davanın tamamen aydınlanmasına neden olabilecek, hâkimin istemeden de olsa yapabileceği aydınlatma ödevini ihlale neden olabilecek durumu ortadan kaldırabilecektir.

Hâkimin, taraflı veya keyfi bir tutum ile öznel bir değerlendirmede, tanığa vakıa dışı soru sorması ya da vakıaya dair olup da gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamayacak sorular sorması, soru yanıtlarının yetersizliğine karşın hâkimin aynı tutum ile, HMK 31.maddesini uygulamaktan kaçınması bir olasılıktır. Bu durumda, hâkim, tarafların sormak istediği sorular olup olmadığını sormalı ve soru içeriklerini hem taraflarca getirilme ilkesi hem de HMK 27.maddeden doğan açıklama hakkı ayrıca ispat hakkı gereği bildirilmelidir. HMK 152.maddesi ile taraf vekillerine verilen doğrudan soru sorma yetkisinin de bir sonucu olarak

---

sorabilirler. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine hâkim karar verir.
(2) Toplu mahkemelerde, hâkimlerden her biri, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir."

tarafa verilmemesi kanımızca hâkimin tarafın hâkim tarafından hazırlanan sorulara etki edebilmesi, bu etki edişin de en azından sormak istediği soruları eklemek ile gerçekleşmesinin sağlanması gerekir. HMK 27. maddesinin daha ötesinde, 25. madde ve hatta daha özelde 25/2. maddesindeki düzenleme ışığında, "aksi yasada belirtilmedikçe kendiliğinden delil toplayamaması" gözetildiğinde, taraf egemenliğinin esas olduğu davalarda, delilin belirli hale gelmesi, çelişkisiz olmasında tarafların katkıları dava dışı tutulmamalıdır.

HMK 255. madde kapsamında da, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasının gerekip gerekmediğine dair inceleme yapılması gereklidir. Maddeye göre, tanıkların beyanlarının doğruluğu konusunda kuşku uyandıran gerekçeler varsa, bu gerekçeler hakkında iki taraftan birinin iddia ve ispat edebileceğini düzenlemiştir; böylece taraflara tanık delilini denetleme ve kötüniyetli tutumların doğurabileceği olumsuz sonuçları önleme olanağı tanınmıştır. Bu temelde, davanın taraflarının yeni bir vakıa ortaya koyması yani tanık delilinin gerçek dışı olarak verdiği bilgilere güvenilmemesinin gerekçelerini sunması için olanak yaratılmıştır. Bu esasla sunulan vakıa, asıl davadaki vakıadan bağımsız bir vakıa olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle yalan tanıklıkta, daha önce tanık dinlenmiş de olsa ya da tanık sunulsa bile, ikinci tanık listesi verme yasağından uzakta, sadece ve özellikle tanığın güvenilmezliğine dair vakıa ile ilgili ayrı bir ispat faaliyeti yürütülmesi gerekecektir. Bu durum da, bir önsorun şeklinde incelenmelidir. Asıl dava sebebinden ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Takdiri bir delil olan ve güvenilirliği tartışmalı olan tanık delilinin değerlendirilmesi sonucu hüküm verilecekse, bu delil her türlü kuşkudan arınmış olmalıdır. Sunulan bir delilin incelenmemesi HMK sistemi içinde söz konusu olamayacağına göre, hâkim kanaatinin kuşkudan nesnel bir şekil ve temelde arındırılması gereklidir. Ayrıca bir önsorun incelenirken de, iddia ve savunmalar ile delillerde belirsizlik ve çelişki halinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanacağı kabul edilmelidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanabileceğini düşündüğümüz bir başka yasa normu da, HMK 259. maddesi hükmüdür. Madde, tanıkların mahkemede dinlenilmesinin usûlünü düzenlemektedir. Maddenin hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantılı olduğunu düşündüren ilk nokta, mahkemenin gerçeğin ortaya çıkması için gerekli gördüğünde, tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinlenmesine karar vereceğini düzenlemiş olmasıdır. Bu konuda, hâkimin yapacağı değerlendirme, davanın aydınlanması, tüm belirsizlik ve çelişkilerin giderilmesi için tanığın dinlenilmesi gereken yeri tayin etmektir. Hâkim, bu konuda somut uyuşmazlık ve yer arasındaki bağı değerlendirerek, kendi kanaatini nesnel bir temelde oluşturmak için, algısını kuvvetlendirerek kanaat geliştirmek amacı ile 259. madde hükmünden yararlanabilecektir. Özellikle, önceden dinlenmiş tanıkların ifadelerinde yere dair betimlemelerde belirsizlik ve çelişki varsa, hâkim yeniden aynı tanıkların dinlenmesine karar verirken, olayın ya da uyuşmazlık konusunun gerçekleştiği yerde dinlenmesinin gerekliliğini değerlendirecektir. Bu konuda egemen ilke kaynağı olarak hem doğrudanlık hem hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkelerinden söz edebiliriz. Hâkim, bu incelemesini keşif ile birlikte yapabilecektir. Özellikle taşınmaza dair uyuşmazlıklarda, taşınmazın bulunduğu yerde davanın görülmesi gerekli olup, HMK 12.maddesi gereğince kesin yetki söz konusudur; bu durumda öğretide tanıkların istinabe yolu ile başka yerde dinlenmesini de uygun görmeyerek, tanıkların yerinde dinlenmesi gereği ileri sürülmüştür[1143].

HUMK 259. maddesinin yürürlüğü döneminde ise, taşınmaza ilişkin davalar için bu değerlendirmeler yapılmış, ancak HUMK 259. madde hükmü de, aynı şekilde HMK 259. maddesi hükmü gibi, tanığın yerinde dinlenilmesini sınırlı gerekçeler ile kısıtlamamış, "gerçeğin ortaya çıkması", "hakikatın daha ziyade zahire çıkması" şeklinde ifade edilmiştir. Bu konuda uyuşmazlık sebebi olan şeyin daha iyi tayini, tanık anlatımlarının olay yeri veya

[1143] Umar-Şerh, s. 747; Yılmaz, Şerh, s. 1170-1171

şeyin olduğu yerde hatırlama yönünden yararlı ve verimli olacağı anlaşılırsa, bu durumda hükmün uygulamasından çekinilmemesi gereklidir[1144].

HMK 261. maddesi de, 259. maddesi gibi, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir görünümü içerisinde yer aldığı düşünülebilir bir madde olarak karşımıza çıkmaktadır. Tanık dinlenirken, "gerektiğinde" diğer tanıklar ile yüzleştirilmesine dair düzenlemede, bu gereklilik kaynağının belirsizlik ve çelişkinin giderimi ile hâkim kanaatinin kuvvetlenmesi için söz konusu olduğu düşünülebilir. Hâkimin zihninde davanın aydınlanması ve bunun nesnel temellere dayanmasına engel olan her türlü şüpheden arındırılması, gerçeğin bulunabilmesi için bu yüzleşmenin gereğini gören yasa koyucu, hâkimi tanık beyanlarındaki belirsizlik karşısında eylemsiz bırakmamış ve hâkimi harekete geçirmiştir. Madde metninde tanığın dinlenilme şekli düzenlenmiştir.

HMK 261. maddesi üçüncü fıkrası ile hâkimin tanığın sözünü bitirmesinden sonra tanığın ifade ettiği konuların açıklanması ya da tamamlanması amacıyla başka sorular da sorabileceğine dair düzenleme yapılmıştır. Tanık ifadeleri içerisinde tanığın hangi konuda dinleneceğine dair, tanığı gösteren tarafça çizilen konu sınırlamasının öncelikle tespit

[1144] Ertarhan, Mesut: Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 235, Osmanlı Hukukunda, tanıkların beyanlarının davaya uygun olmaması halinde tanıklık kabul edilmeyecek, davacıdan başka tanıklar getirmesi istenebilecektir. Oysa meri Hukukumuzda ikinci tanık listesi yasağı vardır. Tanık olmadığı durumda, yemin teklif edilebileceği belirtilmiş, tanık, örneğin bir alacağın hukuki sebebi konusunda yanlış nitelemede bulunsa bu durumda tanıklığının geçerli olmayacağı belirtilmiştir, Demir, s.155, Yargıtay uygulaması özellikle taşınmazlara dair duruma dair bilgi edinilmesinde Türk Hâkimlerine yol gösterici niteliktedir, benzeri bir çok içthat içinde örneğin 16. H.D.'nin E. 2015/20753 K. 2018/166 sayılı T. 25.1.2018 tarihli içtihadında "Mahkemece; davacıların davalarını ispatlayamadıkları gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de davacı ve davalı yan tanık deliline dayanmasına rağmen Mahkemece bu tanıklar dinlenilmemiş, HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma görevi dikkate alınmamış, çekişmeli taşınmazın kim tarafından ne zamandan beri ne suretle kullanıldığı, kimden kime ne şekilde intikal ettiği kesin olarak belirlenmemiştir. Bu şekilde eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulamaz. Hal böyle olunca, sağlıklı sonuca ulaşabilmek için, mahallinde yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen, davada yararı bulunmayan şahıslar arasından seçilecek yerel bilirkişiler, taraf tanıkları ve hâkimin davayı aydınlatma görevi çerçevesinde HMK'nın 31. maddesi uyarınca verilecek süre içinde taraflarca delil bildirilmesi halinde, bu delillerde toplanmak suretiyle yeniden keşif yapılmalı; yapılacak keşifte, dinlenecek yerel bilirkişi ve taraf tanıklarından, taşınmazın kime ait olduğu, kimden kime kaldığı, kimin tarafından ne zamandan beri ve ne suretle kullanıldığı, kimden kime ne şekilde intikal ettiği sorulmalı, bilirkişi ve tanık sözleri arasındaki çelişkiler gerektiğinde yüzleştirme yapılmak suretiyle giderilmeli, bundan sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir." (www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019) diye konuyu değerlendirirken hâkimin kanaat edinmesinde izleyeceği soru basamaklarını da salık vermektedir.

edilmesi, tanığa bu kapsamda ifadesinde belirsiz veya çelişkili hatta konuya dair olmayan beyanlar içermesi durumunda hâkimin uyuşmazlığın aydınlanması için, bu doğrultuda sorular sorması gerekecektir.

Vakıanın tüm unsurları, oluşu veya hukuki ilişkinin tüm taraf ve içeriğine ilişkin olarak tanığın dinlenmesi ve ifadesinin eksiksiz alınması gereklidir. Bu amaç doğrultusunda, tanığın sadece dinlenilmesinin istenildiği konudan ayrı olarak, diğer tanıkların bildiği ileri sürülen, fakat diğer tanıkların belirsiz veya çelişkili bıraktıkları, hâkimin soruları üzerine de bu belirsizlik veya çelişkinin giderimi için yararlı bir beyanda bulunmamaları üzerine de, diğer tanıklarca aydınlatılmış bir konu hakkında hâkim şüphesinin giderilmediğini değerlendirerek hali hazırda dinlediği tanığa davayı aydınlatmak düşüncesi ve amacı ile dinlenilmesinin istenildiği olay (vakıa) dışında, gene uyuşmazlığa ilişkin soru sorup sormayacağı tartışılmamıştır. Davanın taraflarının dava ve cevap dilekçelerinde hangi konuda ne delile başvurduğu somutlaştırma yükünün de bir gereği olarak belirli olmalıdır. Tarafların tanık göstermediği bir konuda, hatta bilerek dinletmekten kaçınmış oldukları bir varsayımda, hâkimin dinlediği tanıkta dinlenildiği konuda dışında bir belirsizlik veya çelişkiyi gidermesi kanımızca isabetli olmayacaktır. Bu durumda, hâkimin dinlenen tanığa, belirsiz ve çelişki olduğunu düşündüğü konu hakkında bilgisi olup olmadığını sorması, sorduktan sonra da HMK 31.maddeyi uygulamadan 27. maddesi gereğince taraflara belirsizlik veya çelişkinin gideriminin gerektiğini belirtip, tanığın bu konuda bilgisi olduğunu beyan ederek, tanığı gösteren tarafa, bu tanığa dayanıp dayanmadığını ya da ispat yükü kendisine düşen tarafa da aynı soruyu sorarak anılan tanığın belirsizlik veya çelişki karşısında dinlenip dinlenmeyeceğini sorduktan sonra tanığa dönerek belirsizlik veya çelişkiyi giderecek soruyu sorması, HMK 25. maddesi ışığında taraflarca getirilme ilkesine uygun olacaktır.

HMK 263. maddesi de tanığın sağır, dilsiz olup, okuma ve yazma bilmesi durumunda sorulan yazılı bildirileceği, bilmediği durumda işaret dilinden anlayan bilirkişi yardımı ile

dinleyeceğini düzenlemiştir.ki, bu durumda yukarıda değinilen soru gereği ve soruya ilişkin konular burada da geçerlidir.

Öğretide, HMK 261. maddesi üçüncü fıkrası ile ilgili olarak madde uygulamasında tanık anlatımlarının uyuşmaması halinde yararlı olacağı, anlatım aykırılığının sonradan fark edilmesi durumunda, tanıkların yeniden çağrılıp dinlenmelerinin, "aykırılığın aydınlatılması "için gerekli olduğu ifade edilmiştir[1145].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile tanık gösterilmesi konusu arasında tartışılan bir başka konu da, tanığın dava veya cevap dilekçesinde ya da tanık listesinde gösterilmemiş olması, ancak dosyadaki bilgi ve belgelerden bir tanığın uyuşmazlığa dair bir konuda bilgisi olduğu hâkim tarafından değerlendirilerek, aydınlatma ödevine dayalı olarak ilgili tanığı çağırması ve bu tanığın dinlenmesinin olanaklı olup olmadığıdır[1146].

Bir görüşe göre, mahkeme, tarafların tanık olarak göstermedikleri kişileri kendiliğinden tanık olarak dinleyemeyeceği, 240. maddenin bu konuda açık olduğu, 31. maddenin de bu yönde tanık açısından açık yetki vermediği, 25. maddenin de hâkimi kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar dışında delil toplama yönünde yetkilendiren bir norm bulunmaması nedeniyle bunun olanaklı olamayacağı belirtilmiştir[1147].

Doktrindeki ağırlıktaki görüşe göre ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği, dosyadaki usûlüne uygun olarak girmiş bulunan bilgi ve belgelerden bir tanığın uyuşmazlığa dair bir konuda bilgisi olduğu hâkim tarafından değerlendirilerek, aydınlatma ödevine dayalı

[1145] Umar- Şerh, s. 751

[1146] İkinci tanık listesi verilmesi yasağını aşağıda ayrı bir başlık altında, davayı aydınlatma ödevinin sınır olarak inceleyeceğimiz için burada yer vermemiş bulunuyoruz. Bkz. § 10/B kısmı

[1147] Karaaslan, s.198

olarak ilgili tanığı çağırması ve bu tanığın dinlenmesinin olanaklı olduğu değerlendirilmiştir[1148].

Tarafların iradesini bu konuda davaya katmak isteyen sonuncu görüş ise, dosyadaki bilgi ve belgelerden tespit edilen tanığın dinlenip dinlenmemesi yönünde ispat yükü kendisine düşen tarafa hâkimin sorduktan sonra dinlenebileceği ileri sürülmüştür[1149].

Görüşlerin incelenmesi sonucu, hâkimin dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerden yola çıkarak, tanık olarak sunulmamış ancak ismen tespit edilebilen kişilerin davanın aydınlatılması gerekçesi ile dinlenilmesinin olanaklı olup olmadığı konusunda, biz de ağırlıklı olarak benimsenen görüşe katılmaktayız. Bunun gerekçesi ise, tarafların tanık listesi hazırlarken, genelde uyuşmazlık konusu olayı bilen, detayları hatırlayan kişileri seçtikleri kadar, bir o kadar da ulaşabilecekleri, mahkemeye gitmesinde bir engeli bulunmayan, hatta iletişime rahatlıkla geçerek tarafların kendi istedikleri şekilde olayı aktarmayı gerçekleştirebilecekleri kişileri seçtikleri bilinen bir gerçektir. Bu kapsamda, tarafa tanınan seçme hakkından sonra, tanıklarının beyanlarındaki çelişki ve belirsizlikler aynı tanıklar yeniden çağrılıp dinlenilmekle ya da diğer deliller ile giderilemediği durumda, ikinci tanık listesi yasağına maruz kalmakla başka bir tanık sunma olanağı da bulunmadığı açıktır. Bu durumda, hâkime 31. maddenin verdiği ödev çerçevesinde, dosyayı incelemesi, inceleme soncunuda dosyada yer alan ve söz konusu belirsizlik ve çelişkiyi giderebileceği olasılığı olan kişileri çağırması ve dinlemesi olanaklı olmanın ötesinde, hâkimin ödevidir. Bu konuda,

[1148] Kuru, s.403; Yılmaz-Şerh, C.I, s. 881; Pekcanıtez/ Erdönmez, C.1, s.830; Bolayır, s. 148;Umar-Şerh, s. 145, Yargıtay ise bu konuda olumlu değerlendirme yapmaktadır, *"... Mahkemece, olay gece saatlerinde meydana gelmiş olup birden fazla aracın karıştığı ve yaralananların da olduğu bir kazada Yalçın E. ve Damla'nın sigortalı araç sürücüsünü tespit etmesinin hayatın olağan akışına uygun olmayacağı kanaatiyle, araç sürücüsünün farklı gösterilerek ihbar yükümlülüğünün doğru gerçekleştirilmediği ispat edilemediğinden davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, kaza tespit tutanağındaki tutanak mümzileri (polis memurları M.G. ve N.A.) ile karşı araçtaki Yalçın Enis I. ile Damla E.'ın tanık sıfatıyla dinlenerek tutanak ve hazırlık ifadeleri de okunmak suretiyle sigortalı araç sürücüsünün Çağla Öksüz P. olup olmadığı hususundaki çelişkinin giderilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, eksik incelemeye dayanılarak karar verilmesi doğru görülmemiştir."* (HGK. 22.06.2016, 2014/17-1186 E.–2016/844 K.)(nakleden Karamercan, Fatih, Ankara Barosu Dergisi 2018/3, s. 163, dn.37)

[1149] Yardımcı, s. 252

hâkimin tanığın adresini tespit etmek için kendiliğinden araştırma yapması taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu davalarda doğru olmayacak, 31. maddenin verdiği, "delil isteme" ödevi ile ilgili tanığın bilgilerine ulaşmak konusunda ispat yükü kendisine düşen taraftan gerektiğinde araştırma yapmasını isteyecek ve bilgi isteyecektir.

5. Bilirkişi Oy ve Görüşü ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

a.Esasları

Bilirkişi kavramı, öğretide, bir davanın çözümlenmesi açısından önemli olan, belirli hale getirilmesi ve saptanması özel ya da teknik bilgi gerektiren konularda, yargı organları tarafından oy ve görüşüne gidilen, bağımsız, tarafsız ve uzman kimliğindeki üçüncü kişi ya da kişiler olarak tanımlanmıştır[1150]. Bilirkişi, hâkimin özel ve teknik bilgi eksikliği ya da yetersizliği karşısında hâkime yardımcı olan kişi olarak da ifade edilmiştir[1151]. Bir başka tanımda ise bizim de katıldığımız şekli ile "sahip olduğu özel ve teknik bilgi vasıtasıyla bir vakıayı tespit etmesi, bir vakıa meselesine ilişkin olarak hâkimde eksik olan bilgiyi sağlaması veya o vakıa meselesi hakkında inceleme ve değerlendirmelerde bulunması amacıyla kendisine başvurulan kimse" olarak belirtilmiştir[1152].

Bilirkişilik kurumu, medenî yargılama hukuku yönü ile HMK içerisinde 266-288. maddeleri arasında 22 maddede düzenlenmiştir. 266. maddesinde, bilirkişiye başvurulması gereken haller yasa kapsamında belirtilmiştir. Maddenin hükümet gerekçesine göre, hâkimin yaşam deneyimi gereği sahip olması gereken bilgiler ile çözümleyeceği konularda hukuk bilgisini kullanarak çözebileceği konularda, bilirkişiye başvuramayacağı, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişiden yararlanabileceği hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır. Maddede yer alan özel bilgi, yasa koyucu tarafından aynı şekilde gerekçede, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi

[1150] Tanrıver, Süha: Medenî Yargıda Bilirkişilik, Ankara 2016, s. 25 (Bilirkişi)
[1151] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 444
[1152] Toraman, s.32

olduğunu, ancak yer yer hukuk biliminin, özel uzmanlık alanlarına dair hukuk bilgisinin de özel bilgi olarak değerlendirilmesi nedeniyle, bu esasla bilirkişi görüşüne başvurulmasının dikkate alınmış olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle de 270. maddesindeki "hukuk bilimi dışında" ifadesine yer verilmiş olduğu açıklanmıştır. Teknik bilgi ile belirtilmek istenilenin ise, fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgi olduğu, belirli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum ve kurullarca tespit edilmiş olan teknik standartları kapsadığı ifade edilmiştir.

Madde gerekçesinden ve metninden çıkarılan sonuç, hâkimin hukuki bir bilgi ile çözümleyebileceği uyuşmazlıklarda, bilirkişi görüşüne başvurmasının yasak olduğu, bu konuda yasa koyucunun bir istisna yaratmaktan özellikle kaçınmasıdır[1153]. Ayrıca, öğretide, bizim de katıldığımız üzere, hâkimin genel yaşam deneyiminden doğan kurallara dair bilirkişiye gidemeyeceği de ileri sürülmektedir[1154]. Burada gerekçe olarak, hâkimin yaşadığı toplumun bir parçası olarak edindiği bilgileri yaşadığı toplumun bireylerine göre daha özel bir konumla yetiştirildiği gözetildiğinde, donanım olarak bilirkişiye başvurmanın gerek olmayacağı ifade edilmektedir. Bu konuda hâkimin akıl yürütme sırasında, "bildiğini bilmediği" bir düşünce akışına girmesi olasıdır; yani hâkim bir olayda örneğin bir trafik kazasında karşı şeride önündeki aracı sollamak suretiyle geçmek isteyen bir sürücünün karşı şeritte hızlı hareket etmesi için araç vitesini bir alt vitese alması gerektiğini, bunu yapmaz ise hızlanmasının zor olacağını bilmesi gerekli olduğu, kusur değerlendirmesinde gerek araç içi tanıkların gere sürücünün ifadesinden bu vakıa için bilirkişiye gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak herkesin araç sahibi olması veya araç kullanmayı bilmesi beklenmeli midir? Hâkimlik mesleğine çok genç yaşta gelen kişilerin yaşamın tüm deneyimiyle dolu olarak gelmesi beklenebilir mi? Daha ötesi, hangi bilgi genel yaşam deneyimi ile ayrılarak teknik bilgi sınıfında değerlendirilebilir? Bu sorular ile çalışmamız değerlendirilmelidir. Hâkimin sahip

[1153] Tanrıver, Bilirkişi, s. 40
[1154] Tanrıver, Bilirkişi, s. 43

olması gereken bilgi sıradan insanlardan daha fazla olması beklenilse de, örnekteki gibi, kimi zaman teknik bilgi ile genel yaşam deneyimi bilgisi, birbirinin sınırlarını zorlayabilmektedir. Bu anlamda, kanımızca, hâkimin bilgisi bir üst mahkemece denetlenebilir olması kadar, o bilginin de HMK 27. maddesi gereği taraflara sunulması, tarafların görüş bildirebilmesi, görüşlere göre tarafın kavramca ve bilgi olarak farklı bir bakışta olduğunun anlaşılması durumunda ise, hâkimin konu teknik bir bilgi sınırına ulaşmışsa, bilgisini tutarlı temellerde açıklaması gereklidir. Hâkimin bilgisi ile tarafın bilgisinin çeliştiği noktada ise bilirkişiye gidilmesi gerekli olacaktır. Hâkimin ilgili konuya dair bilgisi, delilleri değerlendirirken belirtmesi, ortaya koyması gerektiği ifade edilmiştir[1155].

Hukuk dışındaki bilim dallarına ait bilgisi beklenilmeyen hâkimin, bir olay karşısında uyuşmazlıkta hak doğduğu ileri sürülen ve dayanak alınan normun koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında, özel ve teknik bilgi gereksinimi duyması kadar, tarafların da bu gereksinim içinde olması, davada süren bir belirsizlik olarak kalacaktır[1156].

Kanımızca, bir olaya ilişkin belirsizlik, tüm taraflar açısından bilgi yönü ile giderilmedikçe bilirkişi delili her zaman gereksinim konusunu oluşturacaktır. Konuyu sade bir örnek ile açıklarsak, suyun 100 santigrat derecede kaynayacağı ortaokul fen bilgisi dersleri ile edinilmesi olanaklı bir bilgidir. Dava konusu uyuşmazlık içinde, bu bilgi hâkim tarafından bu yönü ile bilinse bile, bir taraf bu bilginin eksik olduğunu, deniz seviyesinde 100 santigrat

[1155] Yıldırım, Armağan, s. 836

[1156] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, hâkimi adeta bilimsellikten uzak bir vicdani kaygan zeminden korumak istercesine bir içtihadında yol göstermektedir; "Uyuşmazlık ise çıkan yangının küçük - orta- büyük yangın olup olmadığı ve buna göre alınacak tedbirlerin zamanında, yerinde ve hızında alınıp alınmadığı denetlenmeli, davacı idarenin yangına müdahalesinde kullanacağı helikopterlerin yakıtının bulunmaması veya hemen bitmesi ve yangına geç müdahale edilmesi yönünde yaptığı savunma irdelenmeli ve kusur etkisi tartışılmalıdır.
Yukarıda bilgiler ışığında somut olayımızda müterafik kusur hesaplanırken, davaya konu yangının hangi ölçekte bir yangın olduğu (küçük, orta, büyük) büyüyen orman yangınlarında belirleyici birincil etmenin rüzgar hızı ve yönü sonra nisbi nem ve yüksek sıcaklık olduğu bilimsel çalışmalarda belirtildiğine göre, olay günü rüzgarın hızı, bağıl nem oranı, davacı idarenin yangına müdahalesindeki etkin gücü gibi faktörler dikkate alınarak inceleme yapılmaması eksik delil toplama ve HMK 31. maddesi gereğince davayı aydınlatma görevini yapmadan karar verildiği anlaşılmaktadır." (E. 2014/4403 K. 2014/9751 T. 17.6.2014) (www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019)

derecede, fakat, deniz seviyesinden yükseldikçe 95 santigrat derecede de kaynayabileceğini ileri sürebilir. Buradaki eksik bilgi, gene seviye olarak ortaokul seviyesinde bir bilimsel bilgi olsa da hukuk dışı bir bilim ile ilgilidir. Hâkim, eğer bu konuda HMK 27. maddesi gereği açıklama yaparken bilimsel dayanak sunmayacaksa, bu durumda bilirkişi deliline gidilmesi gerekecektir; aksi durumda taraf ispat hakkında mahrum bırakılmış olacaktır.

b.Bilirkişinin Görevleri

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bilirkişi delili arasındaki ilişki değerlendirilirken, bu delilin, hâkimin kanaat edinme, kanaatini bilimsel ve nesnel temele dayandırma, nesnel olarak tartışılması olanaklı, öznellikten uzak karar vermeden önemli işleve sahiptir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantılı olarak bilirkişinin yetkileri, yükümlülükleri ile bilirkişi delilinin değerlendirilmesi kavramlarının incelenmesi kanımızca yararlı olacaktır.

Bilirkişinin, davanın tarafları ve hâkimi açısından karara giden süreçte, yani tahkikat içerisinde, toplanan delillere pozitif bilimlerin verdiği anlamı açıklama görevi olduğu söylenebilir. Hâkim, bilirkişi deliline tarafların istemleri olmadan da, özel ve teknik bilgiye gereksinim duyduğu noktada başvurabilecektir ki; HMK 266. madde bunu öngörmektedir. Taraflar bilirkişi deliline hiç dayanmamış, yargılamanın hiçbir aşamasında talep etmemiş bile olsalar, hâkim kendiliğinden bu delile başvurabilecektir[1157]; bu durum öğretide taraflarca getirilme ilkesine bir istisna olarak değerlendirilerek, hâkimin davayı aydınlatma ödevi de beraber yorumlanarak, mahkemenin resen yeni bir vakıayı davaya getiremeyeceği, ancak bilirkişi raporu hazırlanırken yeni bir vakıa ortaya çıkması durumunda Alman Hukukunda, bu durumda hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği yeni vakıa getirebilirken, Türk Hukuku yönünden ise sadece belirsizlik ve çelişkinin giderilebileceği, ancak maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla HUMK 75/2. maddesinin geniş yorumlandığı, Alman Hukukundaki gibi geniş

[1157] Tanrıver, Usûl Hukuku, s. 898, Tanrıver, Bilirkişi, s. 51, Bolayır, s. 427, Umar, Şerh, s. 759, Yılmaz, Şerh,C.III.,s.2741 , Atalay, Pekcanıtez Usûl, s.1921, Kuru/ Arslan/Yılmaz, s.426 , Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.448, Toraman, 280

yetkilerin de Türk Hukukunda hâkime verilmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması gereği ileri sürülmüştür[1158]. Öğretideki bu yaklaşımı biz de benimsiyor ve "resen-kendiliğinden" hâkimin bilirkişi deliline başvurmasını aydınlatma ödevinin bir uygulaması olarak görüyoruz. Davanın tarafları, hâkimin sahip olduğu teknik ve özel bilgiye kendileri sahip olmayabileceği gibi, hâkimin bilgisinin açıklanması, denetlenmesi, anlaşılması için tarafların istemleri delil olarak dayanmaları halinde her özel ve teknik bilgi gerektiğinde bilirkişi deliline başvurulması isabetli kabul edilebilir.

c.Bilirkişi Raporunun Yargılamaya Olan Etkisi

Bilirkişi delili ile ilgili olarak tartışılması gereken bir başka konu da, bilirkişi raporunun hâkimi bağlayıp bağlamayacağı, bu delilin serbestçe değerlendirilmesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bağının olup olmadığı konusudur. HMK 282. Maddesi, bilirkişinin oy ve görüşünün, diğer deliller ile birlikte serbestçe hâkim tarafından değerlendirileceğini amirdir. Hükmün hükümet gerekçesinde " hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber raporda yazılı olan özel ve teknik bilgilerden hareketle, bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa, bunun gerekçelerini açıkça ortaya koymak suretiyle bilirkişi raporunun aksine de karar verebilecektir. Tersine bir anlayış, hâkimi bilirkişi raporuyla, hüküm arasında bir aracı haline getirir ki, bunun hukuk devleti ve onun görünüm biçimi olan yargı bağımsızlığı (Anayasa'nın 2. ve 138. maddeleri) ile bağdaştırılamayacak olması sebebiyle kabulü mümkün değildir. Öte yandan, bu kural, hâkim bilirkişi raporunu yeterli görmezse, bilirkişiden ek rapor almak yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırtmak zorundadır şeklinde de anlaşılamaz," olarak ifade edilmiştir.

[1158] Yıldırım, Kamil, Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 837

Madde gerekçesi, hâkimin bilirkişi raporu karşısındaki faaliyetini kanımızca duraksamaları giderici bir yaklaşımla açıklamaktadır. Madde ile ilgili Yargıtay'ın bir çok kararında, hâkimin bilirkişi raporunu yeterli görmemesi durumunda yani davayı aydınlatmaya uygun bulmadığında, bir başka deyişle, bilirkişi raporu ile bir kanaat elde edememiş ya da edindiği kanaat karar vermeye yeterli vicdani yeterliliğe ulaşmamışsa yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği yönünde baskın bir görüş dikkat çekmekteydi. Hâkimin bilirkişi raporunun aksi yönünde karar vermesinin doğru olmadığı, Yargıtay tarafından kabul edilmekteydi. Hâkimin, bilirkişi raporu ile bağlı olmaması HMK öncesinde HUMK 286/1. maddesinde de aynı içerik ile düzenlenmiş olmasına karşın, gerekçede bu hükmün uygulanışında bu anlamda yol gösteren bir ifade geçmemesi nedeniyle, Yargıtay'ın duraksaması kabul edilemese de, anlaşılır bir tutum olarak görülebilmektedir. Yargıtay kararlarında bu duraksamanın gerekçesi açıkça anlaşılamasa da, hâkimin sahip olmadığı özel ve teknik bilgiye aykırı bir karar vermesi, keyfiliğe kaçması sadece vicdani, duygusal yönü ağır basan bir bakış açısı ile gerçeğe aykırı karar vermesi önlenmiş olabilir. Ancak bu konuda, bilirkişi raporlarının denetlenebilir olması, bu temelde de hem hâkim hem de davanın taraflarınca anlaşılabilir olması gereğinden hareketle, HMK 282.madde gerekçesi ile aynı sonuca ulaşmak olanaklıdır. Bir başka bakışla da, söylenebilir ki, her zaman bilimsel veriler ve bilgiler ile hukuk kuralları aynı çizgide ve aynı sonuna ulaşmayabilir. Bilimin gereği ile hukukun gereği uyuşmayabilir. Hukuk kurallarının pozitif bilimlere uygun olması gereği belki doğal hukuk açısından düşünülse de, bir kuralın oluşumunda kural koyan da kural koyanı seçen de pozitif bilimlere uygunluğu amaçlamamış olabilir. Hukuk felsefesi açısından konu tartışmalı olsa da, demokratik bir toplumda toplumu temsil eden yasa koyucu, pozitif bilimlerden çok uzak bir normatif düzenlemeyi getirdiğinde, bilirkişinin pozitif bilimleri esas alan görüşü karşısında, hâkim pozitif bilimlere aykırı olan yasa normunu davada uyuşmazlığı çözmekte esas almak zorunda kalacaktır. Rouseau'nun toplum sözleşmesini benimseyen

Anayasal sistemlerde, pozitif bilimler, hukuk kurallarının temeli olarak kabul edilmemekte, ulus iradesi tek kaynak olarak kabul edilmektedir.

ç.Görevlendirilmesi

Hâkim, bir uyuşmazlıkta, bir konunun takdirinde mi özel ya da teknik bilgi gerektiren bir konu mu olduğu hakkında duraksama yaşayabilir. Örneğin, bir kişinin ölümü nedeniyle, açılmış bir tazminat davasında ölen bir kişinin desteğinden yoksun kaldığını iddia eden sağ kalan eşin, yeniden evlenebileceği ve bu durumun tazminat tutarını etkilemesi gerektiği, yani tazminattan indirim sebebi oluşturduğu kabul edilmektedir[1159]. Hâkim, yeniden evlenme olasılığını değerlendirirken, bu konuyu hangi bilimsel bilgi ile değerlendirecektir? Bu konu takdir yetkisi içinde mi, yoksa özel ve teknik bilgi içinde mi tartışmasını bulmalıdır? Uygulamada bu konuda, kapatılmış bulunan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) kararları ile konu somutlaştırılmakta[1160], bilirkişi incelemesi sırasında AYİM kararları ve bilirkişilere vermiş oldukları talimatlar kullanılmaktadır. Olasılık ve istatistiksel bir inceleme ile varılan bu sonuçların davada kullanabilmesi ile bilirkişi deliline sırf bu konu için başvurmaya gerek kalmamaktadır. Bu nedenle, böylesi durumlar için madde gerekçesi aydınlatıcı olmuştur.

Her zaman bilimsel veriler ve bilgiler ile hukuk kuralları aynı çizgide ve aynı sonuna ulaşmayabilir. Bilimin gereği ile hukukun gereği uyuşmayabilir. Hukuk kurallarının pozitif bilimlere uygun olması gereği belki doğal hukuk açısından düşünülse de, bir kuralın oluşumunda kural koyan da kural koyanı seçen de pozitif bilimlere uygunluğu amaçlamamış olabilir. [1161].

[1159] Ayrıntılı bilgi için bkz. Uçakhan Güleç, s. 747 vd
[1160] Uçakhan Güleç, s. 756
[1161] Tanrıver, Bilirkişi, s. 89

HMK 273. maddesinin gerekçesinde, "…hâkim dava dosyasına tümüyle egemen olduktan sonra maddi sorunlarla hukuki sorunları kesin çizgileriyle birbirinden ayırmalı, hangi maddi vakıa veya vakıaların özel ve teknik bilgilere dayalı olarak aydınlatılmasını ya da tespit edilmesini istiyorsa, somut sorular halinde bu konudaki iradesini herhangi bir tereddüde mahal bırakmayacak bir şekilde bilirkişinin görevlendirmesine ilişkin kararda açıklaması gerekmektedir.

Bilirkişiye yöneltilecek olan soruların yerinde, eksiksiz bir şekilde formüle edilmiş, yeterince açık, bilirkişinin uzmanlık alanına ilişkin ve nihayet uygun bir dille belirtilmiş olması gerekmektedir. Sorular, bilirkişinin görevinin sınırını belirginleştirecek ve bilirkişiye yol gösterecektir. Bilirkişiye genel bir inceleme yetkisinin verilmemesi gerekir[1162].

Raporun sağlıklı ve eksiksiz olmasının temini ile taraflarca yapılması muhtemel itirazların daha işin başında bertaraf edilmesi ve dolayısıyla usûl ekonomisine uygunluğunun sağlanması açısından inceleme konusu ile bilirkişiye yöneltilecek soruların tayini sürecinde tarafların görüşü alınmalıdır" şeklinde belirtmeden, bilirkişinin, hâkimin yardımcısı[1163] konumuna uygun şekilde, hukuk bilgisi ile hâkimin dosyadaki diğer delillerden çıkarım yapamadığı, özel ve teknik bilgi ile "kanaate" ulaşmasını sağlayacak, bu kanaati de, vicdanen tereddütsüz benimseyerek hale gelecek kadar kuvvetlendirecek bilgiye yani medenî yargılama hukukunda ulaşılması gereken ispat ölçüsüne uygun olmak kaydı ile ulaştıracak, kendisi kadar yani hâkim kadar tarafsız olmasını beklediği bilirkişinin davadaki işlevi, aslında olaya ve uyuşmazlığa dair bilimsel bilginin hem taraflar hem hâkim tarafından anlaşılır hale getirilmesidir. Bilgi, ilgili konu uzmanı ya da bilgi sahibi tarafından davaya getirildiğinde, uyuşmazlığın algılanması, değerlendirilmesi, uyuşmazlığın soyut norm ile bağlantısının kurulması sağlanmaktaysa, bu bir aydınlanma olarak karşımıza çıkacaktır. Böylesi bir bilginin

[1162] Toraman, s. 226

[1163] Yıldırım, Mukayeseli, s. 836; Üstündağ, Yargılama, s. 744; Tanrıver, Bilirkişi, s. 26, bu anlamda karşılaştırmalı hukuktaki *Amicus curiae* kavramının aydınlatma ödevi ile de bağlantısı olduğu ifade edilmiştir, Toraman, s. 62

bulunmayışının belirsizlik olması, davada aydınlatılmayı gerektirecektir. Bu bilgi, davada taraf algısına, karar makamı algısına aynı derecede nesnel aktarılabilmesi, nesnel anlaşılırlığı sağlanabilmelidir. Böylece, davada, özel ve teknik tüm belirsizlik, anlaşılmamışlık, çelişki ve benzeri bilgi eksikliğinin giderimi, bilirkişi ile olacaktır. Hâkim yardımcısı olan bilirkişi aslında kendiliğinden de başvurabilmesinden anlaşılabilir ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin en önemli görünüm ve uygulamalardandır diyebiliriz. HMK 273. madde gerekçesindeki " aydınlatma işlevi" de, hâkimin özel ve teknik bilgi eksiğinde yöneleceği, aydınlatmada aygıt gibi kullanılabileceği yargılama unsuru olarak, bilirkişi karşımıza çıkmaktadır. HMK 31. maddesinde, hâkimin taraflara açıklama yaptıracağı, soru soracağı ve delil göstermelerini isteyeceğini düzenleme altına alırken, kanımızca anlaşılması gereken, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesinden uzaklaşılmamış olması, bu ilkenin doğru uygulanmasında yani tarafların davada, iddia ve savunmalarında, uyuşmazlığa yabancı üçüncü kişi olan hâkimin, uyuşmazlık konusu olayı anlaması algılamasında netliği ideal duruma gelmesi ile, her iki tarafın da doğru sonuç elde etmek yönünden çıkarı olduğudur. Hâkim, soyut normu somut olaya uygularken, " somut olay" yönünden duraksama yaşamadığı sürece, kanaatinin vicdani bir duraksamaya uğramaması sağlandıkça, karar verebilmesi de, o oranda daha hızlı, daha kolay ve çok daha doğru olacaktır. Bunu sağlamak için, hukuk bilgisini aşan, özel ve teknik bilgi olarak kabul edilen her bilgi gereksiniminde, bu belirsizlikten kurtulmak için, bilirkişi kurumuna başvurmak gerekecektir. Bu delile başvururken, dava dosyası için ikmal edilen gider avansı ya da delil avansı yeterli değil ise, bu durumda, ispat yükü kendisine düşen taraftan bu bilginin sağlayıcısı bilirkişiye başvurmak yönünden delil sağlama ödevi yani ispat yükü olarak söz konusu bilirkişi ücretini karşılaması HMK 31. maddedeki "delil gösterilmesini isteyebilme" yetkisine dayanarak isteyecek, bu ücret karşılanmadığında ispat yükü de yerine getirilmemiş sayılacaktır. Bu durumda yasada hâkimin ne koşulda olursa olsun uyuşmazlık ile

ilgili bilirkişi deliline kamu kaynakları ya da kendi ekonomik varlığından aktarım ile karşılayarak bilirkişiye gitmesi beklenmeyecek ve hatta doğru görülmeyecektir[1164].

Hâkimin, bilirkişinin görev alanını, inceleme konusunun tüm sınırları ile ve açıkça belirtmesi, hem HMK 32. maddesindeki, hâkimin yargılamayı sevk ve idaresi yetkisinin bir gereği olup, hem de davayı aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Bilirkişi, hâkimin karar yetkisini gasp ederek davanın esasına dair hukuki değerlendirme yapması, HMK 279/4. madde gereğince de yasak olduğu için, hâkim de, yoksunluk içinde olduğu özel ve teknik bilgi yönünden hangi konuda bilgiye gereksinimi varsa davada bu konuda kanaat elde etmek için, bunun ayrımını kendisi yaparak bilirkişiyi özel ve teknik bilgi istemi yönünden yönlendirmiş olacaktır. Örneğin, bir yapının iş sahibi tarafından yükleniciye yaptırılması işine dair uyuşmazlıkta, söz gelişi bir apartman yapımı işinde, iskan ruhsatının alınmamış olması, binadaki ıslak zeminlere yapılacak imalat ve işlerin eksik olması, elektrik ünitelerinde arıza bulunması, sosyal güvenlik ve vergi borçlarının bulunmasının, sözleşmeye aykırılığın ileri sürülmesinde, hâkim, tüm bu konuları içeren bir bilirkişi raporu talep edememelidir; zira hâkim burada kendi kanaati yönünden, sözleşmedeki koşulları, borçlar hukuku normlarına uygunluğun olup olmadığını tüm iddialar ve savunmalarla değerlendirdikten sonra, delilleri inceleyecektir. Bu sırada sosyal güvenlik ve vergi borçlarına dair iddia yönünden maliye analizini bir muhasebeci ile yapabileceği gibi, aynı konuda öncesinde ilgili kurumlardan belge isteyebilecek, ya da gene HMK 31. madde gereğince taraftan sunmasını isteyebilecektir. Bir inşaat mühendisi bilirkişi ile, ıslak zeminlere yapılacak imalat ve işlerin eksik olması konusunda, imalat ve işlerin eksik olması konusundaki teknik bilgi eksiğinin giderimi

1164 *"**Resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler***
***MADDE 325-** (1) 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."* Buradan anlaşılan, zaten taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda belirttiğimiz şekilde uygulama yapılacak, ancak istisnai olarak söz konusu n kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı dava ve işlerde HMK 325. madde uygulaması gerçekleşebilecektir.

gerekecektir. Islak zemin ve bu konudaki bilgi yoksunluğu, hâkim açısından bir "belirsizliktir". Bu temelde keşif yapması, keşifte de bilirkişilerin ilgili inşaatı incelemesi gerekecektir. Bu incelemede, hâkim fayans derz malzemesinin yoksunluğunu bilecek bilgiye sahip olmadığından bu bilgi yoksunluğu karşısında, bilirkişi incelemesi gerekecektir.

Uyuşmazlıkta, tüm unsurlar değil, inşaat mühendisinin bilgi ve uzmanlığındaki kısım yönünden bilgi talep edecektir. Bu durumda, hâkim, aydınlatma ödevini bu kısma kadar neredeyse her yargılama aşamasında uygulaması gerekecektir. Dilekçeler aşamasında ve Ön inceleme duruşmasında somutlaştırıp netleştirdiği uyuşmazlık iradelerinden sonra, o noktaları önce dava dosyasında sunulmuş deliller ile değerlendirecek, deliller ispat ölçüsü için yeterli gelmez, hâkim de kanaatine vicdani bir onay veremezse, bu durumda bilimsel olarak özel ve teknik bilgi açısından yetersizliğini değerlendirmeye başlayacaktır. Burada, taraflarca getirilme ilkesinin bir gereği olarak, hâkim, gerekçede de işaret edildiği üzere taraf görüşlerini alacaktır. Böylece hâkimin taraflardan ayrı olarak, bilirkişi deliline başvurması durumunda, hâkimin taraflar kadar uyuşmazlık içinde yer almaması, dava malzemesinin kural olarak taraflarca getirilmesi gereği karşısında, taraflar HMK 27. madde yönünden bir uygulaması olarak bilirkişiye sorulacak sorulara dair açıklama hakkına sahip olması gereği kabul edilmiştir. Hâkim, bir konuda bilirkişi deliline kendiliğinden başvurmayı gerekli görmese bile, taraf delil olarak dayandığında, bu delillerin toplanmasına, gerek olmadığını da açıklamak, gerekçelendirmek zorundadır[1165]. Bu nedenle, tarafın delil olarak bilirkişi deliline dayanmış olması, ispat yükü açısından da kritik öneme sahiptir. Hâkim bir konuda, özel ve teknik bilgiye sahip olsa bile, bu bilgiyi kendi zihninde tutarak açıklama yapmaksızın, davayı aydınlatmış olmayacaktır.

Hâkimin sahip olduğu bilginin taraflarca da anlaşılması, algılanması gereklidir. Bu nedenle de, taraf bu delile dayanmamış da olsa, hâkimin özel ve teknik bir konuda, bilirkişi

[1165] Toraman, s.153

deliline başvurmadan karar vermesi hukuki dinlenilme hakkının bir ihlali sayılabilmelidir. Davanın aydınlanmasında kanımızca yasakoyucu sadece hâkimin algı ve kanaatini değil, davada tüm yargılama unsurlarının hatta dava dosyasını inceleyecek kanun yolu hâkimlerinin bir algı ve kanaate sahip olması aranmalıdır. Aksi durumda, bilirkişinin keyfiliği önlenmek istenirken, hâkim kararı, hukuki dinlenilme hakkı yok sayılarak oluşmuş olacaktır ki, bu da denetim dışı kalan modern yargılama ilke ve yaklaşımlarından uzak bir düşünce olacaktır. Bir diğer deyişle bilirkişinin yanıtlaması gereken soruların hem taraflar hem hâkim tarafından belirlenmesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir yansıması olarak kabul edilmelidir.

HMK 273. maddesinin asıl düzenlenme sebebi, gerekçeden de anlaşılacağı gibi, hâkimlerin bilirkişiye tüm dosyadaki uyuşmazlığı çözdürmek, karar için dosyayı hazırlatmak yönündeki uygulamanın önüne geçmek olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, gene kanımızca, 273. maddenin uygulanmasına yani görevlendirme aşamasına kadar taraf iddialarının savunma ve delilleri toplanmış, değerlendirilmiş ve içinden gereken özel ve teknik bilginin ayırt edilmiş olması ve temini yoluna gidilmesi gereği de doğmuş olması gereklidir. Aksi usûl ekonomisi ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir[1166].

d.Maddi Sorun-Hukuki Sorun Ayrımının Yapılması

HMK 273. maddesinin uygulanmasında hâkimin yukarıdaki gibi, maddi sorunları tespit ettikten sonra, hukuki sorunları ayırması gerekecektir[1167]. Hukuk kuralının ifadesi, çözümlenmesi ve yorumlanmasına ilişkin her türlü konu, hukukî soruna dairken, taraflar arasındaki uyuşmazlıktan sonra açık ve kabul edilmiş olan olaylara ilişkin her türlü değerlendirme vakıa alanına dâhildir[1168]. Bu ayrımın önemi, HMK 266. maddesi gereğince hukuki konuda bilirkişiye başvurma yasağından kaynaklanmaktadır[1169].

[1166] Yılmaz- Şerh, s. 1218
[1167] Tanrıver-Usûl, s. 927
[1168] Toraman, s.90; Göksu, s. 337
[1169] Toraman, s.91

Bu durumda maddi sorunu tam olarak algılaması, maddi soruna dair tüm kanıtları incelemesi, vakıanın oluşuna dair duraksama içinde olmaması durumundan sonra, uyuşmazlığın tam bir algısını edinince, olaya uygulanması gereken soyut normu tespit edecektir; ancak bu algısının doğruluğu ve kanaatinin ispat ölçüsünde aranan kuvveti bulması için gereksinimi olan özel ve teknik bilgi için hukuk bilgisi de yeterli gelmeyeceğinden, bu bilgiyi edinmek için bilirkişiye başvuracaktır. Öğretide, bu konuda bizce isabetle olduğunu düşündüğümüz şekilde, bilirkişi incelemesi tanımlanırken, hâkimi aydınlatmaya yönelmiş bir usûl olarak belirtilmiştir[1170].

Davanın bu aşamasında maddi sorunun algısında belirsizlik ve çelişki olmadığı, gerekli özel ve teknik bilginin ne olduğu belirlendiğinde hâkim bu yöndeki bilgi eksiğinden doğan davadaki belirsizliği bilirkişi ile giderecektir. Taraflar da bu bilgi ile somut olay arasındaki bağın kurulmasına delil olarak dayanabilir ki, bu da ispat hakkının görünümü olarak kabul edilebilir. Maddedeki taraf sorularının, görüşlerinin alınması da bu anlamda hem taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesinin, hem hukuki dinlenilme hakkının, hem de hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir gereği olarak uygun görülebilir[1171].

[1170] Toraman, s. 27

[1171] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir içtihadında, hâkimin bilirkişi deliline kendliğinden başvurması gereken duruma da işaret etmiştir, "Dava, davalı tarafından taşınan gönderilerin geç teslim edildiği iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine dair olup, mahkemece, davacının iddialarının afaki olduğu ve somut delillerle kanıtlanamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, davacı dava dilekçesinde geç teslim edildiğini iddia ettiği banka ekstreleri ve resmi kurumlardan gelen belgeleri yeterince somutlaştırmış olup buna dair delillerini de dosyaya sunmuştur. Kaldı ki, H.M.K.nın 31. maddesi uyarınca "... Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." Bu itibarla, mahkemece gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle davacının iddialarının değerlendirilmesi ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, davanın yazılı gerekçeyle reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir."(E. 2015/1272 K. 2015/6544 T. 7.5.2015) (www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019)
Bir başka Yargıtay içtihadında ise, aynı konuda," "Dava, anonim şirket genel kurul kararlarının iptali istemine ilişkindir. Davacı vekilince davalı şirketin 17.06.2014 tarihinde gerçekleşen olağan genel kurul toplantısında alınan kararların iptali talep edilmiştir. Genel kurulun 3 numaralı gündem maddesi yönetim kurulu faaliyet raporu ve Bağımsız Dış Denetim raporunun okunması ve oylanmasına, 4 numaralı gündem maddesi faaliyet raporunun ve bilanço kâr zarar hesabının müzakeresine, 8 numaralı gündem maddesi ise bağımsız denetim firması seçimine ilişkindir. Davacılar, bir kısım somut isnatlarda bulunarak faaliyet raporunun, bilanço kâr/zarar hesabının ve denetim raporunun gerçeği yansıtmadığını, denetim firmasının görevini eksik ifa ettiğini ileri sürmüştür. Ancak davacının iddiaları doğrultusunda bilanço ve şirket hesapları üzerinde bir inceleme yaptırılmamıştır.

e.Bilirkişinin Haber Verme Yükümlülüğü ile İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bilirkişi oy ve görüşünün bağlantısının incelenmesinde HMK 275. maddesinin incelenmesi de yararlı olabilir. Anılan madde bilirkişinin haber verme yükümlülüğünü düzenlemektedir. Madde kapsamında, bilirkişi inceleme konusu maddi vakıaların açıklığa kavuşturulması ve tespiti için uzman kimliği bulunan başka bir bilirkişi ile işbirliğine ihtiyaç duyduğunu ya da görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeretini bir hafta içinde görevlendirmeyi yapan mahkemeye bildirmesi gerekli olduğu düzenlenmekte, ikinci fıkrasında ise incelemesini gerçekleştirebilmek için bazı konuların önceden soruşturulması ve tespiti ile bazı kayıt ve belgelerin getirtilmesine gerek duymakta ise, bunun için mahkemeye bilgi ve talepte bulunması gereğini düzenlemektedir. Bu düzenleme karşısında, hâkim de harekete geçerek belirsizlik ve eksiklik bulunduğuna dair kanaate ulaşırsa HMK 31. maddeden kaynaklanan ödevini yerine getirmesi gerekecek ve belirsizliği giderip bilirkişi oy ve görüşünü almaya yönelecektir[1172].

Gerekçede, bu düzenlemenin amacının yargılamayı sürüncemede bırakmamak olduğu belirtilmiştir. Bilirkişi bildirim yükümünü yerine getirdikten sonra, mahkemece, bilirkişinin işbirliği gereksinimi ya da bilirkişinin davadaki özel ve teknik konuda bilgi verebilmesi için gerekli bilgi ve belgelerin sağlanması yönünde bir değerlendirme yapması gerekecektir. Bu anlamda bilirkişi, örneğin bir kişinin kalıcı sakatlık oranına dair alınmış bulunan sağlık kurulu raporunun bir yıl süreli olduğuna işaret edip, kalıcı sakatlık zararının hesaplanabilmesi için

---

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi düzenlenmiş olup, hâkim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği ve delil gösterilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Somut olayda, faaliyet raporunun, bilançonun ve denetim raporunun gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hususunda yeterli inceleme yapılmamıştır. Bu durumda, faaliyet raporunun, bilançonun ve denetim raporunun gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hususunun uzman bir ekonomist ve muhasip bilirkişinin bulunduğu heyetten denetime elverişli rapor alınmak suretiyle belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru görülmemiştir. "(11. Hukuk Dairesi, E. 2016/10594 K. 2018/4304 T. 5.6.2018) (www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019) şeklinde konu değerlendirilmiştir.

[1172] Toraman, s. 357; Erdönmez, s. 177

sürekli engelli sağlık kurulu raporunun gereğine işaret etmesi durumunda, hâkim, davada, kişinin kalıcı sakatlık zararının tahsilinin istendiğini, bu kalemdeki zararın ispatı için öncelikle "kalıcı" sakatlık olgusunun tespitinin gereğine işaret ederek, ispat yükü kendisine düşen taraftan kalıcı sakatlık incelemesi için delil sunmasını, bu konudaki belirsizliği gidermesini istemesini HMK 31. maddedeki "delil gösterilmesini isteme" ile bağdaşan, buna delalet eden bir uygulama olacağı düşüncesindeyiz. Bu anlamda, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, HMK 275. maddesinin uygulanmasında ve amacına ulaşmasında işlevsellik katacaktır.

275. maddenin en önemli işlevinin, hâkimin davada özel ve teknik bilgiye sahip olmaması nedeniyle, dava için gerekli tüm özel ve teknik bilgi gerektiren konularda bilgi vermesi için dosyayı bilirkişiye vermesi halinde, burada ulaşılması beklenen, hem hâkim hem taraflar yönünden bilinemeyen daha farklı bir bakışla belirtilirse, hem hâkim hem iddia taraflar yönünden ortak bir bilgi ve kanaat ile benimsenmemiş, ikna olunmamış, doğru algılanmamış bir konuda tarafsız ve bilimsel bilgi sahibi üçüncü, dava dışı bir kişinin bilgi vererek, "belirsizliği gidermesi", bilinmeyen veya bilindiği düşünülse de ortak bir algıda buluşulamayan konunun bu şekilde aydınlanması olduğu ileri sürülebilir, tarafların ya da hâkimin hemfikir olması amaçlanmasa da, bilimin verileri ile öznel algıların ötesinde nesnel bir verinin hâkim değerlendirmesine ulaşması, bu verilerin makul, orta zekalı bir kişinin yani iyiniyetli üçüncü bir kişinin algılanmasına uygun anlatım ile sunulması beklenmelidir. Bu esas ile hareket ederek, bilirkişi, kendi özel ve teknik bilgisinin düşünsel ve değerlendirme dünyası olan zihni ile bilimsel bir çıkarım yapamamış, bunu yapamaması da, bilgi ve veri eksiğinden doğmuşsa, bilirkişi zihninde kendisinden bilimsel yorum istenen uyuşmazlık konusu veya uyuşmazlık konusunu aydınlatacak durum veya konu da belirsiz kalacaktır. Bu belirsizlik, hâkimdeki bilimsel bilgi yokluğuna bağlı belirsizliğin giderilememesi sonucunda davanın da aydınlatılamamış olması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, hâkimin adeta yardımcı konumundaki bilirkişi, hâkime bir anlamda bilimsel belirsizlik ihbarında bulunmuş

olmaktadır, bu durumda, hâkim, davayı aydınlatma ödevini, teksif ilkesi ve tasarruf ilkesine aykırı düşmeden, dava dosyasına gerekli ve ilgili delillerin, bilimsel yorum araçlarının getirtilmesini taraflardan isteyebilecektir. Hâkim, öylesi bir eksikliği, keyfi olarak veya tesadüfi olarak tamamlatmaya çalışır ve yeni delil sunulmasını isterse, bu tutumunun isabeti tartışmalı olacak, bilirkişi incelemesinde gerekli olmayan, hâkimin teknik bilgi eksiği nedeniyle istenmekle davanın uzamasına neden olacak isteklerin yapılmaması gerekli olup, tarafların tüm delilleri toplanınca hâkim bilirkişi deliline başvururken deneyimi ile teknik bilgi için gerekli yeni delil celbi yoluna gitmemişse ilgili davada ve konuda hâkimin özel ve teknik bilgisi yoksa, tüm delilleri topladıktan sonra bilirkişinin 275. madde gereği bildirimi sonrası toplanması veya HMK 31/son cümlesindeki delil sunulmasını istemesi söz konusu olmalıdır. Delil sunulmasını isterken de, bu konuda ispat yükü kendisine düşen tarafa yönelmesi gerekecektir.

HMK 275. maddenin, usûl ekonomisi ilkesi gözetilerek uygulanması, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanışı için olumlu bir etkide bulunması olanaklıdır. Örneğin destekten yoksun kalma zararının hesaplanmasında, desteğin ve desten yoksun kalanın olay sırasındaki yaşları önemli ve gerekli görülmektedir[1173]. Dava dosyasındaki deliller arasında, nüfus aile tablosunun bulunmaması durumunda, uygulamada, davacı taraf delil olarak dayanmamış bile olsa, hâkim tarafından davanın başında, Ön inceleme aşaması öncesinde bile dosyaya getirtilmektedir. Destekten yoksun kalan kişinin sıfatı, zarar tutarına esas çarpanlardan yaşın bulunması nedeniyle aslında nüfus aile tablosu zararı ispatlayan delillerden biridir. Borçlar Kanunu 50. maddesi ilk fıkrası zarar görenin, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olduğunu düzenlemektedir. Bu hükümden yola çıkıp konu incelendiği zaman, davacının nüfus aile tablosuna bir delil olarak dayanması gerektiği sonucu çıkarılabilmektedir; fakat zararın hesabının özel ve teknik bilgi gerektirmesi,

[1173] Uçakhan Güleç, s. 739

davacının bu delilin zararının ispatında gerekli olduğunu bilmesinin beklenmeyeceği şeklinde yorumlanmış olabilir. Bu temelde, hâkim, uygulamada doğrudan harekete geçerek nüfus müdürlüğünden nüfus aile tablosu temin etmeye yönelse de, aslında bu konuda yaş ve akrabalık ilişkisi yönünden taraftan delil istemesi medenî yargılama hukuku açısından daha isabetli olacaktır. Ancak dosyadaki eksik hesap verisi üzerine hâkimin girişeceği faaliyet de hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir görünümü olarak kabul edilmektedir, bu nedenle 275. madde hükmü, davada sevk ve yönetim yetkisinin hâkimde olmasının da bir sonucu olarak, harekete geçip geçmeme yönündeki değerlendirme için hâkime bilgi ve haber vermesi gerekli görülmüş olduğu söylenebilecektir. Bilirkişi, belge eksikliği nedeniyle olumsuz bir mütala vermektense, hâkime haber vererek aslında 31. madde uygulaması için zemin yaratmaktadır.

HMK 278. maddesi bilirkişinin yetkilerini düzenlemektedir. Madde düzenlemesinde, bilirkişinin yetkileri düzenlenirken, bilirkişinin görevini mahkemenin sevk ve idaresi altında yerine getireceği, bunun doğal sonucu olarak da, görev alanı ve sınırları ile ilgili duraksamaya uğrarsa, bunun mahkemece giderimini her zaman isteyebileceği düzenlenmiştir. Bilirkişi incelemesi sırasında, dosyadaki bilgi ve belgeler ile yetinemediği, bu bilgi ve belgelerin bilimsel bir kanaat uyandırmaması durumunda taraf bilgisine yönelebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda, önemli bir unsur, yasa metninde mahkemenin uygun bulması olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanmasında ise, her iki tarafın hazır bulunması gerektiği düzenleniştir ve bunun bilirkişiye bildirimi ve hatırlatılması kabul edilmiştir. Maddede, bilirkişinin oy ve görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerine inceleme yapması zorunlu ise, mahkeme kararı ile gerekli incelemeyi yapabileceği ve bu sırada tarafların da hazır bulunabileceği düzenlenmiştir. Maddenin hükümet gerekçesine göre, bilirkişinin özel ve teknik bilgisine giren konuda, mahkemeyi aydınlatabilmesi için, öncelikle görüşü alınmak istenen konunun ne olduğunu açık ve kesin bir şekilde kavraması, somut olayın verileri ile özgün koşullarını saptaması gerektiği, bu türlü bir çalışmanın ise, bazı konularda bilgi

edinmeyi zorunlu kıldığını, bunun aracının ise, bilgi alma yetkisi olduğu belirtilmiştir. Bilirkişi, bu yetkisini sorular sorarak kullanacaktır; gene gerekçede de ifade edildiği gibi, önceden dinlenmiş tanıklar da, tarafların da gene bilirkişi tarafından dinlenmesi gereklidir; ayrıca bilirkişiye keşif yetkisi de tanınabilmektedir.

f.Bilirkişinin Görev ve Yetkileri ile İlişkisi

Bilirkişinin yetkileri ile, hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasında işlevsel açıdan bir bağın olup olmadığı değerlendirilmelidir, zira öğretide hâkim yardımcı olarak kabul edilen bilirkişi, belirtilen yetkileri kullanırken, aslında özel ve teknik bilgisi ile yorumlayabileceği olay bilgilerine ulaşma amacı içinde olduğu izlenimi uyanmaktadır. Madde ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, hâkimin olaya dair deliller ve iddia/ savunma ve beyanlar karşısında belirlilik ve çelişkisizlik içinde değerlendirme yapma gereği ille aydınlatma ödevini yerine getirdiği gibi, bilirkişi de kendi bilgisinin, yorum, yorum ile ulaşacağı çıkarıma giderken, hâkimin de tarafın da, aynı bilimsel bilgiye sahip değillerse öngöremeyecekleri bir bilgi eksiği dosyada bilirkişi tarafından tespit edilmiş olabilir.

Hâkimin hukukçu olarak yapacağı değerlendirme ile, hukuki değerlendirmeye hizmet etmek için bilimsel sonuç ve çıkarıma ulaşmak yolunda yapılacak özel ve teknik değerlendirme ve bu değerlendirmenin aradığı sorgulama ve araştırmalar ve incelemelerin aynı olmaması beklenmelidir. Bir hâkimimin, aile mahkemesinde görülen velayet davasında, çocuk odası ve yaşam ortamına dair yapacağı değerlendirme, bakacağı kriterler ile bir pedagogun değerlendirmesi aynı olmayacağı gibi, her ikisinin çocuğa soruları, taraflara ve tanıklara soruları da farklı olacaktır. Beden dilinin ve doğrudan uyuşmazlıkta söz edilen yerlerin fiziki olarak incelenmesi, değerlendirilmesi hâkim aracılığı ile yapıldığında, doğrudanlık engellendiğinde istenilen sonuca ulaşılması, bilirkişilik kurumunun gereği düşünülünce zor görünmektedir. Bu nedenle, bilirkişinin hâkimin yardımcısı olmasının

ötesinde, hâkimin bilim dünyasındaki elçisi gibi değerlendirilmesi olanaklı denebilir. Hâkim, yerine bilimsel yoruma ve çıkarma, hâkimin anlayabileceği, denetleyebileceği şekilde ulaşması beklenen kişi olarak ifade edebilmek mümkündür. Hâkimin bir tanığı dinlemesi sırasında, tanık açıklamalarını davayı aydınlatıcı bulması ancak, bilirkişinin teknik bilgi sunmak isterken, bu açıklamaları yüzeysel bulması olasıdır. Bu durumda, kendi bilgisinin aradığı somut olay verisine ulaşabilmek için gerekli olan soruyu formüle ederek gerek tanık gerekse tarafa yönlendirebilecektir. Bilirkişinin bu faaliyeti yapmaması durumunda, doğru mütala vermesi zorlaşacaktır; hatta belki somut olaya göre olanaksızlaşabilecektir. Hâkimin, özel ve teknik bilgisinin olmaması nedeniyle bilirkişi ile aynı detay ve derinlikte soru soramamış olması olağan karşılanmalıdır. Hâkimin, bilirkişi olmadan belki hiç soramayacağı soruları, bilirkişinin sormasına izin verilmesi doğru karar verilebilmesi için gerekli görülmüştür.

Bilimsel bilgiye ulaşabilmenin gereğini bilerek somut olaya bakış ve değerlendirme ile bilimsel bilgiden uzak sadece hukuk bilgisi ile yapılacak değerlendirme ve davanın aydınlandığı yanılgısı farklı değerdedir. Bilirkişinin algılaması için getirilen yasal olanak, bu algının doğru karara hizmet etmesini sağlayacak işlevde olması için getirilmiştir ki, maddenin gerekçesinde "Bilirkişinin objektif, gerçekçi ve sağlıklı bir temel üzerine oturtulmuş rapor hazırlayıp mahkemeye sunabilmesi için kamusal bir takım yetkilerle donatılması gerekir. Aksi takdirde onun bu temel işlevini, gereklerine uygun bir biçimde yerine getirmesi mümkün olmaz. Öte yandan, nerede bir görev varsa, orada bir yetki de vardır, yetkiyle donanmamış bir görev ifa edilemeyeceği gibi, görevsiz salt bir yetki de bulunamaz" şeklinde hüküm amacı belirtilmektedir. Tüm bu yetkiler de hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir devamı, işlevsel bir yansımasıdır demek kanımızca yanlış olmayacaktır. Kanımızca, maddenin uygulanışı açısından, bilirkişinin sorularının hâkim tarafından sorulacak sorularla benzer olması olası da

olsa, bilimsel bilginin gereği olarak farklı olması, ilgili özel ve teknik bilginin gereği olan sorulardan olması gereklidir.

g. Bilirkişi Oy ve Görüşünün Unsurları

Bilirkişi delili ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilişkisi yönünden incelenmesi yararlı olacak bir başka hüküm de, HMK 279. maddesi hükmü olduğu düşüncesindeyiz. Madde metninde, bilirkişinin oy ve görüşünü mahkemeye sunmasının şekil yönü ele alınmıştır. Bu konuda, HMK 31. maddesinin aradığı hâkimi harekete geçiren belirsizlik ve çelişkinin bilirkişi rapor içeriği ve şekil yönü olmak üzere iki boyutta değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

HMK 279. madde metni incelendiğinde, raporda tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği konular, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve sorulan sonuçlar, bilirkişiler arası görüş ayrılığı varsa, bunun sebebi düzenleme tarihi, bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması gerektiği, azınlıkta kalan bilirkişi oy ve görüşünün ayrı bir rapor halinde sunulması gerektiğinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. İkinci fıkrasında ise bilirkişinin görüşü sözlü olarak açıklamasına karar verildiğinde bu görüşün tutanağa yazılıp imzalanması gereklidir.

Madde gerekçesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile 279. madde bağını kurmakta kanımızca yol gösterici kabul edilebilir. Gerekçeye göre, maddede yer alan rapor unsurlarını bilirkişi tarafından düzenlenen raporda içerik açısından taşıması gerekmektedir. Gerekçede, yasa koyucunun işaret ettiği önemli bir nokta, bilirkişinin raporunu özellikle mahkemece belirlenen sınırlar içinde tümüyle maddi olaylara hasretmesi gerektiğini, kendisine yöneltilen somut soruları tek tek yöneltiliş sırasına göre bilimsel dayanaklarını da açık ve anlaşılır bir biçimde göstermek ve eksiksiz olarak yanıtlamak suretiyle hazırlaması gereği belirtilmiştir. Bu niteliklerden yoksun bir raporun denetlenemeyeceği, hâkimde kuvvetli kanaat oluşturmaya

yetecek algı ve bilgi oluşturmasının beklenmeyeceği, algının oluşmadığı her durumda da, davanın aydınlanmış sayılmasının kabul edilmeyeceği düşünülebilir. Gene gerekçeye göre, bilirkişin raporunu düzenlerken, özel ve teknik bilgi bağlamında uzman kimliği bulunmayan hâkimin ve tarafların anlayabileceği kavramları ve terimleri kullanmaya özen göstermesi gereği ifade edilmektedir ki, kanımızca bunun aksi raporda tam anlamıyla bir belirsizlik doğuracaktır. Hâkimin, hukuk bilgisi dışında bir bilgi ile donanmış olması beklenmemektedir. Ancak hâkimin bir bilirkişi raporunu anlamasının daha ötesinde taraf vekilleri ve tarafların da anlayabilmesi, algılayabilmesi hatta rapordaki bilgi ile yani özel ve teknik bilgi ile vakıayı anlayabilmesi gereklidir. İddia karşısında, savunmanın doğru ve engelsiz olması, kanıtlarla da, hâkimin değerlendirmesi ancak anlaşılır bir açıklama ile gerçekleşebilecektir. Aksi durumda, hâkimin bilirkişiye raporunu açıklattırması, sorular sorması gerekecektir. Her ne kadar HMK 31. maddesinde taraflar ile hâkimin ilişkisinden söz edilse de, hükmün amacından, hâkimin uyuşmazlığı aydınlatmak için girişeceği faaliyet içinde, HMK 266. maddesinden de yola çıkarak bilirkişi delili üzerinde aydınlatma görevini yapabilmelidir. Taraflardan yeniden bilirkişinin sorgulanmasını isteyip istemediklerini sormadan bilirkişiden raporunu açıklamasını isteyebilmesi gereklidir. Bu konudaki giderlerin karşılanmasını istemesi gene HMK 31. maddesi dairesinde değerlendirilebilecektir. 31. maddede açıkça tüm ilkeyi düzenlemesi belki mümkün görülmediğinden, tamamlayıcı hükümler ve gerekçe ile de aydınlatma yollarının düzenlendiği düşünülebilir. Hâkimin, bilirkişinin raporu karşısında edilgen kalması, raporu benimseyip benimsememekle algı ve anlama sorunu yaşaması, aslında başvurduğu alanda belirsizlik içinde kaldığını, bunu aşmadan karar vermesi de, devredemeyeceği yargı yetkisini devretmesi gibi hukuk dışı bir tutum olacaktır. Yargıtay uygulamasında ise, bilirkişi raporunun "denetime elverişli olması" gereği işaret edilirken, aynı amaçla güdülmüştür[1174].

[1174] Yılmaz-Şerh, s. 1229

Öğretide ise, bilirkişi raporunun eksiksiz olup olmadığı yönünde ölçüt önermesinde bulunulmuştur. Ölçüte göre, bilirkişi raporunun, "somut olaya dayalı olması", rapor içerisinde dosyadaki verilere göre, analizler, çözümlemeler sonucunda, bunların bilimsel dayanakları belirtilerek ve anlaşılabilir, kolay bir dil ile ortaya konulması, gereksiz ayrıntılara boğulmamış olması, ilk okunuşta anlaşılır olması, mantık kurallarına uygunluğu, tartışmalara yol açabilecek unsurlardan arınmış, ikna edici nitelikte, hâkim tarafından istenilen sorulara yanıt veren özellikte olması gerektiği düşünülmüştür[1175]. Bu özellikler, raporun öncelikle doğru algılanması, sonrasında ise, hem hâkim hem taraflarca anlaşılması için varlığı gerekli olduğu düşünülen niteliklerdir. Hâkimin, aksine karar verebilecek karar ve yorum üretmesine uygun olacak berraklıkta raporu anlaması bilirkişi raporunun aydınlanmışlık ölçütü olarak benimsenebilecektir. Hâkim, bilirkişi raporundan hareket ederek somut olay ile ilgili özel ve teknik bilgiyi olaya örtüştürerek kullanabilmeli, bu konuda bir özel ve teknik bilgi edinmişse, aynı konuda yeniden rapor alma gereksinimi duymayabilmeli, bu anlamda özel ve teknik bilgi tüm açıklığı ile dosyaya sunulmuş olmalıdır. Somut olaya özel ve teknik bilgiyi uygulamak aslında hâkimin görevidir. Hukuk kurallarının her zaman pozitif bilim ile barışık olduğunu söylemek güçtür, o nedenle hâkimin ve tarafların yorumlanmasına uygun sadelikte bilginin verilmesi önem kazanmaktadır. Bu önem, davaların ek bilirkişi raporları alınarak uzamasının, usûl ekonomisine aykırılık gösterebileceği düşünüldüğünde yerini bulmaktadır. Örneğin, bir gıdada, gıdanın "bozuk=ayıplı" olduğuna dair bilirkişi raporunda, söz konusu bozukluğa bir bakteri türünün sebep olduğu, o bakterinin gıda üzerinde birtakım belirtiler ortaya koyduğu varsayımsal olayda, hâkimin bu bilgiyi edinerek ilgili gıdada bizzat keşif yaparak olaya göre karar vermesi olanaklıdır. Bilirkişi böylesi bir durumda, bakterinin mikroskopla yapılacak bir çekimdeki fotoğrafını raporunda göstermesi bakterinin esas şekli ile, mikroskop görüntüsünü karşılaştırması, gıdadaki belirtinin ve gıdanın olağan durumunun gene resimli ya da anlaşılır

[1175] Tanrıver, Bilirkişilik, s. 95, ayrıca aynı eserde dipnot 46, Ulukapı, s. 305

sade açıklamasının sunulması ile hâkimin, makul bir bakışla bilgiyi psikolojik olarak edinmesini sağlayacağı söylenebilmelidir. Kanımızca, burada "aydınlanma" ölçütü nesnelleştirilmek isteniyorsa, hâkimin algısının psikolojik açıdan sıradan bir insan algısının bilimsel düzeyi ve zemini ne ise o zemin ideal koşul olarak belirlenmelidir. Hâkimin, yeniden kullanmak suretiyle bilirkişiyi denetlemesi, olanaklı olmayacak örneğin mikroskop gibi aletlerin kullanılması gerektiğinde ise, bilirkişinin elde ettiği verileri, kendi uzman olduğu bilim dalında hangi cins, model, marka ve harici bir uzmanın ulaşabileceği, uzman görüşü hazırlayabileceği verilerin de raporda yer alması, hem denetlenebilirlik yönünden önemlidir. Söz konusu uzman görüşü, hangi tarafça sunuluyorsa ve sunan tarafın uzman görüşü ile bilirkişi raporu hangi yönlerden uyuşmakta ise, uyuşulmayan, itiraz edilen noktaların bu yönlerden ayrılması sağlanarak, hâkimin raporda itiraz konusu edilen özel ve teknik konuyu ayırt etmesine de yardım edecektir. Hâkimin kullanamayacağı teknik alet veya mesleği gereği yapamayacağı bir tıbbi müdahale söz konusu ise, gene anlaşılır, yapılan müdahale veya alet kullanımı, deney yapılışı sırasında karşılaşılan her veri ve unsuru, anlamı, önemi ve sıradan bir insanın anlayabileceği sadelikte sunulması gerektiğinde başka bir bilirkişiden rapor almak gerekli olduğunda, o bilirkişinin de bu verilere verilen anlamı değerlendirmesi ve aynı sadelikte açıklaması ile anlamlı ve isabetli olacaktır. Bu anlam ve isabet de raporun belirli, anlaşılır ve açık olması sonucunu doğuracaktır. Böylece, davada, bu delil aydınlanmış kabul edilecektir.

Delilin aydınlanması, delilin işaret ettiği olay unsurunun dolayısı ile davanın aydınlanmasına hizmet edecektir. Hâkimin, rapora dair öncelikle algılama sonrasında anlama engeli ile karşılaştığı durumlarda, delili ve dolayısı ile davayı aydınlatmak için bilirkişiyi sorgulaması veya ek rapor alma yollarını seçmesi de gerekebilecektir[1176].

[1176]Yargıtay'ın 16. Hukuk Dairesi'nin bir kararında "Mahkemece, öncesi tapu kaydıyla üçüncü kişilere ait olan taşınmazların tapu dışı yolla tarafların kök murisi H. K. tarafından satın alındığı ve kök muris H. mirasçıları

ğ.Bilirkişi Raporuna İtiraz ve Yeni Delil Sunulması Kapsamında Değerlendirilmesi

HMK 281. maddesi, içerik olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama alanı bulduğunu düşündüğümüz ve bizi bu düşünceye madde içeriğinde bizi ulaştıran kavram ve kurumları, uygulamaları içeren bir madde olarak incelenmesinin yararlı olacağı kanısındayız. Madde, bilirkişi raporuna itiraz başlığı altındaki düzenlemesi ile, davanın taraflarının bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksiklik olarak gördüğü konuların bilirkişiye tamamlattırılmasını, belirsizlik gösteren konular hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını ya da yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden isteyebilecekleri düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise, mahkemece, bilirkişi raporundaki eksiklik ya da belirsizliğin tamamlanması ya da açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden yeni sorular düzenleyerek ek rapor alınabileceği gibi, tayin edilecek duruşmada sözlü olarak da açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca üçüncü fıkrasında da, mahkemenin gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığı ile yeniden inceleme yaptırabileceği belirtilmektedir.

Madde metni ve gerekçesinin[1177] birlikte değerlendirilmesinde karşımıza bir olasılık çıkmaktadır. Bilirkişi raporu taraflara tebliğ edildikten sonra, taraf itirazlarının ileri

---

tarafından taksim edilmediği gerekçe gösterilerek hüküm kurulmuş ise de; yapılan araştırma ve inceleme hüküm vermeye yeterli bulunmamaktadır. Keşif sırasında dinlenen bir kısım mahalli bilirkişi ve tanıkların taşınmazların kök murisin sağlığında alındığını belirtmelerine rağmen bir kısım tanık ve bilirkişiler taşınmazların kök muris H.'in ölümünden sonra davalı olan mirasçı İ. ve Ö. tarafından kendi adlarına satın alındığını beyan etmişler, bir kısım tanık ve bilirkişiler ise taşınmazların kök murisin ölümünden sonra tereke adına İ. ve Ö. tarafından satın alındığını beyan etmişler, mahkemece tanık ve bilirkişi beyanları arasındaki bu çelişkiler giderilmemiştir. Doğru sonuca ulaşabilmek için, mahallinde; yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen, davada yararı bulunmayan şahıslar arasından seçilecek yerel bilirkişilerle; gerektiğinde H.M.K.nın 31. maddesi uyarınca taraflardan yeniden tanık göstermeleri istenerek bu yönteme göre tespit edilecek taraf tanıkları huzuruyla yeniden keşif yapılarak, yerel bilirkişi ve tanıklardan, davaya konu taşınmazların kim tarafından ne zaman satın alındığı sorulup saptanarak, taşınmazların murisin sağlığında satın alındığının tespiti halinde bu satın almaların tereke adına olup olmadığı belirlenmeli, taşınmazların mirasçılar tarafından kök murisin ölümünden sonra satın alındığının tespiti halinde ise bu satın almaların tereke adına mı yoksa mirasçılar adına mı olduğu araştırılmalı, bu şekilde davaya konu taşınmazların kök muris H. terekesine dahil olup olmadığı kesin olarak belirlenmeli, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir."(E. 2013/7375 K. 2013/9293 T. 30.9.2013) (www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019) şeklinde belirtildiği üzere çelişkiler takdiri deliller ile giderilecektir.

[1177] Madde gerekçesini incelediğimizde, madde metninden farklı olarak, bilirkişiye yönetilecek olan sorular taraf görüşleri alınarak somut şekilde belirlenecek olursa, bilirkişi raporuna itiraz olasılığının azalacağı, yargılamanın

sürülememesi, suskun kalınması durumunda hâkim tarafından 282/2. ve 3. fıkralar uygulanarak yeni bir bilirkişi raporu alınmasına dair ara karar verilmesi söz konusu olmuştur. Yeni raporda belirlenen alacak tutarı, örneğin bir alacak davasında, resen bilirkişi deliline başvurulmuş olması durumunda, itiraz edilmemiş ilk rapora göre daha fazla bu alacak tespiti içeriyor olabilir. Bu durumda mahkemece davalı lehine usûli kazanılmış hak doğduğu gerekçesi ile itiraz edilmemiş olan rapora göre karar verecek midir, yoksa yeni alınan rapor ya da ek rapor, tamamen önceki rapordan ayrı olarak yeni bir rapor kabul edilerek yeniden bir bilimsel tespit içerdiği ve eski raporun yerine değil, ondan farklı bağımsız kabul edilip edilmeyeceği mi değerlendirilecektir? Konu kanımızca hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile birlikte önem taşıyan ve tartışılması gereken bir konudur.

Konunun, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantısı, bilirkişi raporunda çelişki ve eksiklik olduğu durumlarda, hâkimin resen harekete geçerek yeni bir bilirkişi raporu ya da aynı bilirkişinin ek rapor vermesi, açıklamalarda bulunması yollarına başvurabileceği gibi, tarafların da bu yola hâkimin gitmesini talep ederek, ara karar vermek istemesi noktasında, usûli kazanılmış hak doğup doğmadığını, varsa bu durumun hâkimin davayı aydınlatma ödevi üzerine bir sınırlama getirip getirmediği konusunda kendisini göstermektedir.

Öğretide, bilirkişi raporuna itirazların, usûli itiraz sebepleri ve maddi itiraz sebepleri olmak üzere ikili bir ayrım içinde ele alınabileceği değerlendirilmiştir[1178]. Belirsizlik veya çelişki içeren bir rapor, usûli yönden "denetlenemez" konumda ise, bu durumda usûli yönden itiraz olarak değerlendirilmesi olanaklıdır, maddi itiraz sebepleri ise, bilirkişi raporunda özel

---

uzamasının önüne geçilebileceği ifade edilmiş, rapora itiraz için tanınan sürenin ise kesin süre olduğu, hak düşürücü nitelik taşıdığı, tarafların itiraz etmemesi durumunda, raporun taraflar yönünden kesinleşeceği, itiraz olanağının ise yitirileceği, bu durumun tasarının 100. Maddesinde yer alan ve kesin sürelerle ilgili genel düzenleme öngören kuralın birinci ve üçüncü fıkralarının işlerlik kazanmasının doğal bir sonucu olduğu ifade edilmiştir. Bu durum madde metnindeki ikinci ve üçüncü fıkradaki resen rapor alınmasına ya da ek rapor alınmasına engel olmadığı da ifade edilmektedir.

[1178] Toraman, s. 610

ve teknik bilgi yönünden yanlışlar olması, belirsizlik ve eksiklik olması ile raporun özensiz düzenlenmesi olarak kabuk edilmektedir[1179].

Öğretide, bazı yazarlar bilirkişi raporuna itiraz süresinin hak düşürücü olmadığını[1180], bazı yazarlar ise rapora itiraz süresinin hak düşürücü süre olduğu olduğunu ileri sürmektedirler[1181]. Bu doğrultuda, değerlendirilmesi gereken hak düşürücü süre olarak kabul edilse bile, hâkimin kendiliğinden bilirkişi deliline başvurabilmesi kabul edildiğine göre, maddi ve usûli itiraz sebeplerini hâkimin kendiliğinden dikkate alıp almayacağı ve tarafları bağlayıcı bir yönün olup olmadığı konusudur.

Konu ile ilgili olarak usûli kazanılmış hak kavramı ile birlikte değerlendirme yapmak uygun olabilir. Zira, hâkimin bu kavram ile bağlı olup olmadığı, bilirkişi raporundaki belirsizlikler ve çelişkilere rağmen tarafların itiraz etmemiş olmasının, bir taraf lehine bir durum yaratıp yaratmadığı konusu, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırının belirlenmesinde de önemlidir.

Usûli kazanılmış hak kavramı, maddi hukukun kazanılmış hak kavramının medenî yargılamaya bir dönüşümü olarak ifade edilmektedir[1182]. Yargıtay'ın 22. Hukuk Dairesi'nin bir içtihadında, " Anlam itibariyle, bir davada, mahkemenin ya da tarafların yapmış olduğu bir usûl işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakkı ifade etmektedir", denilerek tanımlanmıştır[1183].

[1179] Toraman, s. 611

[1180] Umar, Şerh, s. 784 Budak/Karaaslan, s.,266, yazarların temel karşı çıkış gerekçesi, maddi gerçeğin bulunmasının rapora itiraz etmemekle engellenmemesi gereği yönünde düşünceyi benimsemeleridir. Bazı yazarlar ise bilirkişi delilinin takdiri delil olması nedeniyle bu şekilde bir hak düşürücü sürenin kabulünün takdiri delillere dair hükümlerle çelişki yaratacağı düşüncesi ile hak düşürücü süre düşüncesine karşı çıkmaktadırlar,Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.590; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.366; Toraman, s.615

[1181] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.432; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.453; Üstündağ, Yargılama,s.751; Atalay,Pekcanıtez Usûl, s.1942; Yılmaz, Şerh,C.III.,s.2809; Tanrıver-Usûl, s.936; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.532; Postacıoğlu/Altay,s.747 ; Karslı, s.547; Kuru, s.421

[1182] Tuluay, Metin:, Usûle İlişkin Kazanılmış Hak, DÜHFD, Y.1984, C.2, s.61

[1183] 2013/24131 E. 2013/22114 K. Sayılı 22.10.2013 tarihli içtihadı (www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.9.2018)

Öğreti usûli kazanılmış hak kavramını, görülmekte olan bir davada, taraf usûl veya mahkeme usûl işlemi ile, bir taraf lehine doğan ve uygulaması da zorunlu olan hak olarak tanımlanmıştır[1184]. Usûli kazanılmış hak ile ilgili olarak, öğretide bu kavrama kaynaklık eden yargı içtihatlarından Yargıtay içtihadı birleştirme büyük genel kurulunun bir kararında[1185] usûli kazanılmış hak ile ilgili olarak genel olarak içtihatlarda ve öğretide edinilen kanaati pekiştirme çabası ile kararın verildiği izlenimi edinilmiştir. Usûli kazanılmış hak ile ilgili bu değerlendirmelerde, temyiz, bozma kavramları içinde konu sınırlı kalmıştır[1186].

Yargıtay'ın bir çok kararında, aleyhe bozma yasağı ile usûli kazanılmış hakkın bir birine karıştırıldığı tespit edilebilmektedir. Bir Hukuk Genel Kurulu kararında, usûli kazanılmış hak açıklanırken, bu kurumun davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak, mahkeme kararlarına karşı genel olarak güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay'ın kararlarıyla gelişmiş olduğu belirtilmiş, bir davada mahkemenin ya da tarafların yapmış olduğu bir usûl işlemiş ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hak olarak tanımlanmıştır. Usûli kazanılmış hakkın istisnası olarak da, mahkemenin bozmaya uymasından sonra, yeni bir içtihadı birleştirme kararı ya da geçmişe etkili kanunun yürürlüğe girmesi, uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından ispat edilesi ile kamu düzeninden sayılan hallerdeki bozma kararlarına uyulması sayılmıştır[1187]. Öğretide, Yargıtay'ın aleyhe bozma yasağının dayanağı olarak taleple bağlılık ilkesi ve güvenin korunması ilkesi yerine usûli kazanılmış hak ile açıklanması eleştirilmiştir.

[1184] Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2016, s. 740 (İstinaf sistemine göre)

[1185] Bu konuda ilk içtihat olarak 13.5.1959 tarihli YİBK 1957/13 E. 1959/5 K. Sayılı içtihat olarak işaret edilmektedir. (1960/21 E. 1960/9 K. Sayılı 9.5.1960 tarihli içtihadı) *"Usûl Kanunuzda bu şekilde usûle ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de temyizin bozma kararının hakka ve usûle uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usûlünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usûle ait müktesep hak müessesesi , usûl kanunun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamıyla da ilgilidir(...) Esasen hukukun kaynağı, sadece kanun olmayıp, mahkeme içtihatları dahi hukukun kaynaklarından oldukları cihetle, söz konusu usûli müktesep hak için kanunda açık hüküm bulunmaması, onun kabul edilmemesini gerektirmez."*

[1186] Kuru, Baki: Usûli Müktesep Hak, Dr. A.Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 397 vd.

[1187] HGK, E. 2011/19-799, K. 2012/128, 7.3.2012 t., nakleden Atalı, Murat: Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 51

Aleyhe bozma yasağı temelini taleple bağlılık ilkesinden almasına karşın, Yargıtay'ın farklı yönde konuyu değerlendirmesi ile usûli kazanılmış hakka dayandırmış olması sonucunda yukarıdaki istisnaların şekillendiği ifade edilmiştir[1188].

Bilirkişi raporuna, taraflardan biri itiraz etmediği zaman, diğer taraf da, usûli kazanılmış hak elde etmekte olduğu belirtilmiş, mahkemece itiraz edilmemiş bilirkişi raporundan sonra, yeni raporlar alınsa ve itiraz etmeyen taraf lehine daha fazla bir hak tespiti yapsa bile, hâkimin itiraz edilmemiş olan rapora göre karar vermesi gerektiği[1189] ve taraflar ya da taraflardan birinin 281. Madde gereğince iki hafta içinde itiraz etmemesi üzerine bilirkişi raporu itiraz etmeyen taraflar yönünden kesinleşeceği kabul edilmekte olup, bu görüş devamla, taraflar için geçerli olan iki haftalık itiraz süresinin mahkeme için olmadığını, mahkemenin kendiliğinden tarafları dinleyebileceği, yeni bilirkişi incelemesi yaptırabileceği, bu konunun hâkimin takdir yetkisi içinde olduğunu, itiraz etmeyen tarafın, anılan iki haftalık kesin süreden sonra itiraz etmesi, bu itirazını gerekçelendirmesi halinde, hâkimin bu konuda itiraz sebeplerini doğru görüp görmemesi üzerine itirazı geç eden tarafın aleyhine karar vermesi halinde bu kararın kanun yoluna itirazın doğru görülmemesi nedeniyle götürülmesinin geçerli bir kanun yolu sebebi olmadığı düşüncesini ileri sürmektedirler[1190].

Son yorum olarak, bu şekilde kendiliğinden HMK 281/1-2. maddeden kaynaklanan yetkisini kullanması da aslında HMK 31. maddeden doğan hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereğidir. Anılan görüş, hâkimi de, eğer ilk raporu yetersiz bularak ikinci rapor almaya karar vermiş ise, ilk rapora göre karar vereceği düşüncesi ile sınırlamak gerektiği ileri sürülmektedir[1191].

[1188] Atalı, s. 55
[1189] Kuru, İstinaf Sistemine Göre, s. 421
[1190] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 459; aynı yönde bkz. Tanrıver-Usûl, s.935-936
[1191] Pekcenıtez, Usûl, C.2, s. 1942

Sınırları ve içeriği tam olarak tespit edilememiş olan, daha ilginci, düşünsel temelleri de yeterince tartışılıp somutlaştırılmamış olan usûli kazanılmış hak kurumu, bilirkişi delili ile birlikte değerlendirildiğinde, tutarsız sonuçlar doğurabilmektedir. Öğretide bu duruma işaret eden bir görüşe göre, bilirkişi raporuna HMK'daki iki haftalık süre içerisinde itiraz edilmemiş olmasının, takdiri bir delil olan bilirkişi delilini, kesin delil konumuna getirmesinin lehindeki görüşlerde isabet bulunmamaktadır[1192], hatta itiraz edilmemiş bilirkişi raporunun itiraz etmeyen tarafı bağlayacağına dair görüş ileri süren Yargıtay'ın takdiri delil olarak bilirkişi delilini kabul etmesine rağmen gene de "bağlayıcılık" yönünde sonuca ulaşmasını yazar doğru bulmamıştır. Yazar, değerlendirmesinde, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile, Yargıtay'ın ve öğretinin bilirkişi raporuna itiraz etmeyen tarafı bağlayıcı olması düşüncesinin çeliştiğini, yasa koyucunun bilirkişi görüşü ile hâkimin bağlı olmamasına dair kuralı açıkça ayrı bir hüküm olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Hâkimin, yeni bir rapor alınmasına ve bu tarafa itiraz etmesine engel olarak, ilk rapora itiraz etmemenin görülmemesi, ilk rapora göre hâkimin karar vermek zorunluluğuna yasal bir temelin bulunmadığı da aynı yazar tarafından ileri sürülmektedir[1193].

Temel olarak anılan görüşün çıkış noktasında, takdiri bir delil olan bilirkişi raporuna itiraz edilmemiş olmasının, kesin delil kuvvetinde bir etki yaratamayacağı, hâkimin adil yargılanma hakkını korurken maddi gerçeği araştırırken taraflar itiraz edemese de, resen harekete geçebileceği kabul edilmektedir. Hatta yeniden bilirkişi incelemesine gerek olup olmadığı ek rapor gerekip gerekmediği de değerlendirilken, bilirkişi tarafından hazırlanan raporun sunumundan sonra, hâkimin raporda eksiklik ya da belirsizlik olduğunu tespit etmesi üzerine, rapor tamamen isabetsiz bulunmadan, belirsiz veya eksik noktaların aydınlatılması, belirsizliği, belirli duruma getirilmesi, açıklama yaptırılması, eksikliklerin tamamlanması

[1192] Toraman, s. 617
[1193] Toraman, s. 612

şeklinde bir faaliyete girişmesi, taraf yönünden itiraz edilmese bile HMK 281/2. maddeye göre olanaklı görülmüştür[1194].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, yansımasını bulduğunu düşündüğümüz bir durum olarak da konu değerlendirilebilir. Hâkimin, belirsizlik ve çelişki karşısındaki tutumunun nasıl olması gerektiği, HMK 31. maddesinde düzenlenmiş olmakla, tarafların istemine konu bırakılmadan, hâkimin harekete geçmesini ve gösterilen bilirkişi deliline dair külfetleri yükleyebilmesini olanaklı görmek gerekir düşüncesindeyiz. Ne 31. madde ne de 281/2. maddesi, tarafın eylemsiz duruşunu, teknik bilgiye ulaşmada ve kararına esas almakta, hâkimine bir engel olarak bırakmak istememiş, tarafların tasarruf ilkesine göre konumundan doğacak sakıncaları, hâkime insiyatif vererek, aydınlatma ödevini yükleyerek, bu ödevi de HMK 281/2. maddesi ile somutlaştırarak gidermek istemiş olmalıdır; nitekim sonuçtan yola çıkarak değerlendirme yapıldığında, bu istem netleşebilmektedir. Bu halde, usûli kazanılmış hakkın ileri sürülmesi, kanımızca maddeler karşısında kabul edilmese gerektir.

Bilirkişi delilinden yola çıkarak, usûli kazanılmış hak kavramının, bu delil veya kurum dışında, hâkimin davayı aydınlatma ödevini sınırlayan bir kavram olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesinin sakıncalarını gideren bir ilke olduğu düşüncesini benimseyerek değerlendirme yapıldığında, delil sunmak için verilen kesin süreyi ihmal eden bir tarafın, diğer taraf lehine bir durum yarattığı eylemsel olarak düşünüldüğünde bu eylemli duruma karşın hâkimin vakıalarda bir belirsizlik olduğunu, örneğin tanık delili sunulmasa da sadece bir vakıanın meydana gelip gelmediğini saptamak amacıyla HMK 31. maddesinden hareketle ispat yükü kendisine düşen tarafa delil sunmayı isteme yetkisinden dolayı, kesin sürenin aşılmasına rağmen tanık delilini getirmesini isteyememesi gereklidir. Böylesi durumlarda, hiç dayanılmamış bir delilin sunulmasında, HMK 145. madde koşulları dikkate alınırken, delilin

[1194] Toraman, s. 620

ileri sürülememesindeki "kusur" değerlendirmesi, kanımızca usûli kazanılmış hakkın ihlal edilmemesi hassasiyeti ile yapılması gerekecektir. Hâkim de aydınlatma faaliyetinde, bu sınırlara uymak zorunda kalacaktır, aksi açık yasa hükmüne muhalefet teşkil edecektir. Bilirkişi deliline dayanılmadığı halde, hâkimin resen bu delile başvurmasına karşın rapora itiraz edilmemesi üzerine hâkimin raporla yetinmesi durumunda, yukarıda işaret edilen HMK 281/1. maddesindeki itirazın yapılmaması durumuyla, hak düşürücü süreye gerekçesinde değinilmesi karşısında, usûli kazanılmış haktan söz edilebilmektedir. Ancak bu delilin, resen de başvurabilirliği karşısında, itirazın da yokluğu halinde, hâkimin bilirkişiye yeniden gitmemesini bir kanun yolu gerekçesi olarak itiraz etmeyen tarafın ileri sürememesi de bizce katılma olanağı bulunmayan bir yorumdur.

HMK 281/1. maddesindeki sürenin, usûli kazanılmış hak doğurması, hâkimi bir serbesti içinde de bırakmamalıdır, yani usûli kazanılmış hak, bu anlamda hâkimin HMK 27. Madde gereğince itiraz sebeplerini değerlendirdikten sonra örneğin ek rapor alınması yönündeki "itirazı süresinde yapmayan tarafa ait" istemi reddettikten sonra sözlü yargılama için ara karar verdikten sonra, sadece itiraz sebeplerini değerlendirmek için ek rapor alınmasına dair ara karar vererek sözlü yargılama aşamasına gitmekten vazgeçememesi gerekir. Hâkim, bilirkişi deliline başvururken, gerçekten bir taraf lehine durum yaratmaktan ötede, kendi teknik bilgi eksikliği nedeniyle, hukuk normunu olaya uygulamakta aksak kaldığı noktada, bu delili topladığını yani bilirkişiye gittiğini de gerekçeli kararında ayrıntılı olarak açıklamalıdır. İşte bu noktada, hâkimin teknik bilgi eksikliği ile resen bilirkişiye giderken ilgili giderin karşılanması için tarafa külfet yüklerken hâkimin davayı aydınlatma ödevinden hareket ettiğini ya da etmesi gerektiğini saptamak olanaklıdır denebilir. İlgili bilirkişi ücreti karşılandığı sürece, hâkimin teknik bilgi eksiğine rağmen, tarafın talep etmemesi nedeniyle bu delile başvurmaması da, HMK 31. maddesine açık bir aykırılık oluşturabilir[1195]. Bilirkişini

[1195] Aslında, bilirkişi delilinin bir delil olarak kabul edilip edilmemesi de tartışmalıdır, Toraman, s. 92 vd.

görüşünün, vakıa gerçekleştiği sırada yer almamasından ve hâkim yardımcısı olarak kabul edilmesinden temel alarak yapılan değerlendirmede, bilirkişinin, bir ispat aracından çok bir ispat yöntemi olduğu genel olarak kabul edilmiştir. İspat aracı yani delil olarak kabul etmek ile ispat yöntemi olarak kabul etmek arasında bir fiili ayrım olmadığını değerlendirmesiyle, bilirkişi görüşünün hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesi gerçekleri karşısında bilirkişi incelemesinin, hâkimin davayı aydınlatma aracı olarak bağımsız bir usûl kurumu olarak kabulü kanımızca daha isabetli olacaktır. İspatın amacından yola çıkarak, yasa koyucunun bilirkişi kurumunu ispata dair kısımda düzenlemesi ve ona delil değeri vermesi, bu kurumu teoride bir "amaç" olmaktan çıkarmamalıdır.

Bir vakıanın oluştuğuna, meydana geldiğine dair kanıt ve emareler, izler, karineler toplamına, hâkim kendi bilgisi ile hukuki değerlendirme yapabilecek bilimsel donanımda ise, bu durumda bilirkişi deliline gereksinim duymadan karar verebileceği kabul edilmektedir.

Örneğin bir makine mühendisinin, hukuk fakültesini bitirip, hâkimlik için gerekli koşulları sağladıktan sonra hâkim olarak görev yaptığı dava karşısında, hâkim, bilimsel gerekçeler ile tarafın anlayabileceği şekilde bilgisini "hukuki dinlenilme hakkı1 ihlal edilmeden taraflara sunarak, teorik de olsa, bilirkişiye başvurmadan taraflarla müzakere ile davayı sonuçlandırabilir mi? Böylesi bir durumda, hâkimin teknik bilgiye sahip olduğunu da diploma sunarak belirtmesi, teknik açıklamada taraflara güven vermesi beklenmelidir. Hâkim burada "bilirkişi" değildir. Sadece teknik bilgiye sahip olduğu için, hukuk bilgisini aşan bu bilgisini davaya getirdiğinde, tarafların nasıl bilirkişi raporuna itiraz hakları söz konusu ise, hâkimin teknik bilgisini HMK 27. maddesi gereğince açık ve anlaşılır bir şekilde davada taraflarla "müzakere etmesi" gerekir. Türk hukukunda müzakere ödevi madde başlığı veya ayrı bir norm ile açıkça yer almasa da, yukarıda incelediğimiz üzere[1196], 31. madde gerekçesinden ve hukuki dinlenilme hakkına dair 27. madde ve onun gerekçesinden kabul

[1196] Bkz. § 5/B/VI kısmı

edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmanın olanaklı olduğunu düşündüğümüzü belirtmiştik. Hâkim, teknik bilgisi taraflara açıklayarak tarafların bu yöndeki açıklamalarını ve savunmalarını sunmak üzere süre vermesi veya dinlemesi, bunun üzerine de teknik bilgisine itiraz edilmesi halinde kendiliğinden ya da talep üzerine bilirkişi incelemesi yaptırması gereklidir. İşte bu yönde, hâkimin kendi zihnindeki bilgi eksiğini gideren, hâkimi aydınlatan bir kurum olan bilirkişilik kurumunun usûli kazanılmış hak kavramı ile sınırlanmasının tamamiyle kabulünü bu gerekçeler ile benimsemek olanaklı olmamıştır.

Bu anlamda, bilirkişi, sistematik yorumla, bir delil olarak adlandırılsa bile, hâkimin davayı aydınlatma ödevine öncelikli olarak hizmet eden, ispattan daha farklı olarak ve belki de yasa koyucunun delil değeri atfetmesi ile birlikte aynı zamanda, delil olma özelliği ile çelişmeden davada bir aydınlatma aracı olarak kabul edilmelidir düşüncesindeyiz.

h.Bilirkişi Oy ve Görüşüne Karşı Sunulan Dilekçeler

Bilirkişi raporunun belirsizliği, eksikliği ve hatta çelişkili olması durumunda tarafın bu konudaki istemi gerek dilekçe ile gerekse sözlü olarak iki hafta içinde sunulduğunda mahkemece yapılan değerlendirmede öncelikle HMK 281.maddedeki gibi tarafın beyanında bilirkişi raporundaki eksik gördüğü konuların neler olduğu, belirsizlik gösteren konularda açıklama yapılmasına dair istemin yönünü ya da yeni bir bilirkişi atanmasını talep edip etmediğini yani istem iradesinin yönünü tespit edecektir.Bu konularda taraf beyanında bir çelişki bir belirsizlik olduğu durumda,hâkimin bu belirsizliği HMK 31. madde ışığında gidermek için ilgili araçları kullanması gereklidir.

Esasen, gerek tahkikat aşamasında gerekse her yargılama aşamasında davanın taraflarının veya vekillerinin sözlü veya yazılı her beyan ve/veya itirazlarında belirsizlik ve çelişkili olan bir ifade yer alırsa hâkimi harekete geçiren ve bu belirsizlik veya çelişkinin giderimini sağlayacak soru yöneltilmesi ve açıklama yaptırılması, delil gösterilmesinin

istenilmesi ile çözüme kavuşturan ilke HMK 31.maddede düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi olacaktır. Bu anlamda,davanın taraflarının yargılama sürecinde her bir delile dava dosyasına gelen her bir belgeye gene yargılama aşamaları olan duruşma aşamasında bir tarafın diğerinin beyan ve dilekçelerine karşı sunduğu beyan ve dilekçeler üzerinden gene hâkimin davayı aydınlatma ödevi olduğu kanısındayız.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin önem kazandığı başka dilekçe ve beyan türleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda, davaya son veren taraf usûl işlemleri olan sulh, feragat ve kabul beyanlarında, belirsiz alacak davasında HMK 107/2. maddesi ikinci fıkrası gereğince artırım işleminde, ıslah işleminde, davanın ihbarı ve davaya müdahale işlemlerinde, maddi hataların düzeltilmesi, eski hale getirme işlemlerinde, ön sorun isteminde bulunmakta, bekletici sorunu ileri sürmede, beyan sunan taraf, beyan ve istemde,belirsizlik ve çelişkiler içeren bir beyan veya istem sunmuş olabilir. Bu durumda, davanın seyri ve bu noktada uyuşmazlığın çözümü için bu beyan ve istemlerin aydınlatılması gerekecektir.

5. Keşif ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Keşif, sözcük anlamı olarak, hukuki zeminde, uyuşmazlık konusu yer ya da iş, olay ile ilgili, hâkimin bütün duyu organları ile bilgi edinmesi, hâkimin doğrudan görerek delil elde etmesi şeklinde tanımlanmıştır[1197]. Bir diğer ifade ile, hâkimin bizzat duyu organları ile uyuşmazlık konusu ile ilgili inceleme yapıp bilgi sahibi olması olarak belirtilmiştir[1198].

[1197] Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s.673
[1198] Kuru, s.317

Bir başka tanımda, "hâkimin uyuşmazlık konusu şeyi bizzat inceleyerek onun hakkında bütün duyu organlarıyla bilgi edinmesi"[1199] olarak, farklı ama aynı temelde bir tanımda, ise hâkimin uyuşmazlığın çözülmesi yönünden önemli olan çekişmeli bir vakıa hakkında, görme, işitme, koku ve tat alma gibi doğrudan kendi duyu organları aracılığıyla doğrudan bilgi sahibi olması amacıyla taşınır ve taşınmaz eşya üzerinde inceleme yapması olarak ifade edilmiştir[1200].

Davada aydınlanma ile bağlantılı olarak yapılan bir tanımda ise, keşif, hâkimin taraflar arasında çekişmeli olan ve uyuşmazlığınçözümünde etkili olabilecek vakıaların aydınlatılması için doğrudan ve duyu organlarıyla taşınır ve taşınmaz, eşya ya da insan bedeni üzerinde bulunduğu yerde ya da mahkemede inceleme yapmakla bilgi sahibi olması olarak tanımlama yapılmıştır[1201].

Keşif delili, HMK sistematiği içerisinde 288. madde ile 293. maddesi arasında düzenlenmiş olup, delil türü olarak da öğretide takdiri deliller içinde değerlendirilmiştir[1202]. Sadece taşınmazlarla ile sınırlı olarak bu delilin algılanması HUMK'un lafzından hareketle değerlendirilse de, HMK, keşfin sınırlarını taşınmazlar ötesine, tüm fizik dünya ile örtüşebilir boyuta taşımıştır denebilir. Keşfi tanımlamaya yardımcı olan 288. madde lafzında "uyuşmazlık konusu" olarak keşfin objesini, bu objeye yaklaşımı da, hâkimin kendi duyu organları ile yapmasını düzenleme altına almıştır.

HMK 288. madde hâkimin, bu konuda öncelikle "bizzat" hareket etmesini, duyu organları ile bilgi edinmesini, yer konusunda bir ayrıma gitmeyerek, mahkemede ya da uyuşmazlık konusunun bulunduğu yerde bu işlemi yapmasını istemiştir. Maddenin gösterdiği

[1199] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.458
[1200] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.535
[1201] Aşık, İbrahim: Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Ankara 2019, s. 20
[1202]Kuru/Arslan/Yılmaz, s.438; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.458; Üstündağ, Yargılama,s.761 ; Atalay,Pekcanıtez Usûl, s.1948; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.370; Yılmaz, Şerh,C.III.,s.2841; Tanrıver, Usûl, s. 869,960; Karslı, s.555; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.535; Budak/Karaaslan, s.267; Postacıoğlu/Altay,s.752; Kuru,s.428; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.560; Ulukapı, s.412

amaç, hâkimin bilgi edinmesidir. Keşif konusunda, hâkim bilgi edinmede daha isabet elde etmek istiyorsa, bilirkişi yardımına başvurabilecektir. Resen yani kendiliğinden bu delile başvurabileceği gibi, tarafların, tahkikatın sonuna kadar istemde bulunması ile de bu delile başvurması HMK 288.maddesinin iknci fıkrasının verdiği olanak içindedir.

HMK 290. madde üçüncü fıkrası ile keşif sırasında temsili canlandırma yapılması kurumu ile, hâkimin olaya dair kanaat getirmesi, algılaması daha isabetli olabilecektir[1203]. Madde gerekçesinde, bu amaçla anılan hükmün getirildiği açıkça belirtilmemiştir. Ancak kanımızca da benimsendiği üzere öğretide keşif delilinin hâkimin dava dosyasında toplanan delillerden bir kanaat elde edememesi durumunda, davayı aydınlatma ödevi gereği, kendiliğinden keşfe karar verebileceği ileri sürülmüştür[1204]. Bu görüş çıkış noktası olarak, keşif delilinin takdiri bir delil olması, 288. maddenin de, keşif deliline hâkimin kendiliğinden karar verebilmesine olanak tanıması gösterilmektedir. Hatta keşif delilini, delillere ulaşma yöntemi olarak da benimsediği ifade edilmektedir. Her ne kadar, hâkimin keşif sonucunda elde ettiği delilleri serbestçe takdir edeceği ifade edilmişse de[1205]bu serbestinin gerekçelendirilmesi, nesnel temeller üzerine olması gerektiği kanısındayız. Hükümlerin gerekçeli olması, denetlenebilir olması da bu nesnellik arayışının bir sonucu olarak gösterilebilir. Öğretide belirtilen şekilde, örneğin bir gıda ürününün bozuk olduğuna hâkim tadarak keşif yaptığında elde ettiği kanı karşısında bilirkişinin aksi yönde görüş bildirmesinin ispat sonucuna etkisi olmayacağı[1206] düşüncesini ise, benimsemek kanımızca olanaklı değildir. Hâkimin serbestçe delilleri takdirinde bir gerekçe ileri sürememesi, kararlarının

---

[1203] Tanrıver-Usûl Hukuku, s. 961

*"**Keşfin yapılması***

***MADDE 290-** (1) Keşfin yeri ve zamanı mahkeme tarafından tespit edilir. Keşif, taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır.*

(2) Mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir. Keşif sırasında, yapılan tüm işlemler ve beyanları içeren bir tutanak düzenlenir. Plan, çizim, fotoğraf gibi belgeler de tutanağa eklenir.

*(3) **Mahkeme, bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit için temsili uygulama da yaptırabilir**."*

[1204] Pekcanıtez, Usûl, C.2, s. 1949; Türkmen, Ali: Özel Hukuk Mahkemesinde Tahkikat Aşaması, Ankara 2016, s. 47

[1205] Tanrıver-Usûl Hukuku, s. 962

[1206] Pekcanıtez, Usûl, C.2, s. 1950

fiilen denetim dışında kalması sonucunu doğuracaktır. Örnek üzerinden değerlendirdiğimizde hâkimin ürünü tadarken kendi dilindeki algının doğru olup olmadığı, hâkimin sadece genel beslenme ve genel sağlığından daha ileride tatması anındaki psikolojik ve fizyolojik durumu ile de bağlantılı olacaktır. HMK delillerin serbestçe takdirinde, bir sınır çizmese de, bilimsel sınırın olacağını söylemek, kararların gerekçeli olması gereği karşısında olanak dahilindedir. Hâkim, örnekteki gibi gıda ürününü tat duygusu ile keşfederken bu ürünü aynı zamanda kimyasal ve biyolojik incelemeye tabi tutturmazsa yani bilirkişi deliline de başvurmazsa, varacağı kanı her zaman doğruluğu şüpheli bir yorum olarak görülebilir. Hatta sadece kendi tat alma duygusunu denetime açarak, üçüncü kişileri de kendliğinden[1207] ürünü tatmaya davet edebilmelidir. Üçüncü kişilerin seçimini, hâkim resen bulunduğu yargı çevresinden yapabileceği gibi, gene HMK 31. madde gereğince tarafların eşit sayıda bu konuda tadıma katılması için tanık göstermelerini de isteyebilmelidir. Taraflarca hâkimin tatmasına itiraz edilmemesi halinde tanık veya bilirkişi delilinin bu yönde toplanması gerekmeyecektir. İşte, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ikici tanık listesi verme yasağı veya teksif ilkesini ihlal etmeden, "keşif" delili içindeki belirsizliklerle sınırlı olmak üzere uygulanmasında, taraflara

[1207] Keşif deliline kendliğinden başvurulması ile ilgili Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin bir kararı da dikkat çekicidir; "Mahkemece yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya yeterli değildir. Zilyetlik hukuksal nedenine dayanan tapu iptal ve tescil davaları resen araştırılması gereken davalardan olmamakla birlikte keşif mahkemece resen başvurulabilen delillerdendir. Başka bir anlatımla, taraflar talepte bulunmasa bile mahkeme hâkimince davanın aydınlatılması görevi çerçevesinde (6100 sayılı H.M.K 31. madde) resen keşif yapılmasına karar verilebilir. Nitekim, mahkemece, yapılan keşfin hüküm kurmaya elverişli olmadığı kanaatine varılarak 20.03.2013 tarihli oturumda yeniden keşif yapılmasına karar verilmiş ve eksik kalan 500-TL keşif giderinin davacı tarafça yatırılması istenmiş, davacı tarafça aynı tarihte keşif gideri yatırılmıştır. Ancak avukat aracılığı ile davayı takip etmeyip bizzat davayı takip eden davacı asilin "mevcut delillere göre karar verilesini talep ederim" şeklindeki 26.06.2013 tarihli yargılama oturumundaki beyanı ve dosya içeriğine göre yazılı gerekçe ile ret kararı verilmesi usûl ve yasaya uygun değildir.
Mahkemece yapılması gereken iş, dayanak Temmuz 1977 tarih 23 sıra nolu 1838 m2 yüz ölçümündeki tapu kaydının, ilk tesisinden itibaren tüm kayıtlarının varsa tedavüllere esas belgeler ile birlikte son kayda kadar atlanmaksızın getirtilmesi, teknik ve konusunun uzmanı bilirkişiler aracılığı ile taşınmazın başında yapılacak keşifte, dayanak tapu kaydının ve noter satış senetlerinin zemine uygulanması, taraf tanıklarının dinlenmesi, dava konusu taşınmazın dayanak tapu ve satış senetleri kapsamında kalıp kalmadığının duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi, bundan sonra kimin zilyetliğinde bulunduğunun kimden kime ne zaman ve ne şekilde devredildiğinin sorularak belirlenmesi, tanık beyanları arasında çelişki bulunması halinde giderilmeye çalışılması, ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillere göre bir karar verilmesi gerekirken, açıklanan hususların gözardı edilerek yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. " (E. 2014/25457 K. 2017/644 T. 23.1.2017, www.kazanci.com , erişim tarihi : 15.2.2018)

"delil sunulmasının" istenmesi olanaklı görülmelidir. Bu olanak, HMK 31. maddesinin bir gereği olarak kabul edilmelidir. Hâkim, öznel değerlendirmelerinin olanak oldukça yani usûl ekonomisine, fiziki koşullara, bilimsel sınırlara aykırı olmadıkça, hâkimin fiziki ve psikolojik uhdesindeki her algı ürünü bilginin, nesnelleştirilerek dava dosyasına katılması bir ispat hukuku tavrı olarak benimsenmelidir. Bu sadece bir yorumdan öte, hukuki dinlenilme hakkı içindeki yani HMK 27/2-a fıkrasındaki tarafın, "yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması" hakkının da bir sonucudur. Keşfin hâkim algısı ile doğrudan bağı, hâkimin uyuşmazlık konusuna dair, tereddütsüz bir kanaate ulaşması için olmasındandır ki, kendiliğinden bu delile hâkim başvurabilir. "Tereddütsüz bir kanaat" için de bu yöndeki algının nesnelleşmesi veya nesnel olarak değerlendirilebilmesi gereklidir. Bir başka örnek vermek gerekirse, uyuşmazlık konusunun bir taşınmazın fiilen davalı tarafından işgalinin konu edildiği bir davada, hâkimin dava konusu taşınmaza geldiğinde, davalının fiilen bulunmadığı bir durumda, "işgal" olgusuna dair delilleri, karineleri incelemesi, değerlendirmesi gerekir. Olay yerinde davalıya ait faturaların bulunması halinde, faturaların sahteliği ileri sürüldüğünde de tanzim eden ilgili kurumdan aslının istenmesi ile aydınlatma faaliyetinde bulunabilecektir. Hâkimin bu şekilde, bulduğu faturalar, davalıya ait mektuplar ve benzeri davalı ile illiyeti olmakla, hâkimde kanaat uyandıran tüm karinelerin en azından tutanak altına alınması, dava dosyasına olanak oldukça konulması, hâkimin kanaatine karşılık bir savunma ileri sürülmesine de olanak tanınması, karinelerin sahteliği ileri sürülürse bu yönde yukarıdaki gibi bir aydınlatma çalışması yapılmalıdır. HMK 31. maddesindeki "aydınlanma" durumunun hâkimin düşünsel dünyasından çıkması 27. maddesinin bir gereği olarak dava dosyasına nesnel ve denetlenebilir şekilde yansıması sağlanmalıdır. Kanımızca, tüm takdiri delillerde, hâkimin takdiri nesnellik çizgisinden çıkmadan değerlendirilmeli, hâkimin düşün dünyasına hapsolan takdiri sadece gerekçelendirilmemiş olsa bile, gerekçelendirilmemişlik geçersizliği için yeterli ve gerekli görülmelidir.

Öğretide, keşfin, mahkemenin maddi gerçeği bulmasına yarar sağlayan ispat araçlarından olduğu[1208], vicdani bir kanaate varabilmek ve adaleti sağlama çalışmalarına katkı saplamak için uygulandığı değerlendirilmektedir[1209].

Hâkimin keşif sırasında 288. madde gereğince, "bilirkişi yardımından yararlanabilmesi", keşif delilini bilirkişi delilinden üstün hale getirmediği gibi, önceki açıklamalarımız paralelinde, bu delilin hâkimin zihninde daha çok maddi dünyada bir nesnelliğe kavuşturulması gereğine de bizce bir göstergedir. Kanımızca, hâkimin, yukarıda da belirttiğimiz gibi, takdir alanını, olanak elverdikçe kanun yolu incelemelerinde eleştirmeye açık ve denetlenebilir duruma getirmek yararlı olacaktır. Hâkimin, aslında nesnel bir değerlendirme ile aydınlandığı ileri sürülebilecek bir davada, davanın aydınlanmadığı gerekçesi ile ard arda bir çok kez keşif yapmak istemesi, usûl ekonomisine aykırı olacağı gibi, makul sürede yargılanma normunu da ihlalle, adil yargılanma hakkını da ihlal edecektir. Bu ihlallerin denetimi yönünden de davanın aydınlanmışlık durumunun nesnel olarak belirlenmesi gereklidir. Örneğin bir taşınmazın keşfi sırasında dava konusu içinde olan örneğin ağaç sayısı, cinsi ve yaşı araştırılmadığı için ikinci kez bir keşif yapıldığı sırada, bu noktaların kayıt altına alınmadan sadece bilirkişilerin incelemesine bırakılması, gerçek sayı dışı bir mütalaada, sayı yönünden bir itiraz durumunda, hâkimin sorumluluğu içinde değerlendirilmelidir. Hâkimin, sayı yönünden yeniden keşif yapması durumunda da sayı unsurunu açıkça tutanak altına alınmalı, olanak varsa fotoğraf çekilmesini sağlaması gereklidir. Taşınmazdaki bitkilerin çalı mı ağaç mı olduğu belirsiz kaldığı noktada ise, fotoğraf temin edilmemiş ya da temin edilse de yeterli gelmemişse, gene davanın bu yönden aydınlanması için keşif yapılması, hatta çalı –ağaç ayrımı yönünden ziraat veya orman mühendisi bilirkişinin de yardımından yararlanılması gerekebilecektir. Bu durumda, yapılacak tüm inceleme ve inceleme sonucu elde edilecek tespitlerin tutanak altına alınması yararlı ve

[1208] Düzgün, Metin: Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Ankara 1992, s. 73
[1209] Ege, Önder: Medeni Usûl Hukukunda Keşif, Ankara 2014, s. 21

hâkim algısının nesnelleşmesi için gerekli olacaktır. Aksi durumda, hâkimin taraflardan biri için ve dışarıdan bakışla anlaşılamaz bir taraflılığının önüne geçmekte keşif delili engel olmamalıdır. Gerçekte ağaç olanları, hâkim çalı kabul ederek tespit etmeden dosyayı bilirkişiye tevdii ederse ya da değerlendirmesini ağaçları yok sayarak yaparsa, bu durumda usûli bir yaklaşım olarak hâkimin algısı ve zihnine hapsolmuş bir değerlendirmenin HMK'nın amacına uygun olmayacağı ileri sürülebilmelidir; zaten HMK 290.maddesinde belirtilen "keşif sırasındaki tüm işlemlerin" tutanak altına alınması gereği de titizlikle uygulanırsa belirttiğimiz sonuca ulaşılacaktır, hâkimin gözlemleri de tutanağa kaydedilecekler arasında öğretide değerlendirilmiştir[1210].

Keşif delilinin toplanması, gider gerektiren bir delil olarak çoğu zaman karşımıza çıkmaktadır. HMK 31. maddesi ile birlikte bu gider konusunun değerlendirilmesi gerekebilir. Keşif delili gerek tarafça dayanılmış bir delil gerekse hâkim tarafından kendiliğinden başvurulan bir delil ya da delil elde etme yolu olmasındadır ki, dava sürecinde tarafça bir delile dayanıldıktan sonra, bu delilin toplanması için gerekli giderlerin depo edilmiş olması gerekir.

Keşif için gerekli olan avans, hem keşif yolluğu hem de ulaşım, bilirkişi giderleri, tanık ve davetiye giderleri gibi giderleri karşılamak için gereklidir[1211]. Avansın ikmalinin hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından önemi, HMK 31. maddenin hâkime taraflardan delil gösterilmesini isteyebileceğini düzenlemesi noktasında karşımıza çıkmaktadır. Hâkimin resen keşif deliline başvurduğu durumlarda, avans ikmalinin sağlanması için ispat yükü kendisine düşen tarafa keşif giderlerini yatırmasını bir hükme dayalı olarak istemesi olanaklıdır. Bu durumda, HMK 324.maddesi gereğince de anılan şekilde tarafa delil avansı olduğunu bildirerek süre verilmesi gerekli olacak, yerine getirilmediği takdirde de ispat

[1210] Pekcanıtez, Usûl, s. 1952
[1211] Ege, s. 56 vd.

yükünü yerine getirmemiş, ilgili delilden vazgeçmiş kabul edilecektir. HMK 325. maddesi kapsamında, resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler başlığı ile düzenlenmiş hükümde " hâkim tarafından resen başvurulan deliller için gereken giderlerin" tarafça karşılanmaması durumunda, Hazineden bu giderin karşılanmasına hükmedilebilecektir. Ancak, madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler ile sınırlıdır, aynı şekilde HMK 334 vd. maddelerinde adli yardım hükümlerinden yararlanan kişiler için de, devletçe keşif giderleri karşılanacaktır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından önemli bir boyut da, keşfe hazırlık süreci ve keşif tutanağının tutulması işlemleri olduğunu düşünmekteyiz. Keşif öncesinde hâkim algısında somutlaşmayan her konunun somutlaşacağı, nesnel bir algıya uygun duruma geleceği keşif işlemine dair hazırlık işlemleri ve keşif içi tutanak işlemi ne kadar doğru yürütülürse, hâkimin davayı aydınlatma ödevi de isabete kavuşabilecektir. Öğretide de belirtildiği gibi, keşif yapılmadan önce, taraflarca keşif konusuna dair ellerindeki belgeleri, kayıtları sunması gerektiği gibi, ilgili yerlerden keşif konusuna dair dosyada henüz yer almamış belgelerin de getirtilmesi gereklidir. HMK 31.maddesindeki yer almamış belgelerinde getirilmesi gereklidir[1212]. HMK 31.maddesindeki delil gösterilmesinin istenmesi de bu doğrultuda yorumlanarak taraflara belge ve kayıt sunma yönünden hâkimin istekte bulunması için verdiği bir ödev olarak değerlendirilebilir. Hâkim, taraflar dışında da ilgili kuruluş ve/veya kişilerden keşif öncesi bilgi ve belge isteyebilecektir. Örneğin iş sağlığına dair yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiası ile keşif istenmiş olması durumunda, işyeri koşullarının incelenmesi öncesinde, işyerinin çalışma ruhsatının, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş güvenliği müfettişlerinin teftiş raporunun davacının sağlık raporlarının dosyaya kazandırılması, hâkime keşif öncesi somut bilgiler edinmekte isabetli olabilir.

[1212] Bayraktaroğlu, Suzan: Medeni Usul Hukukunda Keşif, İzmir 1997, s. 30

Keşif tutanağının tutulması işlemi ile, bu işlemin yapılması sırasındaki işlemlerde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yansımalarını görmek kanımızca olanaklıdır. Hâkim zihnindeki algıyı somutlaştırmanın nesnel bir yolu olan keşif sırasında, elde edilen nesnel verilerin toplanan delillerin belirgin ve çelişkisiz olarak tespit edilmesi, keşif tutanağına da bu esasla yazılması gerektiği durumlarda görüntü kaydı alınması gerekli olabilecektir. Tanık dinlenmişse ifadesi, bilirkişi dinlenmişse görüşleri, hâkimin gözlemleri keşif tutanağına yazılması gerekecektir[1213]. İfadelerin alınması veya bilirkişi görüşünde belirsizlik veya çelişki olması durumunda gerek hâkimin kendiliğinden gerekse de tarafların beyan ve itirazları ile belirsizlik ve çelişki hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde giderilebilecektir.

Keşif sırasında, hâkimin ve tarafların tanıklara sordukları sorular ve yanıtları, bilirkişilere sorulan soruları ve yanıtları, tarafların keşfe karşı beyanları ve itirazları olup olmadığı ve varsa itirazları da tutanağa işlenmelidir[1214]. Keşfe itiraz olup olmadığı sorusu ve yanıtı kanımızca davanın aydınlanması noktasında kritik soru ve yanıtlardandır. Keşif sırasında, keşif konusu şey veya yerdeki davada uyuşmazlığa kaynaklık eden bir unsura dair gözlem veya bilginin maddi gerçekle ya da nesnel verileri ile karşılaştırıldığında farklı olduğu iddia edildiğinde, örneğin bir trafik kazasında, tutulan kaza tespit tutanağının aksi iddia edilirsek, tutanakta yer almadığı halde, olay yerinde bulunan bir kaza etkeninin örneğin bir refüjün, yaya geçidinin varlığının ya da yokluğunun keşifte belirginleştirilmesi gerekli olabilecektir[1215]. Bu durumda, böylesi bir unsurun keşif tutanağında belirtilmeden tutanağın

[1213] Pekcanıtez, Usûl, s.1952
[1214] Ege, s. 75
[1215] Yargıtay 17.Hukuk Dairesi bir kararında, **"**1-)Davacı M. İ.'nin temyiz itirazları incelendiğinde; davacı 10.000,00 TL maddi tazminat istediğini belirtmiş ancak bunun neye dair olduğunu açıklamamıştır. H.U.M.K.75/2 (H.M.K.md.31)Ye göre hâkim belirsiz konuların açıklığa kavuşturulmasını talep edebilir. Bu durumda mahkemece talebin neye dair olduğu sorulmalı ve alınacak cevaba göre maddi tazminat hesabı yaptırılmalıdır.
2-)Davalılardan H. B. Z. ve N. B.'nin temyiz itirazları incelendiğinde;
a-)Davaya konu kazada, hangi tarafın yeşil ışıkta geçtiği taraflar arasında netlik kazanmamıştır. Kaza tutanağında; davacı M. asli kusurlu kabul edilirken, tespit dosyasında verilen kusur raporunda, davacı M. kusursuz kabul edilmiştir. Bu durumda mahkemece ceza dosyası getirtilmeli ve maddi vakıanın tespiti açısından dosya kapsamına göre inceleme yapılarak raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeniden bilirkişi incelemesi yapılmalı ve varılacak sonuca göre karar verilmelidir.

tamamlanması davanın aydınlanması noktasında keşfi işlevsiz veya istenen amaçtan uzakta bir duruma getirmiş olacaktır. Bu durumda, çeşitli olasılıklar üzerinde durarak davanın aydınlanması ekseninde konunun değerlendirilmesi yararlı olabilecektir.

Keşif sırasında, tarafların hazır olduğu sırada yapılan ve tutanak altına alınan gözlem ve bilgilere bir itirazın yapılmamış olduğu durumda, kanımızca bu gözlem ve bilgilere itiraz edilememesi, ancak alınmış bir bilirkişi görüşü henüz keşif sırasında rapor haline getirilmemişse, keşif sonrası raporun tebliğinden itibaren de sadece rapora itiraz edilebilmesi kabul edilmelidir[1216].

Keşif sırasında hazır bulunan tarafların keşfe itirazları olmadığını bildirmeleri ve keşif tutanağını bu beyan ile birlikte imzalamaları durumunda ise, öğretide bu yapılan tespitlere de itiraz etme olanağının olmayacağı değerlendirilmiştir[1217]. Ancak keşif tutanağı belirsiz ve çelişkili ise bu tutanağa dayanarak verilen kararın bozulması gereği Yargıtay tarafından da ifade edilmektedir[1218]. Takdiri delil olan keşif delili[1219] içinde, "takdirin" doğru oluşmasına engel olan tüm belirsizlik ve çelişkilerin varlığı durumunda, keşif tutanağına itiraz edilmese bile bu belirsizlik ve çelişkilerin usûl ekonomisi ilkesi ihlal edilmeden giderilmesi de HMK 31. maddenin amacına uygun olacaktır, zira bu konuda öğretide " aydınlatılması gereken sorunlar bakımından" keşif sırasında incelemelerde bir eksiklik meydana gelmişse, mahkemenin yeniden keşif yapmasında bir yanlışlık olmadığı yasada da keşif sayısı yönünden bir kısıtlama bulunmadığı belirtilmiştir[1220]. Ancak usûl ekonomisi yönünden yapılacak değerlendirmede, keşifte eksik bırakılan konu keşif yapılmaksızın tamamlanabilecek veya

---

b-)Davacı tarafın zararlarının karşılanıp karşılanmadığı araştırılmamıştır. Sosyal Güvenlik Kurumuna müzekkere yazılıp usûlüne uygun bir araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmelidir. "(E. 2012/4799 K. 2013/8771 T. 10.6.2013, www. kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2018) derken vakıanın unsurlarının belirginleştirilmesi için yol gösterici olmuştur.

[1216] Umar-Şerh, s. 799

[1217] Pekcanıtez, Usûl, s. 1952

[1218] HGK, 12.1.1955 tarihli 1/19-11 sayılı kararı, nakleden Umar, Şerh, 799

[1219] Tanrıver-Usûl, s. 961

[1220] Umar-Şerh, s. 796

belirsizlik giderilebilecek nitelikte ise yeniden keşif masrafı yapılmadan sadece eksikliğin giderimi de olanaklı görülmeli, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ifasında, açıkça eksiklik veya belirsizliğe atıfta bulunularak aydınlatma faaliyeti yapılmalıdır. Örneğin keşif sırasında dinlenen tanıklardan birinin ifadesi belirsizlik içermekte ve keşif konusu yerde tanık dinlenmesi gerekmeden bu belirsizlik giderilebilir nitelikte ise yeniden keşif kararı verilmesi kanımızca usûl ekonomisi ilkesini ihlal edici olacaktır. Bu durumun benzeri şekilde Yargıtay'ın bazı kararlarında, keşif sırasında plan, kroki veya çizim yapılması, eklenmesi gerektiği durumlarda bunların eklenmemiş olması halinde bozma kararı verileceği belirtilmiştir[1221]. Bizce de davanın aydınlanmasında, nesnel gözlem ve tespitlerin hâkim zihninden ziyade tüm taraf bilgisine HMK 27.maddesi gereği sunulması, hem de kanaatin somutlaşması açısından 288. maddesi gereği ve koşullarında resen sayı ile sınırlı olmaksızın keşif kararı alınabilecektir.

Keşif ile hâkimin davanın aydınlatılması arasındaki ilişkinin incelenmesinde HMK 291. maddede[1222] düzenlenen keşfe katlanma zorunluluğu konusu değerlendirilmelidir.

Hâkim tarafından davanın aydınlanması için keşif yapılmasına karar verdikten sonra, bu keşfin uygulanması sırasında örneğin davada bir tarafın ya da üçüncü kişinin gerekçe olarak kendi aleyhine karar verilmesinden çekincesi ve korkusu nedeniyle direnç göstermesi olasıdır.

[1221] Umar-Şerh, 797 (burada yer alan içtihatlar)

[1222] ***Keşfe katlanma zorunluluğu***

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."

Böyle bir durumda hâkimin yetkileri ve bu direncin hukuki sonuçları maddede düzenlenmektedir. Ancak bu konuda taraf ve üçüncü kişi açısından farklı sonuçlar öngörülmüştür[1223].

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 sayılacaktır. Burada, tarafı zorlayıcı bir yetkiden bahsedilmemekte, vakıayı kabul etme yönünde ya da delilden vazgeçme açısından direnç gösteren tarafın aleyhine değerlendirilmesi şeklinde bir hukuki sonuç düzenlenmiştir[1224]. Öğretide, bu kapsamda ikrar ile aynı sonucun doğacağı ifade edilmiştir[1225].

HMK 291.maddesinin ikinci fıkrası son cümlesinde, hâkimin yukarıdaki şekilde aleyhe sonuç takdir etmeme yetkisi düzenlenmiştir. Burada kriter, "durum" ve "karşı koyma sebebi" olarak yasada yer almıştır. Bu durumda, keşfe katlanma zorunluluğu mutlak olarak kabul edilmemiş, taraflardan birinin keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınma hakkı olduğunu ileri sürerse, hâkimin her uyuşmazlık için olayın özelliklerini değerlendirerek tanıklıktan çekinme sebeplerinden birisinin olup olmadığını, somut olayda bunun kabul edilmesinin çıkarlar dengesi yönünden uygun olup olmadığını takdir etmesi gerekecektir[1226]

.

Hâkimin, kaçınma sebebine göre yapacağı değerlendirmede, keşfe gerek olmadığını, davanın diğer deliller ile karar verilmesine yetecek derecede aydınlandığını taraf ileri sürer ve

[1223] Davanın aydınlanmasında, tarafın yükümlülüğü, üçüncü kişiye göre daha fazla olduğu için, bkz.Erdönmez, s. 364
[1224] Aşık-Keşif, s.152
[1225] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 420; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.464
[1226] Aşık-Keşif, s.153

bu haklı bir gerekçe olarak hâkim tarafından kabul edilirse keşfe katlanma zorunluluğu da kalkacaktır[1227].

Üçüncü kişiler yönünden ise, kural, keşfe katlanılmasında zorunluluktur[1228]. Keşif, bu zorunluluğu üçüncü kişi için gösterse de, üçüncü kişinin uygun olduğu zamanda yapılması gerekecektir, ancak bu konuda 291/3.maddesi, üçünci kişinin durumunu dikkate almadan keşfin yapılmasını esas almıştır. Aksi durumda disiplin para cezası da öngörülmüş, bu cezanın daha ötesinde kamu gücünü kullanma olanağı hâkime verilerek gerektiğinde zor kullanma yetkisi verilmiştir. Burada hâkimin yetkisinin sınırı, üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığıdır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken üçünci kişiler yönünden anılan sınır dışında bir engeli kalmadan uyuşmazlık konusu vakıa veya şeye dair kanaat getirme olanağı olduğu söylenebilecektir.

Hem taraflar hem üçünci kişiler yönünden HMK 292. maddesi[1229] ve TMK 284. maddesi[1230] açısından gene davanın aydınlanması yani uyuşmazlığın çözümü için zorunlu olan durumlarda, bilim yönünden çelişmemek üzere, sağlık açısından da tehlike oluşturmamak koşulu ile, herkes soybağının tespiti için bedeninden kan ya da doku alınmasına katlanması ise zorunludur. Burada üçüncü kişinin de tarafın da direnç göstermesi halinde hâkimin incelemeyi zor kullanarak yaptırılması yönünden yetkisi vardır, burada 291/3. maddedeki istisnai olarak tanıklıktan çekinme sebebi olması üçüncü kişi açısından

---

[1227] Ege, s.23

[1228] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 420

[1229] *"**Soybağı tespiti için inceleme***
***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."

[1230] "***Madde 284**- Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu uygulanır:*
1. Hâkim maddî olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.
2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir"

keşiften kaçınma sebebi olarak yer almamaktadır. TMK 284. maddesi zor kullanma yetkisini düzenlememiş olsa da, HMK 292. maddesi bu eksikliği gidermiştir.

Üçüncü kişilerin ya da tarafların soybağının tespiti davalarında zor kullanmaya maruz kalmasının HMK 31. maddesinin 25. madde ile birbirini tamamlayarak uygulanmasına dair görüşümüz ile çelişkisi bulunmadığını belirtmek gerekir. Soybağının tespiti davaları, taraflarca getirilme ilkesinin uygulanmadığı, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı dava türüdür. Bu nedenle, kendliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tarafların istemine ve tarafların dava üzerindeki tasarruf hakları ile sınırlı kalmayacağı, doğrudan maddi gerçeği bulabilmek için "delil isterken" bunun tarafın rızaen yerine getirmemesi halinde harekete geçebileceği yetkinin de yasakoyucu tarafından verildiğini görmek olanaklıdır.

Sonuç olarak keşif delili hâkimin davayı aydınlatma ödevinin en somut yansıma alanı bulduğu, davada hâkim algısının uyuşmazlık yönünden somutlaşmasında uygun araçlardan olduğu kabul edilmelidir. "Aydınlanma" olgusu yönünden nesnel ölçüm ve gözlemlerin uygulama alanı bulabileceği, hâkimin uyuşmazlığa soyut değil somut yaklaşmasını sağlayan keşif delili, kendiliğinden başvurulabilmekte, hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesi ile çelişik durum olup olmadığı duraksamalarına ve tartışmalarına girilmediği bir alan olarak görmek kanımızca olanaklıdır. Uyuşmazlık konusuna dair algı ve somutlaşma duraksaması yaşayan hâkimin usûl ekonomisi ilkesini zedelemeden ispat ölçüsü yönünden yasanın kendisine verdiği aydınlatma ödevini, adil yargılamayı yapabilmek, tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesini de aşmadan gerçeğe ulaşabilmek için yerine getirmekte, keşif deliline sözlü yargılama aşamasına kadar HMK 31. madde amacını gerçekleştirmek için girmesi gereklidir.

6. Uzman Görüşü ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Uzman görüşü kurumu, HMK 293. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anglosakson Hukukundaki uzman tanık kurumu benzeri olarak düzenlenen kurumda CMK 67. maddesi ile paralel bir şekilde[1231] uyuşmazlık konusuna ilişkin uzmanından bilimsel görüş alınabileceğini düzenlemiştir.

Uzman görüşü, bilirkişi raporları karşısında, davanın taraflarının teknik ve özel bilgi desteği alarak irade beyanında bulunabilmeleri açısından yararlı olduğu gibi, bu görüşün hâkim tarafından değerlendirmeye alınabilmesi zorunlu tutularak hâkimin gözden uzak tutmaması, katılıp katılmama noktasında bir tavır içine girmesi HMK 293.maddesi ile sağlanmıştır. Uygulamadaki şekilde, dava dilekçesi, cevap dilekçesi veya bilirkişi raporuna itirazlara ek olarak bilimsel görüş sunulması halinde HMK öncesinde, hâkimin bu görüşleri tartışması, davada, kendi kanaatinde bir yer vermesi düzenleme içine alınmamıştı, daha ötesi bunu zorunlu tutan bir norm da söz konusu değildi. Ancak 293. madde ile uygulamada yer alan durum hukuki bir zemine kavuşturulmuş oldu.

Öğretide, davanın taraf tarafından seçilen ve uzman niteliği bulunan kişiden alınan görüşe uzman görüşü denilmekte olduğu ifade edilmiştir[1232]. Bu özel bilgi ile, hem bilimsel olarak hâkimi ve dolayısı ile davayı aydınlatmakta işlevi olan yargılamaya yardımcı görüş olarak değerlendirmek olanaklıdır kanısındayız.

Uzman görüşüne başvurulacak durumların, bilirkişi görüşüne başvurulacak aynı konular olup olmadığı incelenmelidir. Öğretide, bilirkişiden farklı olarak hukuki konularda da uzman görüşüne başvurulabilmesi olanaklı görülmüştür[1233]. Aksi yöndeki görüşe göre ise, hukuki bir konuda uzman görüşü alınabileceğini kabul etmek ekonomik olarak daha elverişsiz konumdaki bir taraf ile aksi durumdaki taraf arasında eşitsizlik oluşturup silahların eşitliği

[1231] Tanrıver-Usûl, s. 971
[1232] Sarısözen, M.Serhat: Özel Bilirkişi(Uzman Görüşü), Ejder Yılmaz Armağanı, C.2, Ankara 2014, s.1703
[1233] Tanrıver-Usûl, s. 971; Öztek, s. 1707; Pekcanıtez, Özel, s. 407

ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür[1234]. Kanımızca bu görüş isabetlidir zira, uzman görüşü için bilirkişi oy ve görüşündeki gibi hukuki bilgi için veya sadece özel ve teknik konu olması gibi bir koşul 293. Maddesinin metninde yer almasa da, madde gerekçesinde açıkça aranmıştır. Ancak, silahların eşitliği ilkesinin bu nedenle ihlali düşünülse bile, uzman görüşüne dair ücretin yargılama gideri olarak kabulünde makul ücretin hâkim tarafından takdiri ve yargılama gideri olarak haksız çıkan tarafa bu ücretin yükletilmesi ile sorun bir ölçüde çözülebilir. Adalet Bakanlığı'nın veya ilgili kamu kuruluşlarının adalet hizmetini bir kamu hizmet olarak sunmada kusursuz olmaları aranmaktadır. Hizmetin ifasında hâkimlerin hukuk bilgisindeki eksikliklerin tamamlanması, belki bir danışma merkezi kurulması ve anlık iletişim ile bilgi edinmelerinin temini ya da ihtisas mahkemelerinin sayısının ve çeşidinin arttırılması gibi hâkimlerin iş yükünü azaltıcı, bilgilerini arttırıcı çalışmalar, girişimler olmadan uzman görüşü boyutundaki sadece eşitliğin sağlanması adaletin doğru tecellisini de engelleyebilir. Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, hâkimin uzman görüşünü hazırlayan uzmanı da sorgulaması olanaklıdır ve bu onun yetkisindedir. Hâkimin, uzman karşısında edilgen değil, tam tersine aktif, etkili ve şüpheci bir tutumla nitelikli sorgulama yapması, uzmanın hukuki bir mütala verişinde, tüm dayanak noktalarını isteyerek, doğrulama yaparak, örneğin dayanak alınan bir uluslararası sözleşmenin yeminli onaylı tercümesini getirerek, silahların eşitliğinde etkin bir dava yönetimi tavrı sergileyebilir. İlkesel olarak hukuki konularda uzman görüşü alınmasını doğru görmesek de, uygulama sırasında eşitsizliğin giderimi de bu şekilde gerçekleştirilebilir düşüncesindeyiz.

Uzman görüşünün hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, kurumun takdiri bir delil olarak kabul edilmesi gereği yönünde ileri sürülmüştür[1235]. Bir başka görüş ise, uzman görüşünün, bilirkişi oy ve görüşü gibi takdiri bir delil olmadığı, yazılı belgeye dayalı

[1234] Sarıözen, s. 1707

[1235] Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2016, s.426; Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 459, Öztek, Selçuk, "Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması", Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 2, Ankara 2014, s. 1624

bir taraf beyanı niteliğinde bulunduğu yönündedir[1236]. Bizce uzman görüşü ile bilirkişi oy ve görüşünü karşılaştırmak delil olarak güvenilirlik derecesinde değerlendirerek uzman görüşünü taraf beyanı seviyesinde taraflı olarak baştan kabul etmek, kurumun sorunlu olarak doğduğunu kabul ederek, hâkimin bu kurumdan uzak durmasına, mesafeli yaklaşmasına neden olabilir. Nasıl ki, bir davada, tarafların tanık olarak gösterdikleri kişiler vakıaları aktarırken ifadelerine delil değeri veriliyorsa, uzmanın görüşü de, bilirkişi gibi, vakıaya dair bilimsel bilgiye adeta tanıklık etmektedir. Hâkimin gitmediği bilimsel yollardaki elde edilen bilginin tanığı gibi olan bilim insanı, usûli ifadesi ile uzman, davadaki olaya dair bilimsel bilgisine başvurulduğunda, bilim yolunda veya sanat yolunda ya da hangi konuda bilgi edinmişse, o yolda elde ettiği bilginin tanığı gibi olduğu söylenebilir düşüncesindeyiz. Uzman görüşünün delil niteliği olmadığını belirtmek bir anlamda bilirkişi oy ve görüşünün de delil niteliğini sorgulamaya dair tartışmaların da bu korumda yani uzman görüşünde yapılmasını gerektirecektir. Kanımızca, hem sistematik açıdan hem de hâkimin değerlendirmekten kaçınamamasının bir nitelik olarak yasa koyucu tarafından verilmiş olması nedeniyle takdiri delil olarak kabulü yerinde olacaktır.

Uzman görüşüne dayanan taraf, uzman görüşünü içeren raporu mahkemeye sunduğunda, mahkemece hem doğrudanlık ilkesi gereği rapor hâkimce bizzat incelenmelidir, hem de davada diğer tarafa tebliğ edilmelidir[1237]. Aksi durum, HMK 27. maddesindeki hukuki dinlenilme hakkını ihlal edici bir uygulama olacaktır. Diğer tarafa tebliğ edildiğinde, tarafça yapılacak inceleme sonucunda hem tarafın hem de mahkemenin duraksamaları, soruları, raporlardaki belirsizlik ve çelişkileri gidermek amacı ile HMK 293/2. maddesinde uzmanın

[1236] Tanrıver-Usûl, 973; Pekcanıtez, Usûl, s. 1959; Pekcanıtez, Özel, s. 415, Akil, Cenk, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi - Uzman Tanık Ayrımı", Ankara Barosu Dergisi, C. 69, S. 2011/2 (Haziran 2011), s. 171-183, (Uzman Tanık) s. 177; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 798; Yazıcı Tıktık, Çiğdem, "HMK M. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması", MİHDER, C. 7, S. 20 (2011/3) s. 91; Karslı, s. 652; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Usul, s. 370; Kiraz, Taylan Özgür, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, 1.Bası, Ankara 2012, s. 54; Sarısözen, M. Serhat, "Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)", Prof. Dr. Ejder Yılmaz Armağanı, C. 1, S. 1, s. 1699- 1728, (Kasım 2014),s. 1704

[1237] Pekcanıtez, Usûl, 1961; Tanrıver-, Usûl, s. 973

duruşmaya davet edilebileceğini, soru sorup açıklama isteyebileceğini düzenleme altına almıştır, uzmanın bu şekilde bir davete olumlu yanıt ile dönmemesi durumunda, yani duruşmaya katılmaması durumunda hazırladığı rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır.

Uzmanın duruşmaya geçerli bir özür belirtmeden katılmaması durumunda, raporunun değerlendirmeye alınmayacak olması, aslında belirsiz ve çelişkili uzman görüşü ile hâkimin karşılaşması durumunda, hâkimin davayı aydınlatma ödevine engel olan, duruşmaya gelmemek tavrı karşısında bir yaptırım niteliğinde olmak üzere değerlendirilebilir kanısındayız. Uzman tarafından düzenlenen raporun, hâkim ve taraflarca anlaşılır, üzerinde uyuşmazlık konusu ile ilgili düşünce üretilebilir özellikle olması gerekli görülmektedir. Belirsizlik ve çelişki sürdükçe, o raporun varlığının bir anlamı olmayacağı yasa koyucu tarafından kabul edilmiş olmaktadır. Belirtildiği gibi, uzmanın mahkemeye gelerek doğrudan sorulacak sorulara yanıt vermesi gereği, uzmanın verdiği raporun denetimi ve anlaşılmasını en verimli şekilde sağlamak yönünden önemlidir[1238]. Aydınlanmamış bir uzman görüşü, var olarak da gerekli görülmemiştir ki; hâkimin davayı aydınlatma ödevinin önemini ve gereğini gösteren bir durum da noktada toplanmaktadır. Diğer delil türlerinde belirsiz veya çelişkili bir durum olduğunda, hâkim her bir delilde ayrı ayrı bu belirsizlik ve/veya çelişkiyi giderici şekilde aydınlatma faaliyeti yapabilecek, her bir delilde HMK 31. madde gereği delilin belirgin, çelişkisiz ve güvenilir bir duruma gelmesine kadar taraflardan ayrıca delili belirginleştirici, çelişkiyi giderici ve doğruluğunu araştırmakta yardımcı delil sunmalarını isteyebilecektir. Uzman görüşü konusunda ise, hâkim, uzmanın niteliğini, sunduğu görüşlerin bilimsel dayanaklarını ve olay ile ya da olayla bağlantılı bir konu ise o konuya dair ilgisini, bağlantısını, bunların tamamının anlaşılır, tartışılabilir düzeyde ve açıklıkta denetime elverişli olarak sunulmasını isteyebilecektir. Hâkim, tanık, bilirkişi yada taraflara nasıl sorular

[1238] Sarısözen, s.1718

soruyorsa aynı şekilde tüm belirsizlikler ve çelişkiler karşısında soru soracaktır. Bu adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için olduğu kadar maddi gerçeğe ulaşma amacına da yönelik bir faaliyettir[1239].

Örneğin, bir tekstil ürününün satışına ilişkin bir uyuşmazlıkta, ürünlerin ayıplı olup olmadığı tartışılırken iplik kalitesi ve sağlamlığına dair bilirkişi tarafından verilen raporun yanı sıra, dosyaya sunulan bir uzman görüşünün bulunması durumunda, hâkimin rapor içeriğine göre, ipliğin cinsi, sağlamlığı veya sağlam olmayışı gibi farklar yönünden tekstil mühendisliği terimleri ile dolu bir raporda, hem sözleşme hem de ilgili ipliğin niteliği açısından günlük kullanım diline yakın bir açıklama isteyebilir, ipliğin A bitkisinden üretilmesi durumunda, örneğin yıpranmasının 45 santigrat derece sıcaklıkta yıkanması koşulu ile bir yıl içinde olacağı, B bitkisinden üretilmesi durumunda aynı sıcaklıkta yıkanması koşuluyla sekiz ayda meydana geleceği yönünden açıkça anlaşılır bir rapor sunulsa bile olay ile bağlantı kurularak, ürünün B bitkisinden üretildiğinin hangi verilerden hareketle anlaşıldığı mahkemeye açıklanmalıdır. Her iki tarafın uzman görüşüne itibar etmesi durumunda hâkim uzman görüşü ile bağlı olmasa da, davanın aydınlanmasında ve kararda esas alabilecektir, hâkimin bu konuda da delillerin serbestçe değerlendirmesi yönünden yetkisinde bir kısıtlama yoktur. Ancak taraflar arasında hakem-bilirkişi sözleşmesi kurulursa yani taraflar aralarındaki belli bir uyuşmazlık konusunun miktar ve niteliklerinin belirli kişi ya da kurullar tarafından tespit edileceğini , bu tespiti de kabul edeceklerini kararlaştırırlarsa[1240] farklı değerlendirilecektir[1241]. Bu durumda, delil sözleşmesi yapılması durumunda, mahkemece, o delilin maddi gerçeği gösterdiği konusunda araştırma yetkisinin olmayacağı, kesin delil etkisi göstereceği kabul edilmektedir[1242].

[1239] Sarısözen, s. 1720; Tanrıver, Usûl, s. 972 vd.; Pekcanıtez, s. 1961
[1240] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 469
[1241] Taşpınar, İspat, s. 148 vd.
[1242] Taşpınar, s. 150

Bir görüş, uzman görüşüne ya da raporuna itiraz edilemeyeceği yalnızca görüşe ilişkin doğrudan soru sorulup, açıklama istenebileceği yönündedir[1243]. Bir diğer görüş ise, uzman raporunda eksiklik ya da belirsizlik olan konularda uzmanın açıklama yapmasının talep edilebileceği gibi rapora tümüyle itiraz edilmesinin de mümkün olduğu yönündedir[1244]. Taraflardan birinin uzman görüşü raporuna itiraz etmesi durumunda ise, öncelikle itirazları değerlendirilmeli, gerekçeli olarak itirazları karşılar bilirkişi raporu alınıp alınmayacağı noktasında ara karar verilmelidir. Hâkim, daha önce bilirkşi raporu almış, ancak itirazlar üzerine uzman görüşü sunulması ile uzman görüşünü değerlendirmiş, hukuken isabetli bulmamış olabilir. Bu esasta, 226. maddeden hareketle dava henüz aydınlanmadığından, özel ve teknik bilgi gerekmekle, bu bilgilerin davaya getirilmesi için yeniden bilirkişi raporu alabileceği gibi, ek rapor da alabilir. Uzman görüşüne karşılık, bilirkişi raporuna göre karar alması, bu kararı da uzman görüşüne katılmama sebepleri ile açıklaması HMK 27. maddesi gereğidir. Ancak karardan önce, bu gerekçelendirmeyi yapması ve gene taraflara bu ara karara göre savunma ve açıklama yapabilme olanağı tanıyarak, örneğin yeni bir uzman görüşü sunabilme olanağına engel olunmamalıdır[1245].

Tarafların mahkemeye sunduğu uzman görüşlerinin birbirleri ile çelişkili ifadeler içermesi halinde bu çelişkilerin giderilmesi gerekeceği gibi uzman raporu ile bilirkişi raporunun çelişkili olması durumunda da bu çelişki giderilmeden bilirkişi raporu karara esas alınamayacaktır[1246]. Tarafların mahkemeye sundukları raporlar arasında çelişki varsa ilgili konu hakkında uzmanlık bilgisi olmayan mahkeme, ilke olarak, bizzat bir bilirkişi

[1243] Görgün, Şanal, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, s.268
[1244] Sarısözen, s.1717
[1245] Tanrıver-Usûl, s. 974
[1246] Akil, s.175

görevlendirmeden bu raporlardan birine itibar edemez, mahkemenin bir bilirkişiye başvurması gerekecektir[1247].

Kanımızca, uzman görüşüne, her iki tarafın itirazlarının olmadığını açıkça bildirmiş olmaları halinde bile belirsizlik ve çelişki içermesi karşısında, mahkemece kendiliğinden duruşmaya davet edilmesi HMK 31. maddesinin verdiği ödev hem de uzman görüşünün hükme esas alınıp alınmaması noktasında HMK 293/3. maddesinin de bir gereğidir. 293/2. Madde, bu temelde HMK 31. maddesinin açık bir yansımasıdır. Hatta, üçüncü fıkra ile birlikte, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, bir anlamda yükümlülük yüklemesi karşısında aleyhe uygulanacak yaptırımı da düzenlemiş olmaktadır.

8. Kanunda Düzenlenmemiş Deliller ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

HMK kapsamında, kesin ve takdiri deliller sayılmış ve düzenlenmiştir. Ayrıca 192. maddesi ile de katı delil sisteminden uzaklaşılarak kanunda düzenlenmemiş olan delillerin de tıpkı "belge" delili gibi, dava dosyasına sunulabileceği düzenleme altına alınarak, ibrazı mümkün hale getirilmiştir. HUMK yürürlüğü döneminde 367. maddesi ile "özel hüküm sebepleri" de aynı düşünce ile yasada yerini almakla, 192. madde ile aynı anlayışı yasa koyucu sürdürmüştür.

HMK 192.madde gerekçesi incelendiğinde, yasa düzenlemesinde sayılı olan delil türlerinin ayrı ayrı düzenlemesi ile yalnızca bu sayılanların delil olması istenmemiş, yasanın belirli bir delille ispatı öngörmediği durumlarda, yasada düzenlenmemiş diğer delillerle de ispatın olanaklı olduğu belirtilerek, akıl, mantık içinde ve hukuken uygun yollardan elde edilmiş tüm unsurların "delil" olarak kabul edilmesi düşüncesi ile 192. maddenin getirdiği belirtilmiştir.

[1247] Sultan, Işık, Uzman Görüşü (Mütalaa), İstanbul 2015, s. 69

HMK 192.maddesi, kanuni delil sisteminden kısmen uzaklaşıldığını, sayılı delil sisteminin kanuni delillerle ispatın gerekmediği hallerde serbest delil sistemine yakın bir düzenlemenin olduğunu göstermektedir[1248]. Madde gerekçesini, HMK 31. madde etkisinin olup olmadığı noktasında incelediğimizde ise, gerekçede geçen "davayı aydınlatabilecek" ve "davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirileceği" esasının duraksamaya yer vermeyecek biçimde düzenlenmiş olduğu ifadelerinden HMK 192.maddesinin HMK 31.madde uygulamasında önemli bir yere sahip olduğunu ifade edebilmemiz olanaklıdır. HMK 31.madde hükmü, belirsizlik ve çelişki halinde taraflar ile birlikte yürüttüğü aydınlatma faaliyetinde, taraflardan delil sunmalarını isteyebileceğini düzenlemektedir. Bu delilin, yasada yer alan veya almayan bir delil olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Hatta ikinci tanık listesi verilmesi yasağı gibi bir yasal engel olmaksızın davanın aydınlanması için hukuka uygun yollarla elde edilmiş olmak kaydı ile her türlü, olayı anlatan, olayı temsil eden unsur delil olarak dahil edilebilecektir.

Hâkim, gerek bir delil ile olaya dair kuşkularını gideremediğinde, gerekse bir delilin gerçekliğine dair kuşku duyduğunda 31. madde ile yapabileceği temel usûli işlem "delil gösterilmesini" istemektir. Hâkim, belli bir delile işaret ederek o delilin dosyaya getirilmesini açıkça istemesi yol gösterme olarak değerlendirilebilecektir; belki bir delilin sahteliği iddia edildiğinde resmi merciilerle yazışma yaparak araştırılabilse de asıl olan taraflarca getirilme ilkesi esas olduğundan, davanın taraflarından belirsiz, çelişkili gördüğü konular hakkında delil sunmalarını isteyebilecek, isterken de HMK 192. maddenin verdiği gerekçesi ile de somutlaştırdığı şekilde davayı aydınlatacak her türlü delilin sunulması olanaklı görülecektir.

Belge delili gibi, HMK 192. maddesi de davayı aydınlatmakta gelecek delil yönünden hukuki olması koşulu dışında bir sınır koymamıştır. Öğretide, delil kavramına dair, bir iddianın doğru olduğuna yönelik kanaat oluşmasına yarayan araçlar olduğu düşünülmüş ve

[1248] Tanrıver, Usûl, s.799, Pekcanıtez, Usûl, s. 1733

böyle bir tanıma gidilmiştir; bu tanıma ek olarak usûl yönünden ise, ispat faaliyetinde kullanılan, davadan önce mahkeme dışında gerçekleşmiş olan olayları temsilen davaya aktarılması işlevi gören, uyuşmazlığa konu olayı yansıtan araçlar olarak belirtilmiştir[1249]. Bu tanımı, "dar anlamda delil" olarak yorumladıktan sonra, mülga HUMK 367. maddesindeki özel hüküm sebeplerini, ki HMK 192. maddenin karşılığı olarak getirilmiştir, tipik olmayan, bilimsel ve mantıksal deliller olarak değerlendirerek "geniş anlamda delil" olarak kabul etmektedir[1250], uyuşmazlık konusu olayı "temsil" edebilen bir araç olması önemli görülmüştür[1251].

Örneğin, destekten yoksun kalma tazminatının talep edildiği bir davada, davacı ile ölen desteği arasında herhangi bir akrabalık olmamasına karşın, destek ölmeden önce davacıya okul ve yurt giderleri için üniversite eğitimi boyunca destek olacağını vaad etmiş, üniversite birinci sınıfta iken, destek üçüncü bir kişinin haksız eylemi ile kasten adam öldürme suçu işlenmesiyle hayatını kaybetmiş, davacı da destekten yoksun kalan konumuna gelmiştir. Davacının, davalıdan talebine dayanak vakıalardan biri , desteğin gelecekte yani dört yıl boyunca tüm okul ve yurt giderlerini karşılayacağı yönündedir. Bu vaadin ispatlanması halinde dava kabul edilebilecektir. Bu vaadin yazılı olmaması durumunda tanık delili de temin edilememişse, davacı ile desteğin bu yönde bir olumlu ilişkisinin olup olmadığı, desteğin benzeri faaliyetlerinin bulunup bulunmadığı ispatlanmalıdır. Aynı zamanda desteğin davacıya yaptığı ödemeler banka üzerinden yapılmışsa, banka hareketleri de ispat edilmelidir. Davacı, sadece tanık deliline dayansa bile, bu tanıkların beyanları yeterli bulunmadığı gibi, hâkimin çapraz sorgulamaya izin vermesi, daha nitelikli ve detaylı sorgulamalar yapması durumunda tanıktan yeterli ifade alınamaması bilgi eksikliğine de dayalı olabilir. Bu durumda, adi karineler ile ispat yoluna gidilse bile burada ortaya konulacak

[1249] Atalay, Delil Kavramı Üzerine, s. 130
[1250] Atalay, Delil Kavramı Üzerine, s. 131
[1251] Konuralp, Haluk: İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 10 vd.

karineler de tipik delillerden olmayabileceğinden, HMK 192.maddesinin verdiği olanak ile kanunda düzenlenmeyen delillere başvurmak olanaklı olacaktır. Bu anlamda, hâkim, aydınlanmamışlığı ispat noktasında teşhis edecek, ispat yükü kendisine düşen tarafa, delil türü, sayısı ve benzeri bir işaret edişte bulunmadan delil sunmasını isteyecektir. Mevcut delillerin davayı yeterince aydınlatmadığını taraflara da HMK 27. maddesi gereğince bildirmesi gereklidir. Örneğimize döndüğümüzde ise, davacı böyle bir süre verilmesi ile karşılaştığında, desteğin kendisi için yaptığı alışverişlerdeki kredi kartı fişlerini sunabilir; bu alışverişlerin ise, kendisi için yapıldığı gene "belirsiz" kalacaktır. Bu noktada da alışverişin internet üzerinden yapıldığı, bu işlemin davacının cep telefonundan internete girilerek, desteğin davacıya tahsis ettiği kredi kartı ile yapıldığını davacı kanıtlama yoluna gidebilir. Bu amaçla da cep telefonun IP adresini vererek ve bankanın kayıtlarının dava dosyasına getirtilmesini isteyebilecektir. Dava dilekçesinde veya HMK 140. madde gereği Ön inceleme aşamasını takip eden iki hafta içinde bu delile dayanmamış olsa bile, sunduğu deliller ile davanın aydınlanmayacağını bilerek ve isteyerek hareket etmemiş, sadece tanık delili ileri sürmüş olabilir. Tanıklarının bilgi eksiği üzerine vakıa aydınlanmayınca, daha önce dayanmasa bile, hâkim 27. madde gereğince davanın aydınlanmadığını taraflara tefhim etmeli, 31. madde uygulamasına geçmelidir. HMK 189/4. maddesi gereğince de, bu yolla sunulacak delillerin uygun olup olmadığını hem daha önce 145. ve 185. maddelere göre sunulabilirliği olup olmadığı, hem de hukuka uygun yollarla elde edilip edilmediği yönü ile değerlendirebilecektir.

VIII. Delilden Vazgeçme ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

HMK 196. maddesi gereğince, gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça o delilden vazgeçemez. Ancak bu açık izin öncesinde tarafın vazgeçme beyanı belirsizlik ve çelişki içerebilir. Örneğin, taraf "zaten dinlenecek tanığımız X, konu hakkında bilgi sahibi değildir, dinlenmesi gerekli değildir" diyebilir. "Gerekli değildir" ifadesi aslında bir durumu

belirtmek için kullanılabilecek bir ifadedir. "Gerek" olup olmadığına dair takdiri ise mahkemeye bırakan bir düşünce açıklaması olarak da yorumlanabileceği gibi, delilden vazgeçme beyanı olarak da yorumlanabilir. Hâkimin bu ifade karşısında, diğer tarafın açık izni olup olmadığını sorması veya gene diğer tarafın bu şekilde sorulmasa bile açık izin verip vermeyeceği şekilde beyan veren diğer tarafın iradesini anlayabilir olması gereklidir.

Taraflardan birinin delilden vazgeçmesi üzerine diğer tarafın açık izni de bulunduğu takdirde, hâkimin anılan delili toplamakta HMK 31.maddeyi gerekçe göstermesi olanaklı mıdır? Kanımızca böyle bir noktada yani davanın henüz aydınlanmadığı ve dosyadaki mevcut deliller ile de aydınlanmayacağının anlaşıldığı bir aşamada hâkimin HMK 27. madde gereğince davadaki ispat derecesini ve bu dereceye mevcut deliller ile erişilemeyeceğini de taraflara bildirmesi gereklidir. Buna rağmen delilden vazgeçme yoluna gidilmekte ise, tasarruf ilkesi ve taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkeleri gereğince hâkim dosya içeriğine göre karar verecektir. Bunun gerekçesi de, delilden vazgeçmeye ilişkin hükümlerin taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda uygulanmasıdır.

Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda delilden vazgeçmenin bir önemi bulunmaz. Zira mahkeme gerekli delilleri re'sen araştıracağından vazgeçilmek istenen delillere de kendiliğinden başvurabilir[1252].

Davada, delilden vazgeçen tarafın beyanı kadar bu vazgeçmeye karşı açık izin verecek veya vermeyecek olan karşı tarafının beyanı açık ve çelişkisiz olmalıdır. Aksi durumda, hâkim ilgili delil ile dava konusu olayı değerlendiremeyecektir. Hem delilden vazgeçen tarafın hem de vazgeçmeye izin verecek veya vermeyecek tarafın beyanlarındaki belirsizlik ve çelişki olduğunda hâkimin ilgili tarafa iradesini somutlaştırması yönünde sorular

[1252] Köroğlu,Anıl/ Tahiroğlu, Fatih, Medeni Usul Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme, TAÜHFD, 2020; C.2, S.I, s. 240

sorması, iradesini dava dosyasına doğru aktarımını sağlamalıdır. Burada da HMK 31.madde gereğince soru sorarak ve açıklama yaptırarak bu belirsizlik ve çelişkiyi giderebilecektir.

Tanık delili yönünden özellikle yasa koyucu davada aydınlanması istenen konuda amaca ulaşılması durumunda HMK 241. maddesine göre, "mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir.". Dolayısıyla 241. maddede belirtilen şartlar mevcutsa, tanık deliline dayanan tarafın talebi üzerine veya mahkemece kendiliğinden diğer tanıkların dinlenilmemesine karar verilebilir. Söz konusu durumda karşı tarafın rızası aranmaz[1253].

Ç.KANUN YOLUNDA HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

I.Genel Olarak

Kanun yolu, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın, yeniden değerlendirilmesi için davanın tarafına tanınan bir üst ya da yüksek mahkeme başvuru yolu olarak tanımlanmaktadır[1254].

Kanun yolları olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere ikiye ayrılarak sınıflandırılmaktadır, olağan kanun yolları, kesinleşmemiş yargı kararlarına karşı gidilen yol olmakla, istinaf ve temyiz yolu olarak, kesinleşmiş kararlara karşı gidilen yol olarak düzenlenen olağanüstü kanun yolu ise yargılamanın iadesi ve kanun yararına temyiz yolu olarak tasnif edilmiştir[1255].

[1253] Köroğlu/Tahiroğlu, s. 237
[1254] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.586
[1255] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.588; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 464 vd.

Kanun yolu dilekçeleri içerisinde de belirsizlik veya çelişki söz konusu olabilir. Bu durumda, bu belirsizlik veya çelişkinin istinaf/ temyiz mahkemesinde değerlendirilmesi yani hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında yorumu nasıl olacaktır? Temyiz ve istinaf yollarına dair incelememiz aşağıda sunulmaktadır.

II. İstinaf Yolunda

İstinaf yolunda ilke olarak istinaf incelemeleri duruşmalı olarak yapılır[1256]. Duruşma yapılmaksızın karar verilebilecek durumlar, HMK 353. maddesinde sayılmıştır. Ancak asıl olan duruşması yapılmasıdır. Bu temelde, duruşma öncesinde HMK 352. maddesi gereğince Ön inceleme yapılması ve Ön inceleme sırasında istinaf yoluna başvuru koşullarının olup olmadığı incelenecektir. İstinaf yoluna başvuruda, ön incelemenin konularından biri, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği yer almaktadır. HMK 342. maddesinin 2.fıkrası (e) ve (f) bentlerinde başvuru sebepleri ve gerekçesinin, ayrıca talep sonucunun yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda, Ön incelemede eğer belirsiz ve çelişkili de olsa, bir istinaf gerekçesi sunulmuşsa, geçerli bir başvurunun varlığı kabul edilmelidir[1257].

[1256] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.617; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.599; Özekes,Pekcanıtez Usûl, s.2255 ; Umar-Şerh, s.934 vd.; Yılmaz-Şerh,C.III.,s.3273; Karslı, s.677; Atalı/Ermenek/Erdoğan,s.606; Budak/Karaaslan, s.355; Postacıoğlu/Altay, s.847; Kuru, s.688; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.660; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s.265

[1257] "***İstinaf dilekçesi***
MADDE 342- *(1) İstinaf yoluna başvurma, dilekçeyle yapılır ve dilekçeye, karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenir.*
(2) İstinaf dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:
a) Başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ve adresleri.
b) Varsa kanuni temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri.
c) Kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu ve tarihi ile sayısı.
ç) Kararın başvurana tebliğ edildiği tarih.
d) Kararın özeti.

İstinaf sebebi veya gerekçesi olarak sunulan gerekçenin veya sebebin değerlendirilmesi sırasında, bu sebep veya gerekçenin belirli veya çelişkisiz sunulmaması da olasılık dahilindedir. Bu olasılık, istinafa başvurulmasına dair hukuki yarar açısından önem kazanmaktadır. HMK 355. maddesi istinaf incelemesinin, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle yapılacağını düzenlemiştir[1258]. Bir istinaf nedeni sunulmaması istinafın sadece HMK 355. madde gereğince kamu düzenine ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirecektir. Ancak, kamu düzenine aykırı bir durumun olmadığı bir istinaf başvurusunda, bir neden gösterilmemiş olması nedeniyle, istinaf incelemesi konusuz kalmış olacağından istinaf incelemesinin reddedilmesi gerekecektir. HMK 355. maddesi karşısında her türlü hukuki değerlendirmedeki yanılgının istinafta incelemesi olanaklı değildir.

İstinaf yargılamasında, sunulan istinaf sebebi yönünden, hukuka göre verilen ilk derece mahkemesi kararı usûle ve esasa göre doğru bulunmuş ise, HMK 353. Maddesi gereği, başvurunun esastan reddine karar verilecektir. Bu durumda, bir tahkikat ve buna bağlı bir duruşma yapılarak, inceleme yapılması gerekli görülmemiştir. İstinaf istemini, aşamalar yönünden incelemek ve bu aşamaların hangisinde belirsizlik ve çelişkinin doğabileceğini, bu durumun varlığının yargılama hukuku yönünden giderilip giderilemeyeceğinin incelenmesi gereklidir.

İstinaf sisteminde temel kural duruşmalı inceleme yapılmasıdır[1259]. Bu incelemenin duruşmasız yapıldığı durumlar, sınırlı sayıda olup, esasen istinaf sebebi yönünden

---

e) Başvuru sebepleri ve gerekçesi.
f) Talep sonucu.
g) Başvuranın veya varsa kanuni temsilci yahut vekilinin imzası.
(3) ***İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvurulan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp, 355 inci madde çerçevesinde gerekli inceleme yapılır."***

1258 "***İncelemenin kapsamı***
MADDE 355- *(1) İnceleme, istinaf dilekçesinde* ***belirtilen sebeplerle sınırlı olarak*** *yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir."*

1259 "***Duruşma yapılmasına karar verilmesi***

uyuşmazlığın esasına dair, davanın aydınlandığı kanısına varılmışsa, duruşma da yapılmayacaktır. Böylesi bir aydınlanma yoksa, istinaf makamınca, "inceleme" yapılması gerekli ise, duruşma yapılması gerekli görülecektir. HMK 354. madde hükmü gerekçesinde "inceleme" sözü ile ifade edilmek istenen tahkikat olduğu, hem denetim hem de yeniden dava konusu hakkında inceleme olduğu belirtilmiştir. 353. maddeye dair hükümet gerekçesinde ise, duruşmasız karar verilebilecek durumların sınırlı olduğu, bunların şekli sebepler olup, dar olarak anlaşılması gerektiği, tereddüt halinde adil yargılanma hakkı ihlalinin doğmaması için duruşma yapılmasının tercih edilmesi gereği belirtilmiştir[1260]. İstinaf mahkemesi zaten kural olarak, davanın açıldığı mahkeme tarafından tespit edilen dava temeli olan vakıaya dayanmak ve hukuki durumla ve bu mahkemenin kararı ilgili hataların kontrolü ve giderilmesi yönünde değerlendirme ve inceleme yapacaktır. Davacının da temel olarak; ilk derece mahkemesinde hatasız olarak tespit edilmiş maddi olguların üst kanun yollarında da böyle kalacağına güvenebilmesi gerekir. Sadece, istinaf mahkemesinin somut belirtilere dayanarak birinci derece mahkemesindeki karar için önemli maddi olguların doğruluğu veya eksikliği konusunda ciddi kuşkuları olduğu zaman bunların istinaf aşamasında incelenmesi gerekir[1261].

İstinaf yargılamasında, HMK gereği ilk derece mahkemesinde değerlendirilmemiş deliller değerlendirilebileceğinden, bu beyan ve savunmaların bir belirsizlik ve çelişki içermesi olanaklı olduğu gibi, esas dava, ilk derece mahkemesinde açılan dava olduğu, tüm yargılamanın bir dava temelinde söz konusu edildiği düşünülürse uyuşmazlık ve olay bakımından ilk derece mahkemesinde dava aydınlanmadan, davanın esasına dair bir karar verilmişse bu durumda, yeni delil sunulmasını istemek ya da tarafların iddia ve

MADDE 356- *(1) 353 üncü maddede belirtilen hâller dışında inceleme, duruşmalı olarak yapılır. Bu durumda duruşma günü taraflara tebliğ edilir."*

[1260] Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Ayvaz Taşpınar, Sema / Hanağası, Emel: Notlu ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Birinci Baskı, Ankara 2015, s. 366-367

[1261] Liu, s. 202

savunmalarında varsa belirsizlik ve çelişkiyi gidermek, bu giderimden sonra karar vermek istinaf sisteminin sunduğu olanaklardandır.

HMK 355. maddesinde kullanılan "istinaf incelemesi" ifadesinden istinafın "tahkikat" içerdiği değerlendirmesinin tahkikat usûlü ile yapılacağı belirtilmiştir[1262]. Bu durumda, gerek duruşmalı gerek duruşma yapılmaksızın verilen kararlar yönünden öncelikle incelenen ilk derece mahkemesi kararına konu uyuşmazlık ile ilgili olarak davanın aydınlanmadığı kanısı oluşursa, bu durumda tarafların dinlenmesi, taraflara soru yöneltilmesi açıklama yaptırılması olanaklı olabilecektir. İstinafa dair hükümler içerisinde bu konuda açık bir düzenleme olmadığı için 360. maddesine[1263] göre, ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlü çerçevesinde 31.maddenin işareti ile 144.maddesinin uygulama olacağı doğacaktır.

İstinaf incelemesinde, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmüş olmasına karşın değerlendirme dışı tutulan vakıa ve deliller yani dava malzemesi tahkikata konu edilerek incelenmesi gereklidir[1264]. Tahkikat yapılması esas olduğu için, tanık dinlenmesi, keşif yapılması gibi ilk derece mahkemesinde uygulanan delil değerlendirilmesi usûlü de istinaf yolunda uygulanacaktır[1265]. Bunun gerekçesi, HMK 357. maddeden[1266] hareketle kabul edilebilecektir. Maddede, "*ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar*

[1262] Meraklı Yayla, Deniz: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 61; Karslı, s. 84

[1263] *"**Uygulanacak diğer hükümler***
***MADDE 360-** (1) Bu Bölümde aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır."*

[1264] Meraklı Yaya, s. 100; Gairer, çev. Akil, Cenk, s. 424

[1265] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.619; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.607; Atalay,Pekcanıtez Usûl, s.1949 ; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.370; Umar,Şerh, s.793 ; Yılmaz, Şerh,C.III, s.3274; Karslı, s.679; Atalı/Ermenek/Erdoğan,s.616; Budak/Karaaslan, s.357; Postacıoğlu/Altay,s.752; Kuru, s. 689; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.673; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes,s.600

[1266] *"**Yapılamayacak işlemler***
***MADDE 357-** (1) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde karşı dava açılamaz, davaya müdahale talebinde bulunulamaz, davanın ıslahı ve 166 ncı maddenin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak üzere davaların birleştirilmesi istenemez, bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında, **ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılamaz**.*
(2) Bölge adliye mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılamaz.
(3) İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir."

dinlenemez, yeni delillere dayanılamaz" hükmünden hareketle, yeni delil ya da yeni iddia ve savunma getirilmesi olanak dahilinde görülmemiş ise de, 360. maddesinin işareti ile aynı zamanda egemen ilke olan 31.maddenin bir gereği olarak getirilmiş dava malzemesinde belirsizlik ve çelişkiler giderilmemişse ya da bölge adliye mahkemesi tarafından yapılacak hukuki değerlendirmede dava malzemesinin ilk derece mahkemesince aydınlatma faaliyetine konu edilmiş fakat yeterli gelmediği, ya da ilk derece mahkemesinin önemli görerek değerlendirdiği yönden başka bir yönden belirsizlik ve çelişkinin olduğu değerlendirilerek, o yönün aydınlatılması gerektiğinde 31. madde uygulamasının istinaf incelemesinde de yapılması olanak dışı görülmemelidir[1267].

HMK kapsamında istinaf hükümlerinde, istinaf sebepleri yönünden açık bir düzenleme bulunmadığından, bu konuda öğreti görüşlerine değinmek yararlı olacaktır. Öğretide, HMK'daki bu düzenleme eleştirilmiş[1268], tüm usûl kurallarına ve maddi hukuka aykırılık istinaf sebebi olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu temelde, istinaf sebepleri yönünden, istinaf konusu yerel mahkeme kararının objektif açıdan isabetsiz olup olmadığının incelenmesi gereği belirtilmiş; ilk derece mahkemesinde vakıların doğru tespit edilmiş olduğu halde maddi gerçeğe aykırılık söz konusu olabileceği ifade edilmiştir[1269]. Ancak HMK sisteminde kanımızca maddi gerçeğin değil adil yargılanmanın gerçekleştirilmesi esas olduğunu düşündüğümüzden bu görüşe katılmamaktayız.

Öğretide, istinaf sebebini sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığı, ancak maddi vakıanın yanlış tespit edilmiş olması maddi hukuk kurallarına aykırılık yani hukuki sorunun yanlış çözülmesi usûl kurallarına aykırılık durumlarında istinaf sebeplerinin özet olarak

[1267] Alman Hukukunda da dZPO'nun genel hükümleri içindeki yeri nedeniyle dZPO'nun 139. maddesi tüm yargı aşamalarında ve dolayısıyla da dZPO maddeler 104 , 128 Bd. 2, 495 a 'ya göre istinaf, temyiz ve dilekçeler aşamasında dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir, Koch, s. 28
[1268] Yılmaz, Ejder: İstinaf, Ankara 2005, s. 62; Akil, s.351
[1269] Akil, s. 352

sunulabileceği belirtilmiştir[1270]. Özellikle, maddi olayın/vakıanın/ meselenin yanlış tespiti, bir davanını temelinden sarsılmasına, davanın yani uyuşmazlığın aslında gerçek anlamda çözüme kavuşturulmadığını göstermektedir. Ayrıca, ilk derece mahkemesi kararının dosya içeriği ile örtüşmediğinde, maddi sorunun,yanlış tespit edilmiş olduğu değerlendirilmektedir[1271]. Mahkemece, yapılan tespit ile dosyada verilen hüküm arasında uyumsuzluk bulunduğunda, maddi olgu tespitinde yanılgıdan söz edilmektedir. Yerel Mahkemece, bir işçilik alacağı davasında, iş aktinin feshi koşulları ve feshi sebebi olan olayı dosyaya yansıtılmış delillerden yola çıkılarak değerlendirildiğinde, delil-hâkim arasında algılama şekli ile istinaf yoluna başvuran taraf arasında yorum farkı olabilir. Bu farkın sonucu olarak örneğin işçinin işten çıkışında gerekçe olarak, ücretinin ödenmemesi yerine işverenin hakareti olarak değerlendirilmiş olabilir; ya da işten çıkışında geçerli bir neden gösterilmediği ya da geçerli bir fesih nedenin anlaşılmadığı ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında belirtilerek davada kıdem tazminatı isteminin reddi karar verilmiş olabilir. Oysa ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında yasal sınırlar içinde dava malzemesinde belirsizlik veya çelişki söz konusu ise eylemsiz kalamayacağı HMK 31. madde gereği dava malzemesi üzerinde aydınlatıcı faaliyet göstermesi gereklidir. İstinaf yolunda olay-delil ilişkisi yönünden olsun, olayın veya delilin unsurları yönünde olsun, bu yanlış tespit ve hukuka aykırı kararın temelindeki yanlışlık yeniden hüküm kurarak yani karar verilerek çözümlenmektedir. HMK 359. maddesinden, verilecek kararın ilk derece mahkemesi kararı yerine "yeni bir karar" olduğu anlaşılmaktadır. Aynı maddenin (e) fıkrasında taraflar arası uyuşmazlık konusu olan veya olmayan konuların ve delillerin tartışılacağının, sabit görülen vakıalar ile bunlardan çıkarılan hukuki sonuç ve sebebin belirtileceği ifade edildiğinden istinaf makamının ilk derece mahkeme dosyasındaki olayları ve delilleri uyuşmazlık konusu ya da değil şeklinde bir ayrıma tabi tutacağı,bu şekilde de olay ve delilleri "belirli, çelişkisiz" duruma getireceği

[1270] Karslı, s. 682; Akil, s. 364
[1271] Akil, s. 366

anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesinin belirsiz veya çelişkili bir dava malzemesi ile verdiği kararın sonucunda, bu malzemeyi belirli ve çelişkisiz duruma getirmek de yeni hüküm tesis eden yani karar veren istinaf makamı açısından hâkimin davayı aydınlatma ödevine uymak zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Hem istinaf dilekçesi hem de ilk derece mahkemesinde nihai karar verilen dosyadaki dava malzemesi olan olaylar ve delillerin ayrı ayrı incelenmesi, ayrı ayrı istinaf makamınca yeniden yorumlanması gerekecektir. Bu faaliyet ve inceleme de istinaf incelemesi yapan hâkimin zihinsel dünyasında da, dava malzemesi yönünden bir anlaşılamama durumu olacak şekilde hâkimin davayı aydınlatma ödevine gereksinim uyandırması olasıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi öncesinde hâkimin taraf açıklamalarından anlaşılan dava sebebi ve dava malzemesi olarak getirilen deliller üzerinde tamamen algısal yönünü ilgilendiren bir zihin faaliyeti olacaktır. Bu algının doğru oluşup, oluşmadığı da ancak karar gerekçesindeki maddi vakıa tespitinden anlaşılacaktır. Belirsizlik olan bir durumda, hâkim belirli bir durum var gibi hareket etmişse, hâkimin davayı aydınlatma ödevi yerine getirilmemiş demektir. Bu durumda, doğru algı, objektif olarak belirlenebilir, değerlendirilebilir olmalıdır. İstinaf makamı da, ilk derece mahkemesinden ayrı olarak, aynı dava malzemesi ile aynı uyuşmazlık çözümüne ulaşılıp ulaşılmayacağını denetlemektedir. Bu nedenle, istinaf makamı yönünden aydınlanmamış dava malzemesi olabilir. İlk derece mahkemesi hâkimince, aynı delil aynı vakıa betimlemesinden anlaşılan ile, istinaf makamı hâkiminin anladığı farklı olabilir. Bu nedenle, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin olay ve delillerin objektif yönden anlaşılabilirlik derecesini yükseltmek amacında olduğu kanısını bizde uyandırmıştır.

İstinaf mahkemesi, bir kanun yolu olduğundan, dava malzemesine dair tespitte teklik ya da belli bir standartlaşma yarışı ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi arasında oluşmayıp, istinaf mahkemesi tespiti üstün kabul edilecektir. Algıda berraklık ise, istinaftaki tahkikatta davanın taraflarına soru sorulması, açıklama yaptırılması, delil sunulmasının

istenmesi ya da belirsizlik içeren delilin belirli hale gelmesi için faaliyet gösterilmesi ile söz konusu olabilecektir. Alman Hukuku'nda bu konuda duraksamaları giderebilmek için, Türk ve İsviçre Hukukundan farklı bir şekilde, dZPO 139. maddesine eklenen 4. fıkrası ile uyarma görevine dair "*Uyarının yapıldığı sadece dosya içeriğiyle kanıtlanabilir. Dosya içeriğine karşı yalnızca sahtecilik yapıldığının ispatına izin verilir"* şeklinde bir düzenleme ile hâkimin davayı aydınlatma ödevinin Alman Hukuku'ndaki araçlarından uyarma ödevi konusunda bir ispat yöntemi olarak dosya içerisine buna dair konunun yazılı hale getirilmesi düzenlenmiştir.

Bir diğer açıdan da, davanın ilk derece mahkemesinde incelemesinde, dava dosyası dışında var olmasına ve bulunmasına karşın, ilgili tarafın ihmali ile ileri sürülemediği için incelenememiş dava malzemesi, HMK 357/1. maddesi gereğince, istinaf mahkemesinde incelenemez[1272]. İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun gösterilse de, incelenmemiş, incelense de reddedilmiş, mücbir bir sebeple, örneğin ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında ulaşılması olanaksız bir delilin sonradan ulaşılabilir hale gelmesi gibi bir nedenle gösterilememiş deliller ise incelenebilecektir. Bu inceleme de aslında hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir yansıması olup, yukarıda gibi delil ve olay belirginliği için gereklidir.

İlk derece mahkemesinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevine aykırı davranması durumunda, bölge adliye mahkemesi, tarafa 31. madde gereğince soru sorması ya da açıklama yapmak üzere davet etmesi gereklidir. Öğretide, ilk derece mahkemesindeki duruşma tutanaklarından ve dava malzemesinden anlaşılan vakıaların yeni olmadığını, bilakis, bu malzemenin açıklattırıldığını, iddia ve savunmanın daha iyi değerlendirilmesi için bu açıklamanın yapılmasının gerektiğini ifade etmişlerdir[1273]. Bu görüşe katılmakla beraber, yeni delil sunulmadan ya da 357/2. Maddesindeki düzenlendiği üzere ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen delil yerine sunulan delilin

[1272] Ayrıca bkz. Akkaya, s. 283, Meraklı Yaylı, s. 102
[1273] Akkaya, s. 287, Meraklı Yayla, s. 107

tıpkı ilk derece mahkemesindeki gibi, yeniden değerlendirilmesi gerekli olacaktır. İlk derece mahkemesi hâkiminin belirsiz delil karşısında, ikame ve açıklayıcı delil sunulmasını istememesi yani davayı aydınlatma ödevini ihmal etmesi nedeniyle dava aydınlanmadığı için istinaf yoluna gidilmişse bu durumda istinaf mahkemesinin HMK 31. madde gereği istemesi kanımızca zorunludur.

III. Temyiz Yolunda

İstinafa konu olan bir kararın, HMK 361. ve 362. maddesindeki koşullar söz ise temyiz incelemesine konu olması mümkündür. Gerek temyiz dilekçesinde, gerekse temyize konu dava dosyasındaki dava malzemesinde belirsizlik ve çelişki bulunması olasıdır. HMK 364. maddesine göre, temyiz dilekçesi, temyiz sebepleri ve gerekçesini içermelidir. Bu gerekçenin belirsizlik ve çelişki içermesi durumunda, HMK, Yargıtay incelemesinde, Yargıtay ilgili daire üyelerine davayı aydınlatma ödevi yüklemiş midir? HMK 369. maddesi, temyiz incelemesinin ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir, maddenin ikinci fıkrası duruşmalı inceleme yapılabilecek durumları düzenlese de, dördüncü fıkrasında, ikinci fıkra hükmü ile bağlı olmaksızın, "bilgi almak üzere" resen de duruşma yapılmasına karar verilebilir şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda, davada aydınlanmamış bir dava malzemesinin temyiz aşamasına aydınlanmadan ulaşması olanaklı olup, bu belirsizlik ve/veya çelişkinin temyize konu edilmesi yani temyiz gerekçesi yapılması da olanaklıdır. Bu durumda, temyiz incelemesi, sırasında, kendiliğinden davanın taraflarının davet edilmesi, soru sorulması, açıklatma yapılması olanaklıdır. Ancak temyize dair hükümlerde tahkikat yapılmasının düzenlenmemiş olması karşısında, yeni delil ibrazı aslında temyiz incelemesi için uygun bir kurum olmayacaktır. Temyizde, istinaf mahkemesi kararının bozulmasına karar verildikten sonra yeni karar ihdas edilmeyip, dosyada bozma kararı verilecek, geri gönderilecektir. Bu durumda, bölge adliye mahkemesince veya ilk derece mahkemesince temyizde işaret edilecek yeni delilin toplanması, değerlendirilmesi ve bu değerlendirme sonucu dava aydınlanmışsa

yeni bir kararın verilmesi gerekecektir. Resen bilgi istenmesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yeni delil ibrazı dışında kalan işlevselliği içinde yani sadece taraflara belirsiz ve çelişkili dava malzemesi hakkında soru sorulması, açıklama yaptırılması faaliyetleri ile sınırlı olarak uygulanacağına dair düzenleme olduğu kanısındayız.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR,ÖDEVİN ARAÇLARI, ÖDEVİN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

§ 10.HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN SINIRLARI

A-ZAMAN BAKIMINDAN SINIRLARI

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin zaman bakımından uygulaması konusunda öğretide, usûl ekonomisi ilkesinden yola çıkılarak yapılan değerlendirmede hüküm verilmeden önce bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği, aslında olanak oldukça bu ödevin erken yerine getirilmesinin yararlı olacağı, böylece gereksiz yere masraf yapılması ve zaman kaybı meydana gelmeyeceği ileri sürülmüştür; bununla beraber hem HUMK 75/2. madde hem de meri HMK 31. maddede hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama zamanı ise açıkça düzenlenmiş değildir[1274].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi yönünden, zamanlama açısından yapılan bir değerlendirmede ise, bu ödevin dilekçeler aşamasında fiilen ifa edilemeyeceği, özellikle yazılı yargılama usûlünde dilekçeler aşamasında tarafların iddia ve savunmalarını değiştirip genişletebileceği belirtilmiştir; bu temelde özellikle Ön inceleme aşamasında ve devamında tahkikat aşamasında belirsizlik ve çelişkilerin tespiti halinde giderilebileceği, vakıaların, çekişmeli-çekişmesiz olay unsurlarının ve taleplerinin netleşeceği bir aşama olarak Ön inceleme aşaması elverişli bir aşama olarak kabul edilmektedir[1275]; zira Ön inceleme, tahkikat aşaması için hazırlık dönemi olarak benimsenmekle, iddia ve savunma konuları ve temelleri

[1274] Meriç, Aydınlatma, s. 409
[1275] Karaaslan, s. 157; Umar- Şerh, s. 403

belirgin olmalıdır ki, tahkikat aşaması da bu esasa göre yürütülebilsin[1276]. Hangi olayın, hangi unsurunun ispatlanacağı tespit edilmeden, dosyaya sunulan delillerin neyi temsil ettiği de değerlendirilemez. Örneğin, bir paranın banka aracılığı ile ödendiği iddiası nedeniyle banka kayıtlarının celbinde yapılacak değerlendirme ile, bir kişiye destek olmak için yapılan ödemelerden söz edilen bir hukuki ilişkiye dair yapılacak değerlendirme bir birinden farklı olacaktır. Celp edilecek delildeki belirsizlik ve çelişkilere yönelik ilave delilin HMK 31.maddeye göre istenmesi için öncelikle uyuşmazlığın belirli ve çelişkisiz olması gerekir.

Alman Hukukunda hâkimin davanın erken aşamalarında uyarı yapma görevi, mahkeme uyarılarının hazırlık önlemleri içine dâhil edildiği sürece; o zamana değin mevcut kanunda düzenlenmiş olan, doğru zamanda tarih belirleme görevinden çıkarılabiliyordu (ZPO 273/ 1). Kanun koyucu uyarma görevi için bunu artık; ZPO md.273 par.11 fıkra 1'in veya ZPO md.139 par.1 fıkra 2deki tarafların açıklama görevine koşut olarak doğru zamanda kavramıyla ortaya koyduğu gibi değil, ayrıca kullanılmış olan "olabildiği kadar erken" söylemiyle açık-seçik biçimde belirginleştirmiştir. Mahkemenin, tarafları, getirdiklerindeki noksanlıklar konusunda ne zaman uyaracağı sorusu; her bir davada davanın durumuna göre cevaplandırılmak zorundadır. Mahkeme; tarafın getirdiklerinde noksanlıklar veya gözden kaçırılmış ya da önemsiz olarak algılanmış nitelemeler gördüğünde, derhal bunlarla ilgili uyarı yapmak zorundadır. Bir uyarıda bulunma gereğinin farkına varıldığı zamanın hemen ertesinde hiç beklemeden tarafı haberdar etmek; ZPO yd md.139 par.4 fıkra 1 uyarınca zorunludur. Şikâyet dilekçesinin alınmasından sonra kuşkulu hususlarla ilgili olarak dinlenebilirlik uyarısı yapılması gerekirken beyan noksanlarında önce karşı tarafın cevabının beklenmesi gerekir[1277].

[1276] Türkmen, Ali: Özel Hukuk Muhakemesinde Tahkikat Aşaması, Ankara 2016, s. 18
[1277] Hannich,Rolf/ Meyer-Seitz, Christian/ Engers, Martin, ZPO-Reform: Einführung Texte- Materialien, Köln, 2002, s. 17

Öğretide, Ön inceleme ile başlayan bu süreçte, hüküm verilinceye kadar hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama alanı bulabileceği belirtilmişse de[1278], istinaf aşamasında, ilk derece yargılamasında belirsiz veya çelişkili kaldığı için hatalı hüküm tesisine neden olan, vakıaları temsil eden ispat araçlarının veya taraf beyanlarının yeniden değerlendirilmesinde HMK 31. madde izinden başka iz aranması kanımızca yersizdir, bu anlamda HMK 31. madde uygulamasının ilk derece yargılama ile sınırlı kabul edilmesi de bizce hükmün amacı ile bağdaşmayacaktır. Ancak hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, zaman yönünden sınırsız olacağını söylemek de yargılama aşamalarındaki bazı kurumların da amacı dışına çıkılmasına neden olabilir. Gerek istinaf[1279] gerekse temyiz aşamalarında yukarıda kanun yolu dilekçelerinde incelediğimiz gibi, HMK 31. madde uygulaması olanaklıdır. Belirttiğimiz gibi, istinaf aşamasında 356. madde gereğince duruşma yapılaması esastır ve duruşmada 360. madde yollaması ile tarafların dinlenmesi başta olmak, tahkikatın yeniden yapılmasında deliller üzerinde de HMK 31. madde uygulaması söz konusu olacaktır. Ayrıca gene öğretide hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama sınırı olarak gösterilen

[1278] Karaaslan, s. 159

[1279] İstinaf aşaması yönünden, Alman Hukuku'nda, sadece istisnai durumda istinaf mahkemesi; ZPO md.5291/2'deki cümle gereğince ve aynı madde no.2 gereğince taraflarınkinden farklı kendi takdirini birinci derece mahkemesininkinin yerine koyabilir, Koch, s.20-21, maddi vakıa tespitini etkileyen yapılmamış veya eksik yapılmış uyarılar; ZPO md.529 par.1 no.1 ve md.531 par. 2 fıkra 1 no.2 bağlamında önemlidir. Bir usûl eksikliği yüzünden ilk derece mahkemesinde iddia ve savunma vasıtaları ileri sürülmemişse; Md.531 par.2 fıkra 1 no.2'ye göre yenilerinin ileri sürülmesi caizdir. Bununla; ilk derce mahkemesi hâkiminin hatalı dava yönetimi nedeniyle tarafın kendini, belirli bir beyandan vaz geçmek zorunda görmeye yöneltildiği durumlar veya ZPO yd md.139 gereğince emredilen ve ilk derece mahkemesinde belli bir beyanda bulunma vesilesi yaratabilecek olan uyarıların yerine getirilmemiş olduğu durumlar söz konusu edilmektedir, Musileak/Stadler, §531, Rn. 18 ZPO md.531 par.2 fıkra 1'e göre bunun ötesinde yeni iddia ve savunma vasıtalarına; bu vasıtalar bir ilk derece hâkimi tarafından açıkça gözden kaçırılmış veya önemsiz görülmüş bakış açısını ilgilendiriyorsa ve bu nedenle ilk derece mahkemesinde beyan edilmemişlerse, beyan edilebilirler. İstinaf mahkemesi hukuki durumu ilk derece mahkemesinden farklı olarak değerlendirecek olursa ve kendi hukuk anlayışı temelinde bir değerlendirme için birinci derece mahkemesinde yapılmış yeterli maddi vakıa beyanı eksikliği mevcutsa bu grup olaylar her zaman için konuyla ilgilidir. Böyle bir olayda istinaf mahkemesi; kendi farklı hukuk anlayışı ile ilgili olarak uyarıda bulunmalı ve taraflara, bununla ilgili tutumlarını ifade edebilmeleri için fırsat vermelidir (ZPO yd md.139 par.2) Musileak/Stadler, §531, Rn.17. Taraf kendiliğinden, ilk hâkimin gözden kaçırdığı veya önemsiz gördüğü hukuki bakış açıları konusunda yeni beyanlarda bulunacak olursa no.1'deki beyan edilmeye cevaz verme şartları gene de yerine getirilmiş olur[1661]. Bu olayda, bu bakış açılarını gözden kaçıran veya önemsiz gören; taraf değil ilk derece mahkemesi hâkimidir. Burada ZPO yd md.139 par.2 gereği olan uyarma görevi söz konusu değildir. Çünkü buna göre mahkeme; sadece tarafça gözden kaçırılan veya önemsiz görülen bakış açıları ile ilgili olarak uyarılarda bulunmak zorundadır, Liu,s.450

sözlü yargılama aşaması[1280] açısından bir sınır olduğu kanısında değiliz, zira sözlü yargılama aşamasında, hâkim belirsizlik veya çelişkiyi tespit edebilir, taraflar da davadaki maddi veya hukuki belirsizliği, çelişkiyi hâkimin dikkatina sunabilir, hâkim de bu konuda aynı kanıya vardığında yeniden tahkikat aşamasına dönmesi için yasal bir engel bulunmamaktadır.

Bir delilin, bir beyan veya vakıanın hukuki veya maddi açıdan belirsizlikler ve çelişkiler içinde olmasına karşın yargılama aşamaları süresince sanki belirli veya çelişkisiz gibi yorumlanması, aşamaları bu şekilde geçmesi, hâkim kanaatine etki eden etmenlerin varlığı değerlendirildikçe olanaklı görülmelidir. Örneğin, işçi alacağı davasında, talebin kıdem tazminatı olduğu bir davada, iş sözleşmesinin sona erme şekli iş mevzuatı gereği kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmama yönünden önemlidir. Dava süresince, bu noktada hâkim, hep işverence gerekçe göstermeden aktin feshedildiği şeklinde bir yoruma gitmiş olabilir. Tanık beyanlarına itibar etmeden, takdiri bir delil de olduğu için karar aşamasına gelebilir, karar verdikten sonra istinaf aşamasında ise, gene bu olgu göz ardı edilmiş olabilir. Önyargılarla dolu ilk derece hâkimine karşın istinaf derecesinde bu noktaya dikkat çekilebilir. Bu konuda yargılamaya istinafta devam edilirken uyuşmazlığın bu temel noktasının aydınlatılması için delil toplanması da veya taraf beyanlarının değerlendirilmesi için açıklanma istenmesi, soru sorulması olanaklı görülmektedir. Bu halde, istinaf aşamasında da hâkimin davayı aydınlatma ödevinin varlığından söz edilebilir[1281]. Temyiz aşamasında da, duruşma aşamasında Yüksek Daire'nin soru sorması, açıklama istemesi olanaklı ise de, yeni delil sunulmasının istenmesi kanımızca olanaklı olmayıp, bozma kararı verilerek aydınlatma faaliyetinde yere mahkemenin görevine işaretle yetinilecektir.

Öğretide, gene katıldığımız üzere, her ne kadar istinaf aşamasında yeni delil ve yeni vakıa getirilemeyeceği yasakoyucu iradesi ile normlaşmışsa da, ilk derece mahkemesinde usûl

[1280] Karaaslan, s. 159
[1281] Akil, İstinaf Kavramı, s. 310

kurallarına uygun olarak sunulmasına karşın, mahkemece değerlendirilmeden reddedilen ya da zorunlu bir nedenle yerel mahkemedeki yargılama sırasında sunulma olanağı olmayan delillerin istinafta incelenebileceği[1282] olanaklı görülmüştür[1283]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini ihlal ederek, davada, örneğin iddianın ispatlanamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiş olması halinde, veya ispatlanmadığı halde davayı kabul etmiş ise, burada davanın aydınlanıp aydınlanmadığı istinafa konu edilebilecektir. Belirsiz tanık ifadeleri ile bir olayı anladığını sanarak karar veren hâkimin tanıkları yeniden sorgulamamış olması, tanıkların açık ve anlaşılır bir bilgi vermemesine karşın, hâkim algısı ve zihninde alınan beyanların yeterli görülmesi uyuşmazlığa konu olayın dava dosyasına yeterli açıklıkta yansımasını sağlamadan karar verilmesi durumunda istinaf yargılamasının bu yönü istinaf konusu edilmesi halinde yeniden değerlendirilecek ve aydınlatma faaliyetine geçecektir.

Temyiz aşamasında da aydınlatma faaliyetinin ancak mürafaa olarak adlandırılan temyiz duruşması sırasında icra edilebileceği düşüncesindeyiz. Burada yeni delil istenmese bile Yargıtay Hukuk Dairesi başkan ve üyelerinin duruşma sırasında temyiz edene veya diğer tarafa, temyiz dilekçesinde anlaşılmayan belirsiz, çelişkili yönleri açıklamasının istenmesi veya bu amaçla soru yöneltilmesi, hem HMK 31.maddenin bir gereği olup, hem de temyiz dilekçesinin bir metin olarak doğru değerlendirilmesine dair HMK'da bir engelin olmaması karşısında kabul edilebilir usûli işlem olacaktır.

1282 ***"MADDE 357-*** *(1) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde karşı dava açılamaz, davaya müdahale talebinde bulunulamaz, davanın ıslahı ve 166 ncı maddenin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak üzere davaların birleştirilmesi istenemez, bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılamaz.*
(2) Bölge adliye mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılamaz.
(3) İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir." Ayrıca duruşmasız olarak yapılacak incelemelerde dosya üzerinden değerlendirmede yapılacağı haller arasında 353. maddenin 1-6 bendinde "*Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması "* belirtilmiştir.
1283 Meraklı Yayla, s. 102

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi içinde, taraflarla yapacağı müzakere ve uyarıların kapsamı da ölçülü olmalıdır. Hâkimlerin, ana ilke olan hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereğini yaparken iş yükü fazlalığı gerekçesiyle, HMK 31. maddesinde gösterilen uyarma ve aydınlatma ödevlerini kısaltamayacakları belirtilmiştir. Ancak hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamı gene de; davanın aşırı derecede sürüncemede kalacağı ve hâkime da aşırı derecede iş yüklenmesi boyutlarında tutulamaz. Aslında sübjektif hakkın uyarma görevleri aracılığıyla korunması gerekir ve hukuku doğru belirlemek hâkimin görevidir. Fakat bu gene de hâkimin davayı haksız yere uzatabileceği ve hasmın ve diğer hak arayanların çıkarlarını gözetmeksizin ne pahasına olursa olsun hukuku belirleyebileceği demek değildir. Öğretide ileri sürüldüğü gibi[1284], yargılama sırasında, aşırı uzun bir hukuki müzakerenin yürütülmesi, usûl ekonomisini sarsar ve hâkimin yükünün artmasına yol açar. Bunun dışında hâkim, ZPO 139/2. maddesi gereğince özel olarak atlanmış veya gerekli görülmemiş tavsiflerle ilgili hatırlatmalarda bulunmak ve taraflara konuşma fırsatı sağlamak ve aynı şekilde onları hukuki tavsiflerini dinlemek zorundadır. Ama taraflarla kararına dair görüşünü açıklayıp yol göstermeye neden olabilecek hukuki değerlendirmeler yapmak, taraflarla teorik tartışmalar yapmak zorunda değildir[1285]. Tarafların kendilerinin gözden kaçırdıkları veya önemli görmedikleri yaklaşımlara hâkimlerin işaret etmesi Alman hukukunda istenmişse de, Türk Hukuku yönünden hâkime yüklenmiş böyle bir görev de bulunmamaktadır; müzakere ödevinin aslında HMK 27. maddesi gerekçesi ile Türk Hukuku'na girmesine bağlı olarak davada gelinen aşama ve aydınlanıp aydınlanmadığına dair bir karşılıklı konuşma yolundan başka bir yola gidilmesi de beklenmemiştir.

Sonuç olarak, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin zaman yönünden sınırları ile ilgili olarak, aslında kural olarak bir sınırlamanın olmadığını, temyiz aşaması da dahil olmak üzere

[1284] Pawlowski, s. 348 vd.
[1285] Liu, s. 54

hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulama alanı bulabileceğini ifade etmek bizce olanaklıdır.

B.İKİNCİ TANIK LİSTESİ SUNMA YASAĞI VE HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

HMK 240/2. maddesinde düzenlenen ikinci tanık listesi verme yasağına göre, tanıkların ad ve soyadları ile adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunduktan sonra ikinci bir liste verilemeyeceği kural olarak getirilmiştir. Bu hüküm mülga HUMK 274. Maddesinde de aynı şekilde düzenlenmişti. Madde gerekçesinde, bu yasak ile ilgili olarak kuralın "kesinliği" ve "kamu düzeninden olduğu" işaret edilmiştir ve hâkimin bu yasağı kendiliğinden nazara alacağı, bu hükmün davaların makul sürede bitirilmesi açısından usûl ekonomisine hizmet ettiği belirtilmiştir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından ikinci tanık listesi yasağının ilgisi, hâkimin HMK 31.maddesi gereğince yeni delil sunulmasını istediğinde, davada tüm tanıklar dinlenmiş olmasına karşın tarafa delil sunulması için süre verdiğinde bu delilin tanık delili olup olamayacağı yönünden önem taşımaktadır. Bu konuya değinmeden önce, bu yasağın tüm dava konusuna temel olan vakıaları kapsayıp kapsamadığı ile, belli vakıa için tek liste ama ikinci vakıa için ikinci listenin kabul edilip edilmeyeceği temelinde inceleme yapmak gereklidir.

Öğretide, dava konusunu oluşturan birden fazla vakıa dava sebebi olarak davada sunulmuşsa, her bir vakıanın ispatı için ayrı ayrı tanık listesi verilebileceği[1286] ve tarafça istem halinde tüm vakıalar için tek bir tanık listesi verebileceği ileri sürülmüştür[1287]. Ayrıca Yargıtay, ıslah ile de ikinci tanık listesi verilemeyeceğini kabul etmektedir[1288]. Ancak davanın

[1286] Yılmaz, Şerh, s.2675
[1287] Ertarhan, s. 192, Postacıoğlu/Altay,s.649, Pekcanıtez,Usûl, s. 1889
[1288] HGK, 23.11.2015 tarihli 21356/33086 sayılı içtihadı, nakleden Kuru, Ders Kitabı, s. 302

tümden ıslahı durumunda, dava sebebi olan olaylar değiştirilmişse ya da kısmi ıslah ile yeni vakıalar ileri sürülmüşse, bu durumda yeni vakıalar için tanıklar sunulabilecektir[1289]. İkinci tanık listesi verilmesinde, istisnai diğer durumlar da, tanık listesinde gösterilen tanıkların tamamının tanıklık yapmaktan kaçınması veya ölmeleri gibi hallerde ikinci tanık listesi verilmesi olanak içerisinde görülmüştür[1290].

Davanın aydınlatılması temelinde ortaya çıkacak bir sorun da, belirsiz ve çelişkili dava ve cevap dilekçeleri ile, ikinci cevap, cevaba cevap dilekçelerinde tanık listesi sunulmasından sonra, Ön inceleme aşamasında, somutlaşan olaylara dair farklı tanıkların dinlenmesi gerektiği anlaşılırsa veya taraflarca bu istemde bulunulursa, bu durumda, ikinci kez HMK 140/5. maddesi kapsamında süre verilip verilmeyeceği sorunudur. Bu temelde, Ön inceleme aşamasından önce, tanık listesinin dilekçelerde verilmiş olması durumunda HMK 140/5. maddesine göre tanıkların gösterilmesi için süre verileceğinden öğretide ikinci kez tanık listesinin bu süre içinde verilebileceği ileri sürülmüştür[1291]. Bu temelde ispat hakkı ve bu hakkın temelindeki hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin de önlenebileceği belirtilmiştir. Ancak 7251 sayılı yasanın 13. ve 14. maddeleri ile HMK 139. ve 140. maddelerde yapılan değişikliklerle bu görüşlerin temelini yitirdiğini ileri sürmek olanaklıdır.

İkinci tanık listesi ile ilgili olarak, HMK 145. maddesine göre sonradan ulaşılan delilin sunulması koşulları söz konusu ise, öğretide bazı görüşler[1292]tanık delilini, daha önce tanık listesi verilmiş ise bu hüküm dışında görmektedir, ancak bir diğer görüşe göre ise[1293] ikinci tanık listesi verilmesi, HMK 240. maddesi makul sürede yargılanmayı hedeflediği ve HMK 145.madde koşulları içinde gene aynı amaca ulaşılmak istendiğinden 145. madde koşulları ile sınırlı olarak ikinci tanık listesi verilmesine engel olunmamalıdır, ayrıca aynı

[1289] Pekcanıtez, Usûl, s. 1889
[1290] Yılmaz, Şerh, C.3, s.2676
[1291] Yalabık, Mihder, s. 385; Erdönmez, s. 25, Bolayır, s. 408
[1292] Bolayır, s.425; Kuru/ Arslan/Yılmaz, s. 369
[1293] Yalabık, Mihder, s. 387-388

görüş açıkça davayı hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde hâkimin delil listesinde yer almasa da belirli delillere işaret eden ve usûle uygun olarak davaya gelmiş dayanaklarının varlığı durumunda ilgili gördüğü kişiyi kendiliğinden tanık olarak hâkimin çağırması ve dinlemesinin olanaklı olduğunu belirterek ikinci tanık listesinin HMK 145. madde yönünden uygulanmasının gerekmeyeceği belirtilmiştir[1294].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ikinci tanık listesi verilmesi yasağı arasındaki ilişkinin çözümünde temel nokta, hâkimin kendiliğinden davanın aydınlanmadığını gerekçe göstererek tanık gösterilmesi için taraflardan ispat yükü düşen tarafa süre vermesi veya açıkça tanık deliline işaret etmeden delil sunulmasını istediği durumda, tarafın daha önce tanık listesi sunmuş olmasına karşın ikinci tanık listesinin olanaklı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Aynı vakıa için olmamak şartı ile farklı vakıalar için farklı tanık listelerinin aynı davada verilebileceğine kanaat getirildiği ve bu konuda baskın görüş haline geldiği anlaşılmıştır. Asıl sorun, aynı vakıanın ispatlanması için liste ile sunulan tanıkların ifadelerinin yeterli gelmemesi, dinletilmek istenen olaya dair belirsiz ve çelişkili ifadeler vermesi durumunda hâkimin delil sunulmasını isteyip istemeyeceği konusudur. Böylesi bir durumda, hâkim, aynı tanıkları yeniden çağırıp dinleyebilir, sorular ile çelişkileri ve belirsizlikleri giderebilir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ikinci tanık listesi yasağı arasındaki temel tartışılması gereken nokta, kanımızca hâkimin bu yasağı aşacak şekilde, "yeni tanık" isteyip isteyemeyeceğidir. Aynı tanığın defalarca sorgulanması, çeşitli sorular ile açıklamalar istenmesi, belirsiz ve çelişkili ifadesinin aydınlatılması için duruşmaya çağrılması olanaklıdır. Bu anlamda, mevzuatta ve uygulamada bir sınırlamaya henüz isabet edebilmiş değiliz. Sorun, dinlenen bu tanıkların, aydınlatılsa, yani belirsizlik ve çelişkiden arındırılsa bile, aynı konuya aynı vakıaya ilişkin bilgilerinin yetersiz gelmesi, olay detayları, unsurları ve uyuşmazlığın çözümünde gerekli noktalarından yoksun olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu sorun ele

[1294] Yalabık, Mihder, s. 387

alınırken, öğretide ileri sürüldüğü gibi, HMK 145. maddesinden hareket ederek hâkimin davayı aydınlatma ödevi yani HMK 31. maddeyi, ikinci tanık listesi yasağına bir istisna olarak uygulanabileceğinin kabul edilebileceği belirtilebilir. Bir başka açıdan ise, böylesi bir durumda, ikinci tanık listesinin sunulması, kamu düzenine aykırı görüldüğünden, hâkimin bu konuda ispat yükü kendisine düşen taraf yönünden dinlenen tanık beyanları yetersiz de olsa, tanık deliline dayalı hüküm veremeyeceği ileri sürülebilecektir. Bu noktada analizi ve olasılıkları arttırmak gereklidir. Kamu düzeni kavramının ardının da, hükmün amacı yönünden ele alınması gereklidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi de yerine göre kamu barışı, adil yargılanma hakkının sağlanması ve bazı görüşlerce maddi gerçeğe ulaşma amacı taşıdığı, taraflar arası özel hukuk ilişkisine müdahale ederken, uyuşmazlığın çözümünde kamusal yararın değerlendirilmesi ile hukuk düzeninde yerini almıştır. Kamu düzeni yönünden, ikinci tanık listesi sunma yasağı, usûl ekonomisi ilkesinin korunması düşüncesi ile benimsendiği HMK 240.madde gerekçesinde belirtilmiştir. Burada iki kamu düzeni koruma amacı karşı karşıya gelmektedir. Kanımızca, bu noktada denetlenebilir bir takdir yetkisi hâkime bırakılarak, ilk tanık listesindeki tanıkların bilgi eksikliğine bağlı olarak olay aydınlatılamamışsa, bu tanıklardan sonra yeni delil sunulması veya doğrudan tanık sunulması hâkim tarafından istenip istenmeyeceği noktasında, ilk listeyi sunan tarafın bu tanıkların bilgi ve görgüsünden haberdar olup olmadığı ya da haberdar olup olamayacağı değerlendirilmelidir. Anılan taraf, bu konuda tanık ile daha öncesinde görüşerek vereceği ifade konusunda, uygulamadaki hayatın olağan akışı içinde görülen durumların aksine, mevzuat gereğince bilgi verme, yol gösterme yapamayacaktır. Ancak tarafın tanığa, tanık listesinde yer vermeden önce konuşması, tanığa tanıklık yapacağını iletmesi, adresini bulması, hatta duruşma öncesinde duruşmaya hazır ederek getirmesi olanağı yasaca verildiğine göre, “yönlendirme” dışında, taraf ile tanık arasındaki ilişkisinin mutlak bir yasak içinde olmadığı düşünülebilir. Tarafın

tanıklarını dilekçesine eklemeden önce tanığa bilgisinin yönü ve içeriğine dair soru sorması, mahkemeye anlatmasını istemesi de yönlendirme olmayacaktır. Bu soru ve bilgi istemeler sırasında, "hayır öyle değil" ya da "bunu böyle ifade etmeyelim de şöyle diyelim" diyerek ifadeyi değiştirmeye, kısmen veya tamamen bilgi gizlemeye yöneltmesi kabul edilmeyecektir. Tanık ile taraf arasında böyle bir bilgi ölçümü yapılıp yapılmadığına, ya da yapılmayacağına dair koşulların aydınlatılmasından sonra hâkimin ikinci tanık listesi sunulmasına HMK 31. maddeden yola çıkarak karar vermesi kabul edilebilir. İkinci tanık listesi verilmesine ilişkin yasak kamu düzeni ile ilgilidir. Ancak bir davanın aydınlanmaması, uyuşmazlığın sadece bu nedenle belirginleştirilememesi ve ispat yükü kendisine düşen tarafın aleyhine fakat gerçeğe aykırı karar verilmesi, uyuşmazlığın çözümü sonradan temin edilen tanıklarla olanaklı iken bunun gerçekleştirilmemesi HMK 145. maddesinin amacına da aykırı olacaktır.

Tarafın tanık ile görüşme olanağı yoksa, örneğin bir trafik kazasının oluşumu sonrasında açılan bir tazminat davasında, tarafın hastanede tedavi sürerken vekili tarafından tanık araştırması yapıldığı halde olay yerinde kişilerin kalıcı olmaması, kamera kaydı bulunmaması nedeniyle savcılık dosyasında ilk ifade veren tanıkların hukuk mahkemesinde dinlenmesi için mecburen tanık olarak gösterilmesi sonrasında, bu tanıkların tüm sorgulamalara ve açıklama istemelere rağmen hâkim huzurunda belirsiz ve çelişkili ifadelerinde ısrarcı olmaları karşısında, sonradan olay yerinde olduğu anlaşılan ve tanıklık yapmayı kabul eden bir kişinin tarafça veya vekilince yapılan sorgulamada bilgi ve görgüsünün tam olduğu anlaşıldıktan sonra, bu belirsizlik içeren ve çelişkili olay anlatımlarına rağmen hâkimin, ikinci liste olarak sunulan, sonradan ortaya çıkan tanığın sorgulamalar ile gerçekten bilgi ve görgü sahibi olup olmadığının ve sonradan gösterilmesinin kabul edilebilir bir engelden dolayı ilk listede gösterilmediğinin "doğruluğunu" denetlemesi gerekir. Bu konuda, ikinci tanık listesi yasağının gerekçesi olan kamu düzeni ihlali endişesine neden olan, yargılamanın uzaması sonucu ile karşılaşılması yani usûl ekonomisi ilkesini ihmal

etmemek için ikinci listeyi sunan tarafın isteminin kabulü veya ilk listedeki tanıkların ifadelerinin davayı aydınlatmaması üzerine hâkimin sunulmasını istemesi yönünde, aynı liste ile birlikte, değerlendirmeye uygun ispat araçlarının birlikte sunulması istenmelidir. Yukarıdaki trafik kazası örneğinde olduğu gibi, sonradan ortaya çıkan tanığın olay yerinde "bulunduğunu", ilk seferde taraf ile görüşmediğini veya görüşme olanağının olmadığını, örneğin olaydan hemen sonra yurtdışında olduğunu ispatlaması gerekir ki, böyle bir durumda pasaportunu göstermesi kanıtlayıcı olabilecektir. Aksi durumda, yani tanığın ilk seferde gösterilmesinin olanaklı olmadığının ve bu konudaki mazeretinin ispatlanamaması halinde ikinci tanık listesindeki tanıkların dinlenmesi kabul edilmemelidir. Hâkim tarafından davanın aydınlanmadığı gerekçesi ile ikinci tanık listesinin sunulmasının istenmesinin kabul edilebilmesi için ilk tanıkların taraf ile görüşme olanağının olmamış olması, bunun hâkim tarafından HMK 31. maddeyi, kendisine verilen bir ödev olması nedeniyle kendiliğinden ilk tanıklar ile yaptığı sorgulamalarda tespit edebilmiş olması gereklidir. Bu tespitten sonra, tarafın adalet arayışı içinde üzerine düşen ispat yükünü iyiniyetle yerine getirme çabası da kamu düzeni yönünden davayı uzatma amacı taşımaması şartıyla ki, bu çaba bu amaçtan uzaklaşılmış olduğunu gösterir, korunmalıdır. Bu koşullarda hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde ikinci tanık listesi sunulmasının kabul edilebileceği kanısındayız.

§ 11. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN ARAÇLARI

A.GİRİŞ

Hâkim, davadaki hukuki ve/veya maddi belirsizlik ve çelişkiyi giderirken, HMK 31.maddesi, hâkime soru sorabileceğini, açıklatma yaptırabileceğini ve delil gösterilmesini isteyebileceğini düzenlemiştir. Hâkimin, davayı aydınlatma ödevi kadar, bu ödevin yerine getirilmesinin somutlaştırılması da önem taşımaktadır. Taraflarca getirilme ilkesi ve tasarruf ilkeleri karşısında davadaki belirsizlik ve çelişkilerin varlığına rağmen hâkimin pasif yani edilgen kalmamasının gereği ve önemi incelendiğinde, ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. Bu

ödevin yokluğunda, hâkimin harekete geçmesinin hukukiliği nasıl tartışma konusu olacaktı ise, aynı şekilde aydınlatma araçlarının düzenlenmemiş olması da benzeri bir hukukilik tartışmasını, araç seçiminin isabetini de tartışmayı beraberinde doğuracaktı. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin düzenlendiği ama amacının düzenlenmediği bir medenî yargılama sisteminde, hâkimin keyfi davranmasının önüne geçilemeyecek olduğu gibi, hâkim için de, sınırsız bir bilgi temini, belirli ve çelişkisiz hale getirme yöntemi de uygulanabilir hale gelecekti. Bu da, medenî yargılama hukukunun amacına dair benimsenen görüş ile doğru orantılı olarak doğruluğu değerlendirebilecek bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşılmasını benimseyen görüşe katılındığında, aydınlatma araçlarının sınırlı sayıda olması hükmün amacı ile uyumlu olmadığı eleştirisi ile karşılaşılabilir. Ancak adil yargılanma hakkının sağlanmasının bir amaç olarak kabulü halinde ise hâkimin taraflarca getirilme ilkesine aykırı davranmasında daha hassas ve keyfiliği önleyici düzenlemeler yapılması gerekebilecektir.

Türk Hukukunda, HMK 31. maddesinde egemen ilke olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi düzenlenirken araç olarak tarafları muhatap alarak soru sorabileceği, açıklama yaptırabileceği ve taraflardan delil getirmelerini isteyebileceği düzenlenirken, hâkimin tanıklara soru sorması ve uyuşmazlık konusuna dair bilgiyi dosyaya getirmesinin de bu ilkenin bir uygulaması olduğu düşüncemizi sunmuştuk. Ancak Türk Hukuku, Alman Hukuku'ndan farklı olarak " tamamlatma" aracını kullanma yönünden bir düzenleme içine girmemiştir. Alman Hukuku, soru sorma ve açıklatma ödevlerinin yanı sıra, " tamamlatma işlevi" de düzenlemiştir. Alman Hukuku'nda davanın taraflarının hukuki sebep bildirmesi gerektiğinden, soyut norm ile somut olay arasındaki betimlemelerin örtüştürülmesi, koşul olayların var olup olmadığının belirli hale getirilmesinde tamamlama önemli olabilecektir.

HMK 31. maddesinin araç olarak düzenlediği bir kurum da, davanın tarafının delil getirmesi aracıdır. Bu araç davada özellikle ispat ölçüsünün yerine getirilmesine hâkimin

teksif ilkesini ihlal etmeden davanın aydınlanması için başvurabileceği bir kurumdur. Bir davada aranan, hâkimin vicdani kanaatinin oluşumu için gerekli olan ölçüye ulaşılamadığı noktada, hâkimin ispat yükü kendisine düşen taraftan delil sunmasını istemesinde gerekli kriterler incelenmiştir.

B. SORU SORULMASI ARACI

I.Genel Olarak

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında, uyuşmazlık konusu bir olayın belirsizlik ve çelişkiden arındırılarak aydınlatılması için gerek taraf gerek tanık gerekse bilirkişi ve uzman görüşü veren uzmandan bilgi alınması yollarından biri soru sorulmasıdır. Tanıklar, bilirkişi, uzman görüşü veren uzman ve taraflar bu anlamda sorunun muhatabı konumundadır.

Sorgu, sorguya çeken kişinin, sorguya çektiği kişiyle kamu görevi nedeniyle karşılaşması ve bu görevi gereğince bilgi istemesi olarak tanımlanmıştır[1295]. Doğrudan sorgu, tanımlamada bir yanın iddiasını kuvvetlendirmek ve kendi lehine delil sunması için getirdiği tanığı sorgulaması, kendi iddiasını kanıtlayacak konuları ortaya koyduğu bir yargılama süreci olarak tanımlamıştır[1296].

Gerek tanık, gerekse taraf olsun, soru bilgi edinmek için sorulmaktadır; ister hâkim tarafından isterse HMK 152. maddesi gereği taraf vekilince soru sorulduğunda, yargılamanın uzamaması, bu temelde usûl ekonomisi ilkesinin ihlal edilmemesi için soruların formülasyonunun amaca uygun olması gereklidir. Bu sebeple medenî yargılama mevzuatında açık bir sorgu formulasyonu düzenlenmemesi, bizi ceza yargılaması hukukundaki çapraz sorgu yöntemleri ve soru türlerinden yararlanmaya yönlendirmektedir. Soru sorma aracı

[1295] Sarısözen, s.71
[1296] Sarısözen, s.74

açısından HMK, soru biçimselliğine dair yasal bir düzenleme içermemektedir, zaten biçimselliğin sayısız çeşitteki uyuşmazlık karşısında verimsiz kazuistik bir çaba olacağı da kuvvetle öngörülebilir. Soru sormak, aslında hâkimin mesleki yeteneğinin ve yeri geldiğinde yaşam deneyiminin etkileri ile çeşit ve isabetini bulacak bir yeti olarak uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Hâkimin, yargılama sürecinde, belirsizlik ve çelişki karşısında, bunları giderebilecek üç yolundan biri olan soru sormayı, gerek taraflara gerekse delillere yönelik kullanabilecektir. Sorunun muhatabının anlayabileceği, algılayabileceği sorunun oluşturulması gereklidir. Bu sorunun yukarıda incelediğimiz sınırlar içerisinde özellikle tarafın iddia ve savunmasını değiştirip genişletecek şekilde tarafa yönlendirilmemesi gerekecektir. Sorunun muhatap algısı içinde kendi beyanı ile uyuşmazlığı aydınlatacak bilgisi veya iradesini uyumlaştıracak, örtüştürecek bir içeriğe sahip olması, gidereceği belirsizlik ve çelişkiyi arttırmaması, her şeyden önce sorunun anlaşılır ve açık olması gerekir. Hangi soruların yöneltilmesinin ve hangi bilgilendirmelerin yapılmasının gerekeceği, tamamen somut davanın özelliklerine bağlıdır. Mahkemenin ne ölçüde aktif olacağı ise, ihtilaf ilişkisinin içeriği ve tarafların açıklamalarına bağlıdır. Buna göre, mahkeme, tarafların sunumunda buna dair karine yoksa, muhtemel bir zamanaşımı define ilişkin bilgilendirme yapması mümkün değildir[1297].

II. Sorunun Oluşturulması ve Niteliği

Maddi gerçeğin bulunmasını temel amaç edinen ceza hukuku yargılamasında, bir olayın hâkimdeki tereddütleri giderecek ölçüde anlaşılmasında soru ve sorgulama önem taşımaktadır. Ceza yargılamasında CMK 59/1. maddesi gereğince, tanığa söz kesilmeden önce anlattırıcı soru[1298]ile olayı anlatması sonrasında CMK 59/2. maddesi ile ifadesi sınanarak çapraz sorgu uygulanmaktadır. Bu şekilde, tanığın anlatımlarının güvenilirliği tespit

[1297] Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl, §139, Rn.54
[1298] Read, s.8

edilmekte, "çelişki" giderimi sağlanmaktadır. Bu sorular içinde, "yönlendirici sorular" da bulunmaktadır. Yönlendirici soru, yanıtı sorunun içinde bulunan soru olarak tanımlanmıştır[1299] ki, tanık evet ya da hayır diyerek soruları yanıtlayabilir.

Doğrudan sorguda, tarafların veya vekillerinin geride tutulması sağlanarak, hâkimin sorgusunu tanığın anlattığı olayı anlaması ve ucu açık, yanıtı içinde olmayan soruları ile tanığı rahat bir ifade ortamında gerçekleştirmesinin amaçlandığı belirtilmektedir[1300]. Ancak doğrudan sorgu içinde, yukarıdaki gibi yönlendirici sorular, çapraz sorgu yolları da olayı algılamak ve anlamakta önem taşıyacaktır. Zira, öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, hâkimin görevi sadece tanığı dinlemek değil, aynı zamanda tanığın sözleri içinde gerçeğe de ulaşmaya çalışmak, yalan yani gerçek dışı olanı, yanlış olanı da ayırt edebilmektir[1301]. Çünkü tanık delili yukarıda da incelediğimiz gibi takdiri bir delildir. Hâkimin bu konudaki takdiri delilin değerlendirilmesinde karara esas alınma noktasında belirleyicidir. Bu nedenle bu ayrım çok isabetle yapılmalıdır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi içinde, anayasal ödevi olan vicdani kanaate deliller ile nesnel bir ölçüte ulaşabilmesinde, kendi algısını oluşturması, bu algıyı nesnel açıklaması, somut delillere dayandırırken, bu delilleri kanısına esas almasını da nesnel gerekçelendirmesi gereklidir Aksi keyfilik veya taraflılık olarak yorumlanabilir. Bu doğrultuda, Medenî Yargılama Hukukunun amacı ile doğru orantılı olarak hâkimin yalan karşısında alacağı tavır önem taşıyacaktır. Tanık bir beyanda bulunurken, hâkim beyanın gerçek dışı olduğunu tanığın gerek beden dili gerekse de dosyadaki diğer delil ve emarelere göre anlamış olabilir ya da isticvap sırasında da tarafın gerçek dışı beyanda bulunduğunu sezebilir, bu durumda hâkim sadece sözler ile yetinecek midir, yoksa sözlerin gerçekliğini sorgulayacak mıdır? Gerçek,

[1299] Read, s. 9
[1300] Read, s. 13
[1301] Erem, Faruk: Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi, Usûl Psikolojisi, Mahpusun Psikolojisi, Ankara 1997, s. 280

medenî yargılama hukukunun bir amacı olarak kabul edildiğinde hâkimin yalan karşısında etkin konuma geçeceği tartışmasızdır; ancak dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi ilkeleri doğrultusunda yorum yaptığımızda nasıl bir hâkim yükümlülüğü doğacaktır ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi burada kendisini gösterecek midir? Tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü HMK 29. maddesinde açıkça düzenlenmiş olduğuna, hükmün de Anayasal ödevi ile "vicdani kanaate göre" karar vermesi gerektiği gözetildiğinde "yalan" durumunu sezmesi bile, vicdanına yansıyacak şüpheyi, kanaat belirsizliğini gidermesi için sorgulama yapması gerekecektir. Bu durumda, "belirsizlik" doğuran yalan ile ilgili olarak hâkimin, her soru ve sorgulama süreci içinde psikolog yardımından yararlanması belki ideal olsa da, usûl ekonomisi açısından hâkimin en azından tarafları etkin ve gerçeğe dair bilgi edinmeye yönelik psikolojik bilgi ile donatılması sorgulamada, süreci bağımsız ve doğrudanlık ilkesine de uygun olarak yürütmesi sağlanmalıdır.

III.Uygulanması

Sorgu ve dolayısıyla sorgu içinde soru sorulması öncesinde, hâkimin kanımızca çelişki doğmaması açısından, tanığı veya tarafı soru veya soruların konusuna çekmesi, soru zemininde tutması gereklidir. Bunun için de, uygulamada sıkça yapıldığı gibi, bilgi istenilen konu ve uyuşmazlıkta bunun yerine dair genel bir giriş açıklama yapılması yararlı olabilir. Örneğin, tanık için:

" Hâkim : Davacı tarafından açılan bu davada, davacı taraf bir trafik kazasında yaralandığını iddia etmektedir. Olay sırasında, sizin yolun kenarında çobanlık yaptığınızı, olayı görmüş olabileceğinizi ileri sürmektedir. Olayın oluşunu anlatmanızı, bu yaparken kazaya karışan

araçları, renk ve biliyorsanız marka ve modellerini, konumlarını, zamanı, araç davranışlarını ayrıntılı anlatmanız istenmektedir." şeklinde bir açılış konuşması yararlı ve konuyu hatırlama olanağı sunacak bir yaklaşım olması düşünülebilir. Bu açıklamadan sonra ise tanığa "nasıl, neden, kim, niçin, ne zaman, neden" gibi açık sorularla tanığa bilgisini sunması için olanak tanınması gerekmektedir[1302].

Yargılama süreci içerisinde, özellikle hukuk yargılamasında, tanık ile hâkimin karşılaşması, genelde olaydan uzun bir zaman sonra meydana gelmektedir. Bu durumda, tanık bilgisinin çelişkiler, belirsizlikler içinde gerçek görgüsüne göre zamanla farklılaşarak değişmesine neden olmaktadır. Somut olayın detay ve unsurlarını tanığın ve hatta isticvapta tarafın hatırlaması güçleşmektedir. Bu durumun giderilmesinde sorunun kaynağına inen psikolojik araştırmalar yapılmıştır. Görgü tanıklarının bellek hataları üzerine yapılan bir incelemede olay sonrası bilginin ve tuzak soruların hatırlama ve kaynak izleme üzerine etkisi incelenmiştir[1303]. Bu incelemede, bir hırsızlık olayı ile ilgili olarak bilgilerin ve tuzak soruların, olayı gören tanıkların hatırlama ve kaynak izleme verimliliği üzerindeki etkisi incelenmiştir. İnceleme için deney yapılmış, deneye katılanlara 50 olay slaytı izlettirilmiştir, bu sırada olayın önemli noktaları yönünden doğru, hatalı ve genel olarak anlatıldığı olay sonrası öyküsü deneye katılanlara okutulmuş, sonrasında tuzak soruları içeren bir anımsatma testi ile, deneye katılanların hafızaları sınanmış, katılımcılar daha sonra anımsama testi ile verdikleri yanıtları polis raporundan mı yoksa slaytlardan mı hatırladıklarına dair kaynak izlemesi yapmışlardır. Belirtilen kaynağa güven duyma konusunda denekler psikolojide kullanılan Likert tipi bir ölçümlemede değerlendirilmişler, slayttan hatırladıklarının yüzdesi ve bilgi kaynağından emin olma derecesi üzerinden analiz yapılmıştır. Sonuçlar ise olay

[1302] Yenisey, Feridun/ Ziyalar, Neylan, Çapraz Sorgu Teknikleri, http:// ceza-makale.blogspot.com.tr/2006/10/capraz-sorgu-teknikleri.html; erişim tarihi 30.7.2016

[1303] Alper, Gül/ Er, Nurhan/ Uçar Boyraz, Fatma: Görgü Tanıklığında Bellek Hataları, Olay Sonrası Bilginin ve Tuzak Soruların Hatırlama ve Kaynak İzleme Üzerindeki Etkisi, Türk Psikoloji Yazıları, C.10, S.20, Türk Psikoloji Derneği Yayınları, Ankara 2007, s. 5 vd.

sonrası öykü temel etkisinin önemli olduğunu göstermiştir; bu durumda görgü tanıklarının olaydan sonraki bilgi kaynağı ile kendi gözlemlerini ayırmakta zorlandıklarına, olay sonrası bilginin kendi gözlemleri olduğuna inandıklarını göstermiştir. Bu çalışmanın ikinci ve kanımızca önemli sonucu da, tanığın verdiği bilginin güvenilir olması için verdiği yanıtın kaynağını da hatırlıyor olmasının gerekli olduğu, olaya dair anın bilgisinin denetlenebilmesi gerektiği sonucudur.

Hâkimin, dava konusu olaya dair dava dışı bilgisi de olsa, bu bilgiden arınmış olarak belirsizlik ve çelişkiyi giderecek sorgulamayı yapması, dava dosyasına sadece kendisinin değil, davanın tüm tarafları ve kendisinin kararını denetleyecek kanun yolları makamlarının, hatta üçüncü kişilerin anlayabileceği açık bilginin, ifadenin betimlemelerin ve bilimsel görüşün katılmasını sağlamalıdır. Genel yaşam deneyimi göstermektedir ki, insanlar kendi bilgi ve algılarını, karşı tarafa aktarmakta özellikle kendi diline tüm unsur ve irade bileşenleriyle yansıtmakta zorlanabilmektedir. Bu zorlanışın temelinde, eğitim, bilgi, alışkanlıklar, çevre ve bir çok başka sebep olabileceği düşünülebilir. Her bir kişinin ayrı ayrı algılarındaki seçicilik, algı yönelimleri gibi bireysel değişiklikler de etkili olabilmektedir. Böylesi bir durumda, hukuk mahkemesinde doğru bilgi veya doğru algının dosyaya yansıtılabilmesi ve katılabilmesi için hâkimin sorgulama yaparken adeta psikolog gibi alternatifli sorular sorması gerekecektir. Bu konuda hem medenî yargılama hukuku öğretisinde hem de ceza yargılaması hukuku öğretisinde özellikle çapraz sorgu yöntemleri itibariyle soru türleri incelenmiştir. Bu türlerin karma olarak, yalın olarak veya bu türler dışında soru teknikleri ve türleriyle somut belirsizlik ve çelişki karşısında uygulanması olanaklıdır.

Öğretide de işaret edildiği gibi, sorulacak soruların davanın aydınlatılmasına yönelik amacı gerçekleştirecek, yanıta uygun olmasının gerektiği kabul edilmiştir. Taraflara başka bir

açıklama yapıp yapmayacaklarının sorulması ile yetinilmemesi gerektiği belirtilmiştir[1304]. Sorunun soruluşunda, getirilmemiş bir vakıanın getirilmesinin sağlanması ya da yalnızca çelişki ve belirsizliğin varlığı karşısında tarafların ne yapacağı yönünde yani, çelişkiye işaret edip tarafı da yanıtlama mantığı yönünden aydınlatmadan açıklama yapmak üzere beklenilmemesi, ayrıca hâkimin aydınlanmamış noktaya açıkça işaret etmesi gerekmektedir[1305].

Doğru soru sormak ve doğru soruyu da doğru yöntemle sormak kanımızca hâkimin davayı aydınlatma ödevinin işlevselliğini belirleyici önemdedir. Hâkim, sıradan bir sorgulama ile aydınlatamadığı konularda, belirsizlik ve çelişkiyi gidermek amacıyla soru türünü ve yöntemini farklılaştırabilir. Medenî yargılama hukukunda soru yöntemleri konusunda bir belirlilik bulunmadığı için ceza yargılaması hukuku ve iletişim bilim ve yöntemlerinden yararlanmak gerekebilecektir. Hâkim, sorularını sorarken yukarıda incelenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi sınırlarını aşmadan, uyuşmazlıkla ilgili kavrayış ve anlayış sorununu aşabilecek soruları sormalıdır. Hâkim, soru sorarken aslında mesleki tüm yeteneğini ortaya koymaktadır. Soru sormak, bu anlamda hâkimin mesleğindeki ustalığının, meslek inceliklerini benimseyip benimsemediğinin kanımızca çok değerli bir göstergesidir. Soru tekniklerinde tek sınır insan hakları ve özellikle işkence yasağının dışında hâkimin kendi yeteneğidir. Tasarruf ilkesi ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkelerinin bir yansıması olarak taraflara ve vekillerine de soru sorma hakkı HMK 152. maddesi ile verilmiştir. Adil yargılanmanın sağlanması, doğru bilgi ve algı üzerine yargılamanın kurulması istenmiş olmalıdır. Hâkim algısı ile taraf iradesinin doğru aktarımı veya tanık bilgisinin bütünleştirilmesinde soru, anahtar işlev taşır.

IV.Tanıklara Soru Sorulması

[1304] Alangoya,İlkeler, s. 159
[1305] Meriç, Makale, s. 408-409; Alangoya, İlkeler, s. 159

Tanıklara yönetilecek sorular ile taraflara yöneltilecek soruların kanımızca aynı hassasiyetle oluşturulması gereklidir. Tanığın vereceği bilgi, delil niteliğinde olacağı için nasıl değerli ise, davanın temellendiği olayların aktarımındaki belirlilik ve çelişkisizlik de öyle önemli görülmelidir. Tanıkların sorgulanmasındaki soru şekli ile tarafların sorgulanmalarındaki şekil bu temelde farklı görülmemelidir. Gerek tanık gerekse tarafların beyanları arasında çelişkinin varlığı halinde, bu çelişkinin giderilmesi belirsizi kalan kısımların aydınlatılması, eksik kanaat unsurları açısından tamamlanması ve uyuşmazlığı çözen bilgi almak için yöneltilmelidir. Beyan ve algılarda çelişki oluşturmamalı, belli bir beyanı elde etmek amaçlanmadan, unutulan konuların anımsanması, gereksiz bilgilerden arınarak beyanlar içinden gerekenin ayıklanması, özellikle tanığın bilgisinin varlığı-yokluğu araştırılmalıdır[1306].

Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında, anlattırıcı soru ve yönlendirici soru CMK 59. maddesinden tarafların hâkim aracılığından sıyrılarak doğrudan soru sorma hakkı da CMK 201.maddesinden, delilleri değerlendirmek niyetiyle soru sorulması ise CMK 215. ve 216. maddelerinde düzenlenmiştir.

Doğrudan sorgu, bir olayın içindeki kronolojiden bağımsız olarak, istenilen bilgiye ve bilgiyi ortaya koyarken belirgin olmasını hedefleyen, dikkatli dinlemeye neden olan kısa ve hızlı bir sorgu türü olarak kabul edilmektedir[1307].

Doğrudan sorgu ya da çapraz sorgu yöntemleri medenî yargılama hukukunda hâkim ile tarafın ve de hâkim ile tanığın bilgi alışında kullanılabileceği düşüncesindeyiz.

Doğrudan sorgu tekniğinde, evet-hayır yanıtı gerektiren sorulardan çok, anlattırıcı, açık uçlu sorular yöneltilecektir[1308]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi uyarınca da bu şekilde

[1306] Ertarhan, s. 252
[1307] Küçükay, Alper: Tanık İfadesi ve Çapraz Sorgu, Psikolojik Bir Bakış, TAAD, Y.7, S.32, Ekim 2017, s.433

sorularla davayı aydınlatacak bilgiye ulaşması olanaklıdır. Öğretide, özellikle çapraz sorgu kategorileri yönünden yapılacak bir incelemenin ve çapraz sorgu yöntemlerinin hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gerçekleşmesi için kullanılması olanaklı görülebilir. Zira her ne kadar çapraz sorgu tekniklerinin altında, bu soruları soranın "yanıtı bilmesi" aransa da, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bu yanıtlar bilinmese bile, hâkim algısına kazandırılabilecektir, sonuçta aynı amaca "doğru bilgiye" ulaşmak amaç olduğuna göre, tekniği edinmek işlevselliği arttırabilecektir[1309].

V.Algılama Soruları ve Hafıza Soruları Ayrımı ve Önemi

Öğretide, soru türleri yönünden, "algılama soruları", "hafıza soruları" ve olarak iki grupta incelenmiştir[1310]. Algılama sorularında, tanığın algısına dair zayıf olan algılamada engel oluşturabilecek alanlar, tanığın gözlemine dair yanlışlar ya da algılamada noksan kalanların sorgulanması amaçlanmalıdır. Örneğin dava konusu bir olayın sözlü iletişim ile bir unsuruna dair algı ölçümü yapılması amaçlandığında, söz gelişi hakaret nedeniyle açılan bir manevi tazminat davasında, hakaret unsuru olan sözlerin tanık tarafından gerçekten duyulup duyulmadığı sorgulanabilir. Tanığın hakaret edildiği alandan uzakta olup olmadığı yönünden bir sorgulamada, hakaret sözlerini duyup duymadığı, duymuş ise o sırada nerede olduğu, hakaret edenin nerede olduğu, ortamda başka seslerin olup olmadığı, duyulduğu ileri sürülen sözcüklerin doğru algılanıp algılanmadığı öğrenilmeye çalışılacaktır. Hakaret eyleminin trafik yoğunluğu içinde gerçekleşmesi örneklendiğinde, araçların korna sesi, çevresel reklam ve müzik sesleri, hakaret sözcüklerinin tanık kulağına ulaşıp ulaşmadığı sorgulanmalıdır. Tanığa, o sırada, kendisinin başka bir araçta trafikte beklerken yer aldığını belirtmesinden sonra, kendi aracının radyosunun açık olup olmadığı, farklı korna seslerinin olup olmadığı da

[1308] Akyazan, Ahmet Emrah: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yöneltme, Ankara 2009, s.184
[1309] Akyazan, s. 311
[1310] Akyazan, s. 312; Dönmez, s. 246 vd.

sorulabilecektir. Hatta tanığın aracında başka konuşmalar olup olmadığı, radyo programı dinleyip dinlemediği, dinlediyse hakaret edilirken araçtakilerle konuşup konuşmadığı, radyoda sohbet programı mı müzik yayını mı olduğu, müzik yayını varsa o sırada çalan şarkı sorulabilir. Bu sorulardan tespiti amaçlanan, tanığın dikkatine ve algısına etki eden seslerin, sözcük algılarken başka sözcüklerin algısının yoğunluğunu dağıtıp dağıtmadığı belirginleştirmeye çalışmaktır. Hâkimin zihninde beliren her şüphenin, kanımızca, davada aydınlatılması gereken bir dava malzemesinin varlığını gösterdiği değerlendirilmelidir.

Anımsamaya dair sorular ise, tanığın veya tarafın belleğine yani hafızasının güvenilirliğine dair sorular olarak karşımıza çıkmaktadır[1311]. Örneğin, tanığa veya tarafa, olay sırasında sakinleştirici ilaç alıp almadığı, daha önce aynı ilaçları aldığında yan etkisi olan unutkanlığın kendisini etkilemiş olup olmadığı sorulabilir. Bu temelde, sorunun muhatabının genel olarak hatırlama gücü de sorgulanabilir. Örneğin tanığın veya tarafın, hafızasının işitsel olarak ya da görsel olarak mı güçlü olduğu ayrı bir algı boyutu olmakla, işitsel olarak algısı kuvvetli bir kişi, görsel olarak seçicilikte başarılı olmayabileceği karşılaşılması olağan bir durumdur. Söz gelişi, işyerinin yangın sigortasından kaynaklı olarak bir alacağın tahsili konulu davada yangından önce sigortalanmış işyerinde bulunan malzemelerin faturalı olsun olmasın, işyerinde yangın sırasında fiilen var olup olmadığına dair dinlenen bir tanığın sorgulanmasının hâkimin takdirinde tereddüt yaratmayacak bilgiye ulaşmaya çalıştığımızı düşünelim. Bu işyeri bir züccaciyeci dükkanı olduğu varsayımında dükkanı raf raf, eşya eşya hatırlayacak tanığın beyanına güvenebilmek için bu tanığın "algısı" yönünde denemeler yapmak, psikologlar eşliğinde algısını ölçmek ve bundan sonra tanığın beyanına güvenmek kanımızca daha doğru olacaktır. Sırf usûl ekonomisi ilkesini sağlamak adına, "gerçek dışı" bilgi edinimi veya soyut bir güvensizlik gerekçesi ile davanın ispatlanamadığı yargısına varmak da doğru olmayacaktır.

[1311] Akyazan, s. 314

Öğretide genel olarak benimsenen görüşe göre[1312] zaten çapraz sorgunun esas amaçlarından biri, delillerin daha iyi incelenmesi[1313], belirsizlikleri aydınlatmak, itirazları gidermek, ifadelerden anlaşmazlıkları gidererek belirginleştirmek, tanık delilinde güvenilirliği arttırmak ve güvenilirliğin olup olamayacağını anlayabilmektir.

Amaç yönünden, çapraz sorgudan beklenilenin maddi gerçeğin ortaya çıkarılarak adil yargılamanın sağlanması olduğu ileri sürülmüştür[1314]. Bu amaçlar ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi bağdaşabilmesi olanaklı olsa da, öğretide ileri sürülen çapraz sorgunun doğrudan sorgudaki tanık anlatımlarını geçersiz veya şüpheli kılma amacı ile bağdaşmasının olanaklı olabilmesi, ancak açıklanabilir, mantık ile bağdaşan dava konusu ve dava dosyası ile bağlantılı olarak hâkimde bir şüphenin doğması durumunda söz konusu olabileceği düşünülebilecektir[1315]. Hâkimin görevi, şüphesinden hareketle doğruyu ve belirgin olanı bulmaktır. Ancak burada şüphesinin, kanımızca dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesini zedeleyecek nitelikte tanığı veya tarafı "suçlar" şekilde bir tutuma girmemelidir. Tanığın veya tarafın ifadelerinde çelişkisiz ve belirgin anlatımlar bulunmaktaysa tanığa veya tarafa sorgularında edindiği açıklanabilir güvenilirlik denemeleri, güvenilirlik delillerine karşın hâkimin sadece soyut bir ifade ile sadece duyguları ve iç sezilerinden hareketle tanığa veya tarafa güvenmediğini özellikle tanığa " bu dediklerinize beni inandırmanız gerekir" gibi bir ifade ile adeta kolluk sorgulamasına benzer bir sorgulama yoluna girmemesi gerekir. Hatta hâkimin nesnel güven ortamı olması durumunda, davanın taraflarının hem tanıklara hem birbirlerine kolluk sorgucusu yaklaşımında bulunmasını da önlemesi gereklidir. Nesnel güvenilirliğin aslında olmadığını, yani taraf beyanı ve tanık ifadesinin gene nesnel nedenlerle güvenilir olmadığını ortaya koymak hâkimin kendiliğinden "çelişki ve belirsizlik" karşısında

[1312] Demren Dönmez, s. 33; Hancı, s. 17; Akyazan, s. 293; Parlar, Ali/ Hatioğlu, Muzaffer/ Yüksel ,Erol Güngör, Açıklamalı İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara 2008,s. 594
[1313] Sarısözen, s. 84
[1314] Parlar/Hatipoğlu/Yüksel, s. 596
[1315] Ertarhan, s. 258; Hancı, s.20

sorgulayıcılık yapmasından farklıdır. Davada tarafların genel yaşam deneyimi içindeki eğilimi, davayı kendi lehlerine bir sonuç ile bitirmek olduğundan şaşırtmak veya belirsizlik ya da çelişki yaratmak isteyebilirler. Örneğin, ifadeleri ile davada kendi aleyhine sonuç doğuracağı endişe duyulan bir tanığa karşı, bu sonuca uğramamak isteyen taraf, tanığın aklını karıştıracak, odaklanmasını bozacak sorular sorabilir. Tanığı, güvenilir olduğu halde güvenilmez göstermek veya güvenilmezliğe düşürmek, "gerçek" ile davanın bağını koparsa da, bundan yarar uman ve gözeten tarafın istemi ile uyumlu olabilir. Hâkim ise bu yönde bir çalışma içine düşmekten, tarafsızlığı gereğince uzak durması gerekir. Hâkimin zihninde tereddüt kalmayana kadar nesnel bir güvenilirlik aşamasına kadar ister çapraz sorgu teknikleri ile isterse soruların yanıtlarına dair taraflardan delil isteyerek sorgulama ve araştırma faaliyetinde bulunması, HMK 31. maddenin uygulanması için gereklidir. Bu aşamaya erişildikten sonra nesnelliğin sınırı aşılmaya, öznelliğin taraflılık içeren HMK'ya aykırı alanına girilmiş olacaktır. Tanık veya tarafın yalan söylediğini hâkim ne kadar bilirse bilsin, bu bilgisine paralel, nesnel bir "güvensizlik" sebebi davada yer almadıkça tanığın veya tarafın beyanlarının alınmasında sert ve ısrarcı bir tavır içinde olamayacaktır.

VI. Hâkimin Bireysel Bilgisi ve Soru Aracı

Öğretide egemen görüş olduğu üzere[1316] hâkimin dava malzemesi ve dolayısıyla vakıalar hakkında bireysel bilgisini kullanamayacağı, bunun aksi davranışın hâkimin tarafsızlığına zarar vereceği[1317], hâkimin uyuşmazlık konusu olaylarla delil türünden bireysel bir bilgi edinmiş olması ya da davanın tarafına dair bir önyargı ya da taraflılık içine girmesi durumunda, hâkimin davadan çekilmesi gerekecektir[1318]. Hatta yasa koyucu bu durum

[1316] Üstündağ, s.613; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.125 vd.; Erdönmez,Pekcanıtez Usûl,s.801; Alangoya,/Deren Yıldırım/Yıldırım, s.319; Atalı, Murat, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması, Konuralp Armağanı, s. 139 vd.
[1317] Stein, F.: Das Privatewissen des Richters, Leipzig 1893, s.1 vd.
[1318] İnceoğlu, s.146-147

karşısında hâkimin tanık olarak ilgili davada dinlenmiş olmasını hâkimin reddi sebepleri içinde değerlendirerek mevzuatta düzenleme altına almıştır.

Öğretide bu duruma dair olmak üzere, hâkimin tanık olarak dinlenmemiş fakat, dinlenme olasılığı ve hatta dinlenmesi ile aynı sonuca varacak şekilde davaya dair veya dava konusu olayla ilgili olarak bilgi sahibi olması, tanık olmuş olması ile aynı endişeyi doğurucu olarak görülmüştür[1319]. Tanık olarak dinlenmişliği, dinlenmemiş ama olaya dair bilgi sahibi olması durumundan daha fazla "önyargı" içerecektir. Bu da davada taraflılıktan farklı bir sonuç doğurmayacaktır. Böylece usûli tarafsızlık da sağlanarak hâkim zihninde doğru aranmaksızın kalan kalıplaşmış düşünceyle hapsolmuş bir yargının önüne geçilmek istenmektedir[1320]. "Maruf ve meşhur" olaylardan hâkimin edindiği bilgi ispat edilmesi ve gerçek olmayan gerçek kabul edilen bir bilgiden doğduğu için davada hükme esas alınabilirken bireysel bilgiye dayalı olarak karar vermesi, taraflar ile "yakın sosyal ilişkiye" girmiş olduğunu düşündüreceğinden sakıncalı bulunmuştur[1321].

HMK 187/2. maddesinde herkesçe bilinen[1322] vakıaların çekişmeli sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bu vakıaların bir olay olarak iddia ve savunmalar kapsamında ileri sürülmemiş olması durumunda hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınıp alınmayacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, bu düzenlemenin, sadece ispatı yükünü kaldırdığını, herkesçe bilinse de vakıa olarak taraflarca ileri sürülmesinin gerektiğini ileri sürülmektedir[1323]. Aksi yöndeki görüşe göre, bu vakıaların, ispat edilmesine gerek olmadığı gibi, tarafların ileri sürmesine gerek olmadan hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gerektiği

[1319] Atalı, s. 155
[1320] Atalı, s. 156
[1321] Atalı, s.158
[1322] HUMK 238. Maddesinin yürürlüğü döneminde "maruf ve meşhur" ifadesi "herkesçe bilinen" terimi olarak belirtilmiştir. Bilinen ve ünlü anlamına gelen bu maruf ve meşhur ifadelerinin yerine günümüz Türkçe'si ve algısına da uygun olarak herkesçe bilinen teriminin kullanılması kanımızca daha kapsayıcı ve işlevsel olmuştur.
[1323] Becker – Eberhard, Dava Malzemesi, s. 24, dn. 22

kabul edilmektedir[1324]. Hâkim, tarafların bir vakıa olarak dayanılmasa bile, yani taraf iradelerinin dışında herkesçe bilinen bir vakıayı dikkate alır ise, bu durum, ret sebebi oluşturmayacaktır[1325]. Bunun dışında hâkim, davada özel bilgisini kullanamayacaktır.

Hâkim davayı aydınlatma ödevini yerine getirmeden önce, davada tarafı veya tanığı hatta bilirkişiyi sorgularken gerek bilirkişi ile ilgili olarak özel ve teknik bilgiye, gerekse tanığı sorgularken tarafa soru sorarken davaya dair, dava öncesi veya dışında bilgi sahibi olması nedeniyle kendiliğinden çekilmesi gerekecektir. Nesnel güvenilirlik veya nesnel anlaşılırlık bu noktada önemini göstermektedir. Hâkim, kendi algısının her ne kadar etkisi altında olsa da sürekli olarak beyan, bilgi ve delil neyi işaret ediyorsa o yöne doğru yargısını oluşturmak zorundadır. Hâkimin, tanığa hitaben " o olay öyle değildi, ben de o sırada o binanın önünde otobüs bekliyordum, olay farklı gelişti ifadeni düzelt" demesi, her ne kadar taraflarla özel ilişkiye girdiğine dair bir karine olmasa da hâkimin önyargı sahibi olduğunu düşündürecektir. Hâkimin gerçekten olay sırasında olay yerinde olup olmadığını gene hâkim takdir edeceğinden ve hükmünde değerlendireceğinden bu durum, en azından hâkimce dile getirilmemeli, sorgulama içine nesnellik ve çelişkisizliği yakalamak hedeflenerek soru tür ve niteliği geliştirmelidir. Hâkim sonuçta, insan olduğu için algı yanılmasına uğrayabilir. Bir görüntü, bir ses, bir koku, bir tat ile dava dışı edindiği hangi bilgi olursa olsun algı öznelliği içinde gerçekten bağı kopuk olabilir. Gerçeğe ulaşmakta, tüm taraflarca ve üçüncü kişilerce algılanabilir bir somutluk ve tutarlılıkta olan bilgiyi kararında esas alabilmelidir. Hâkim algısındaki bilginin dava dosyası için doğru algı da olsa, bir önemi yoktur, çünkü denetlenebilir değildir. Tanık beyanı, taraf iradesi, bilirkişinin özel ve teknik bilgisi ile nesnelleştirmeye dair bir faaliyete konu edilerek gerçek aranabilir. Örneğin, hâkim bir davada kendi özel ve teknik bilgisi ile hüküm veriyorsa bile önce HMK 27. madde gereği tarafların

[1324] Alangoya, İlkeler, s. 128; Alangoya / Yıldırım / Deren – Yıldırım, s. 284; Karslı, s. 320; Prüttıng / Gehrleın, § 42, Rdnr. 28; Schilken, Hâkimin Rolü, s. 53
[1325] Gören Ülkü, s.78

beyan ve müzakeresine, itirazına sunmadan "karar" vermemelidir. Tanık olduğu bir olaya dair davada bir beyanı söze dökse, yani belirtse bile, tarafların aksine delilleri sunması için gene HMK 31. madde gereği taraflara süre verilmelidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken dava dışı ama dava konusuna dair bilgisinin olduğunu taraflara belli etmeden, dava dosyasına da yansıtmadan sorularını formüle etmeli, gerçeğin dosyaya doğru yansıması için bu bilgiyi aydınlatma amacıyla işlevsel olarak kullanabilmelidir. Belirsizlik ve çelişki halinde dava konusu olaya dair "yönlendirici sorular" sorarak kendisi de "gerçek" ile buluşabilir. Hâkimin bir insan olarak kendi algısından ve kendi önyargısından sıyrılması için bu şekilde doğru formülasyonu belirlemesi gereklidir. Hâkimin kendi algısı ne kadar kendisine doğru gelirse gelsin kendi bilgisine dosyaya yansıyandan ayırabilecek dirayette olmak zorundadır. Bu dirayetsizliğin söz konusu olduğu her durumda, hâkimin reddi sebebi ortaya çıkabilir. Hâkimin kararını verirken, gerekçeli olmak zorunda olduğundan kendi bilgisi ile örtüşmeyen bir delili kendi bilgisine rağmen seçmek ve kararına esas almak zorunda kalacaktır. Böylesi bir durumda, hâkim kendi zihninde yanıldığını kabul etmek zorunda kalacaktır.

VII. Yönlendirici Soruların Kullanımı

Hâkim, davayı aydınlatırken, "yönlendirici sorular" sorabilir mi? Yönlendirici sorular, çapraz sorgu teknikleri içinde, soru türlerinden olarak incelenmiştir[1326]. Yönlendirici sorular, tanığı yönlendiren, yanıtın sorunun içinde saklı olduğu, ucu açık olmayan sorular olarak tanımlanmıştır[1327]. Yanıtı, evet ya da hayır olan, ya da sonu onay verme, vermeme kalıbı olan " değil mi?" kalıbı içeren sorular yönlendirici sorulara örnek olarak verilmektedir[1328]. Çapraz sorguda, yalnızca yönlendirici sorular sorulması gerektiği, bunun çapraz sorgu açısından belirleyici olduğu ifade edilmiştir[1329]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile yönlendirici

[1326] Akyazan, s.315
[1327] Demren Dönmez, s. 215
[1328] Demren Dönmez, s. 216
[1329] Veziroğlu, Çetin: Çapraz Sorgu, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C.2, Ankara, s.383

sorular arasında bir bağlantı olup olmadığı, hâkimin bu soruların adındaki gibi "yönlendirici" olması HMK'ya uygun mudur? Hâkimin burada yapacağı, taraflara yol gösterme anlamında olmayacaktır. Hâkimin çelişkili bilgi ve beyan karşısında yönlendirici soru sorarak gerçek bilgiye, hakkın doğup doğmadığına kanaat getirmeye dair aydınlatma faaliyetinde bulunabilir. Örneğin, işçilik alacakları konulu bir davada fazla çalışma olgusu tartışılmakta iken, tanığın ifadesinde "sabah geldiğimiz saatte çıkıyorduk" demesi üzerine bu saatin sabah kaç olduğu sorusu, doğrudan bir soru iken akşam saatindeki çıkışı anlamak adına, yönlendirici soru sorulmasında hukuk dışı bir durum kanımızca yoktur. Bu durumda tanık sabah sekizde geldiklerini belirttikten sonra hâkimin tanığa, "akşam da 20:00'da mı işten çıkıyordunuz?" şeklinde sorması yönlendirici ama taraflılık içermeyen, tanığın beyanını anlamak isteyen "aydınlatma ödevi" gereği bir sorudur. Tanık bu soru karşısında, "evet akşam 20:00'da çıkıyorduk" diyebileceği gibi, "hayır sabah gene sekizde çıkıyorduk" demesi üzerine hâkimin, "bu durum ne kadar sürüyordu" şeklinde soru sorması da genel yaşam deneyimi içinde, insan biyolojisine dayanarak "dayanıklılık" açısından muhakeme yapmak için makul bir doğrudan soru olarak görülebilir. Hâkimin bu soru yerine, "nasıl olur da bu kadar çalışabilirsiniz, robot musunuz?" şeklinde tanığa suçlayıcı bir yaklaşımda bulunması, hâkimin reddi sebebi içinde bile görülebilir. Hâkimin, örnekteki gibi, bilgi ve beyan üzerinde bir şüphe görmesi durumunda sorularını şüpheyi dağıtıcı, tanığa olan güveni ölçücü sorular şeklinde yöneltmesi gerekir. Tanığın "her gün böyle çalışıyorduk" demesi üzerine tanığı veya tarafı sağlık muayenesine sevki için HMK 31/son maddesine göre delil gösterilmesini istemek temelinde inceleme yapması beklenmelidir.

Medenî yargılama hukuku öğretisinde, hâkimi tarafından yönlendirici soru sorulması olumlu görülmemiştir[1330]. Gerekçe olarak da, tanığın insani özellikleri nedeniyle psikolojik yönlendirmeye uygunluğu nedeniyle bireysel bilgi ve izlenim yerine yönlendirici sorulara

[1330] Ertarhan, s. 254 vd.

göre beyanda bulunabilmesinin daha beklenilir olduğu ifade edilmiştir[1331]. Ancak bizce de, tanığın temel bir noktayı unutması durumunda belleği canlandırıcı ve belleği yansıttırıcı sorular sorulabilmesi uygun olacaktır[1332].

VIII. Yanıltıcı Soruların Kullanımı

Öğretide, üzerinde durulan bir diğer soru türü, yanıltıcı soru türüdür[1333]. Bu soru türü dürüst olmayan tanıklara karşı uygulanan bir soru türü olarak, tanıktan başka şekilde bilgi edinilmesi olanağı olmadığı kanaatine varıldığında uygulanması önerilen bir yöntem olarak benimsenmiştir. Tanığın sorgulama sırasındaki tutumu değerlendirildikten sonra, bilgi edinmekte ve kuşkuları giderici başka yöntem kalmadığı anlaşılıyorsa yanıltıcı sorular yöneltilebilmektedir[1334]. Örneğin, bir bilirkişinin bilgisinin sorgulanmasında, belirsiz bıraktığı veya çelişkili mütalaa verdiği bir konuda, bilirkişinin uzman olduğu alana dair sorgulamada yanıltıcı sorular sorulabilir. Örneğe konu dava konusunun bir imalat hatasının tespiti ve doğan zararın tazmini olduğu varsayımında, bilirkişiye yöneltilecek sorular ile bilgisinden emin olup olmadığı, mütalaasını verirken uyuşmazlığı aydınlatacak bilgiye sahip olup olmadığı anlaşılabilecektir. Bilirkişiye, sınama amacı ile, "X maddesini içeren bir sıva daha kaliteli/dayanıklı değil midir?" ya da gene inşaata dair olmak üzere, "fayansların ortalama bedeli fayans başı 500 TL olamaz mı?" gibi sorular ile yanıltmayı amaçlamadan, bilirkişinin dürüstlüğünü sınayabilecektir. Bu uygulamayı, dolaylı bir aydınlatma faaliyeti de saymak olanaklıdır.

Öğretide, çapraz sorgu için yanıtı bilinmeyen soruların yöneltilmemesi[1335], gereğincen fazla soru sorulmaması[1336] olarak belirtilen ve çapraz sorguda olmaması gerektiği işaret edilen

[1331] Aynı görüşte, Erem, s. 290 vd.
[1332] Ertarhan, s. 255
[1333] Demren Dönmez, s. 253
[1334] Akyazan, s. 317; Demren Dönmez, s. 253
[1335] Akyazan, s. 318
[1336] Akyazan, s. 319

soru sorma özellikleri, kanımızca hâkim yönünden değil, avukatlar ve taraflar açısından önem taşımaktadır. Davanın aydınlatılmasında hâkimin bu yönde bir görevi olmayacağını belirtmek gereklidir.

Hâkimin, tanık ile ilişkilerinde, tanığın beyanında ısrar etmesi, belirsizlik ve çelişkiyi giderecek düzeltici beyanda bulunmasından sonra, hâkimin tanığın beyanı ile bağlı olduğu, önceki ve sonraki beyanlardan birinin daha doğru olduğunu "takdir" etmemesi gerektiği belirtilmiştir[1337]. Bu doğrultuda, tanık, belirlilik ve çelişkisizlik içeren beyanında tam bir ısrar etmekte ise, bunu değiştirmeye zorlanmaması esastır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesinde bunun önemli bir sınır olduğunu düşünmekteyiz. Hâkimin gerçeği arayışında önyargıları ile ısrarcı ve değiştirici bir işlev göstermesi, HMK'nın istediği bir yaklaşım değildir. Örneğin, tanığın davacıya çarpan aracın renginin sorulduğu bir duruşmada, "kırmızı ama sanki turuncu gibi geldi" demesi üzerine, hâkimin soru ve sorgu teknikleri ile son beyanı, belirli ve çelişkisiz olarak "kırmızıydı" şeklinde aldıktan sonra, hâkimin, "yanılıyorsun, ben senin renk körü olmadığını nereden bileyim" şeklinde bir ifade kullanarak, tanığın beyanını değiştirmeye ne kadar zorlayabilecektir? Bu noktada, hâkimin, doğrulatmak amacı ile tanığın renk körü olup olmadığını tespit etmek yönünde talebi değerlendirerek, inceleme yapılmasını isteyip, tanığı göz hekimine sevk edebilmesi HMK 31. Maddeye uygundur. Tanığın renk körü olmadığının tespitinden sonra ise "kırmızı" olarak edinilen ve mahkemeye sunulan bilgiyi ise aksi kanıtlanana kadar tartışmaması gereklidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi belirsizlik ve çelişkinin sona ermesine kadar geçerli olacaktır. Hâkim, takdiriliği keyfilik derecesinde kullanarak böylesi bir beyanı göz ardı edemeyecektir.

IX. Beyanlardaki Farklılık-Çelişki Kavramları Ayrımı

[1337] Ertarhan, s. 266

Öğretide, beyanlardaki farklılık ve çelişki kavramı da somut olarak tanımlanmıştır. Buna göre, farklı beyan, tutarsız bir hale neden olmayan, ama önceki beyanlara yeni olay ve olguların eklenmesi ile eski beyanda bulunmayan yeni ve başka konuların yeni beyanlara eklenmesi olarak; çelişki ise, eski beyanlar ile yeni beyanların bir birinin tersi olması olarak tanımlanmıştır[1338]. Bunlara örnek olarak, bir uyuşmazlık varsayımından hareket edersek, X ve Y sokaklarının kesiştiği kavşakta iki karşıt siyasi görüşlü grubun karşılaşmasıyla meydana gelen kavga olayında, gruplardan birindeki A'nın çantasını çalarak sokaklardan birine kaçan B'nin, bu suçlamaya esas olacak şekilde çanta ile görülüp görülmediğini, çanta ile ilişkisi, hangi sokakta bulunduğu tartışılmalıdır. Böylesi bir durumda, hırsızlık fiilinin ispatı, bunun failinin ispatı, tazminat istenmiş ise, çantanın nitelik ve değeri, önemli normatif unsurlardır. Bu konuda uyuşmazlığı çözmek için olay yerindeki kişiler tanık olarak dinlendiğinde, verilen ifadeler içinde çantanın rengi, şekli, hangi sokakta görüldüğü, hırsızlık atfedilen kişinin yani davalının gerçekten o kişi olup olmadığının araştırılması gerekir. Çelişkiler, belirsizlikler olduğunda, tanıklar yeniden çağrılıp dinlenmeli, HMK 31. maddesi ışığında sorular sorulması gereklidir[1339]. Bu durumda, hâkimin davayı aydınlatma ödevi uyuşmazlığı çözecek tem temel ilkedir. Hâkim, tanığın yeniden dinlenmesini aydınlatma ödevi gereğince kendiliğinden

[1338] Ertarhan, s. 267

[1339] Çelişkili tanık beyanı karşısında yerel Mahkemenin alması gereken usûli tutum hakkında Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadı ile yol göstermektedir; "Feshe dayanak teşkil eden olayla ilgili bizzat olaydan ötürü davacıdan şikayetçi olup işveren temsilcisine şikayette bulunan K.E.O.'ın ifadesi alınmış ve bu şahıs kendi tuttuğu tutanakla uyumlu ifadelerde bulunmuştur. Dinlenilen davacı tanıklarının ikisinin görgüye dayalı bilgileri bulunmamaktadır. Bir davacı tanığı ise olayın yalnızca bir kısmına dair gördüklerini aktarmakla yetinmiştir. Olaylara şahitlik ettiği anlaşılan servis müdürü M.A.'ın ifadesine başvurulmadığı anlaşılmaktadır. Adı geçenin olay günü tuttuğu tutanakta da açıklık bulunmamaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Yukarıda yapılan tespitlere göre olayla ilgili müşteki konumunda olan çalışanın ifadesi dışında net bir bilgi taşıyan delil bulunmamaktadır ki bu haliyle feshe sebep gösterilen olay tam olarak aydınlatılmamıştır. Bu sebeple mahkemece 6100 sayılı Kanun'un 31. madde hükmü dikkate alınarak servis müdürü M.A.'ın tanık olarak ifadesine başvurulmalı gerekirse daha önce dinlenen ve görgüye dayalı ifadeleri bulunan taraf tanıklarının yüzleştirilmesi sağlanarak feshe sebep teşkil eden olay kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya konmalı ve sonuca göre sözleşmenin işverence haklı sebeple feshedilip feshedilmediği belirlenmeli iken eksik inceleme ve yazılı gerekçe ile kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi hatalıdır."(E. 2012/7584 K. 2012/27072 T. 3.12.2012, www.kazanci.com erişim tarihi 1.8.2018)

isteyebilir, tanığın veya tarafın istemi üzerine de belirsizlik ve çelişkinin farkına vararak sorgulama yapabilir. Kanımızca hâkim, taraflara tanık veya bilirkişi delili içindeki belirsizliklerle ilgili kesin süre vermiş olsa bile, belirsizlik ve çelişkiye karşın bu yönde beyanda bulunulmamış ise de , hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereğince, karar verirken, belirsizlik ve çelişkiye dair taraflarca getirilme ilkesine aykırılık içinde düşmeme kaygısı ile davanın ispat edilemediğini değerlendirip davayı reddetmemeli ya da ispat yükü davalıya düşmüşse kabul etmemelidir. Belirsizlik ve çelişkiyi gidermek için soru aracını kullandığı zaman, buna uygun aydınlatıcı yanıt verilmesi tarafın; belirsizlik ve çelişkilerin teşhisini koymak ise hâkimin ödevidir. Belirsizlik ve çelişkinin sayısız olay ve olasılık içinde formülünün bulunması olanaklı değildir, olaylar içinde genel yaşam deneyimi ve mantık kuralları içinde anlaşılması gereklidir. Yukarıdaki örneğe döndüğümüzde, tanıkların ifadelerinde her bir unsur için farklı beyanlar olabileceği gibi, bir tanığın beyanları içinde birbirine uymayan beyanlar da bulunabilir. Böylesi bir durumda, farklı beyan ile çelişkili beyan karşısında, hâkimin davayı aydınlatma ödevi yönünden tek fark, sorgulama ve soru yöneltmede, açıklama istemede kullanacağı "harekete geçirici, muhataba mantık yürütümü sağlayıcı, sokratik" yöntem veya yöntemler olacaktır. Yön konusunda iki tanık arasında fark olduğunu düşündüğümüzde, gene beyanları aydınlatabilmek ve tanık belleğini çalıştırabilmek için olay yerinde keşif yapılabileceği gibi, günümüzde internet sitelerinde, arama motorlarında "sokak görüntüleri" internetten duruşma sırasında yani sorgulama sırasında açılarak bellek tahrik edilebilir.

Tanığa veya tarafa soru sorarken, soru çeşidini arttırıp örnekler verilmesi daha verimli olabilmektedir, tanığa olay anlattırılıp, tanığın aklındaki görsel imgelerin açıklattırılması, bunların tespiti yararlı olabilir. Basit bir soru ile açılışı yapmak, resmiyeti azaltmak da faydalı görülmektedir[1340]. Duruşmada, tanığın yüz ifadesinde bir değişiklik, tanığın olaya dair bir

[1340] Küçükay, s. 453

noktaya dair bilgisini ortaya koyabilir, sorgulayan, bu noktaları davayı aydınlatmakta kullanabilecektir. Ayrıca tanığın davadaki konumuna göre soru sorularak dava konusunu pekiştiren bir son oluşturacak şekilde tanığın ifade vermesine dair sorulan düzenlenmelidir[1341]. Çapraz sorgu açısından, gene belirtilen bir durum da, bu sorgu iyi yapıldığı durumda, tanık saldırgan ya da atılgan bir tutuma girmişse, önceden gerçek dışı olarak tasarladığı ifadesinde ısrarcılığını yitirecektir, fakat ustaca yapılmazsa, tanık sonucu tersine de çevirebilir[1342]. Tanığa gerektiğinden fazla soru sorulduğunda, tanığın rahatlayacağı bir alan bırakmak, tanığı kurgu beyanına kaçmaya ve kurgu bilgi vermeye yöneltebileceği düşünülmüştür. Bir diğer yandan yanıtları evet- hayır olan soru dizgisi kullanmak, tanık da beyan verirken bu kurgu alana kaçmayı önleyebileceği, ancak yanıtları evet olan soru dizgilerinin ise tanığın durumu bu yönden kaçmayı daha uygun, hayır yanıtlı soruların ise tanıkta zayıflık ya da yetersizlik içinde olduğunu gösterebilmektedir. Bu temelde, verimli bir sorgu için etkili soruların oluşturulması, bu yönde önceden hazırlık yapılmasının yararına işaret edilerek etkili soruların kısa, basit ve kontrol sağlayıcı özellik taşıması gereği belirtilmiştir. Tanığın ifadelerindeki çelişkilerin ortaya konulması için yapılacak sorgulamada, ikinci en önemli zayıf noktayı çürütmeye çalışmakla başlayıp daha sonra sıra gözetmeden tüm zayıf noktalara işaret edilmesi, en önemli zayıf noktayı ise, sona bırakarak çelişkinin giderimi önerilmiştir[1343].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında, gerek tanık gerekse taraf gerekse bilirkişi olsun, sorgulaması içinde muhatap kabul edilen öncelikle belirsizlik veya çelişki doğuran bir ifade, bir beyan veya bir rapor sunduğunda kanımızca düşünülmesi gereken muhatabın psikolojisi olmalıdır. Gerek dava konusu olaya dair gerekse kendi iddia ve savunmalarına dair ya da dava malzemesine, bilimsel görüşlere dair olsun, söz konusu

[1341] Küçükay, s. 454
[1342] Küçükay, s. 455
[1343] Küçükay, s. 456-460

muhatabın ilk algısı önem taşımaktadır. Algı ile edinilenin ifade edilişi de, ikinci derece önemli kabul edilmelidir. Algı ile edindiği bilgiyi, ne kadar nasıl ne boyutta ne derecede bilgiye dönüştürdüğü, bunu örneğin tanıksa ne kadar belleğinde tutabildiği, bir bilgiyi ne kadar sözcüklere çevirdiği önemlidir. Bu algı, bilgi ve beyan boyutlarından davaya yansıyanlarda gerçek arayışı içinde sorulacak sorularda da bu boyutların her birinin "sağlığı" ve "sağlamlığı" esas alınmalıdır. Bu temelde, özellikle delil değerinden dolayı tanığın algısal denetiminde bu üç boyut çok önemli görülmelidir. Özellikle, "algı denetimi", belirsizlik ve çelişki karşısında devreye konulacak ilk araştırma yolu olacaktır. Algıyı netleştirmek, geriye dönük olarak olanaklı olmasa da, algı ile elde edileni bilgiye ve ifadeye dönüştürmekte hâkim sorular ile yardımcı olmalıdır. Bunu yaparken zorlandığı, psikoloji alanında uzmandan yardım istemesi gerektiği anda durumu bir psikolog ile özel ve teknik bilgi kapsamında kabul edilerek değerlendirilmelidir.

Öğretide, tanığın beyanları arasındaki çelişkilere dikkat çekilirken tanığın aynı davada, bu çelişki ve belirsizlikleri gidermek için yeniden tanık dinlenebileceği ifade edilmiştir[1344]. Tanığın bu şekildeki dinlenmesinde soru yöntemi ve hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir aracı olarak kullanılması beklenen yöntem olacaktır. Mülga HUMK 378., meri HMK 185. maddesine göre toplu mahkemelerde tanığın ya da bilirkişinin "gerçeğin ortaya çıkması" için dinlenmesi olanaklı görülmüştür ve gene HMK 184/son maddesine göre de tahkikatın bitip bitmeyeceğine yani davada aydınlatılmamış bir konu olup olmadığını da hâkim karar verecektir. Tanıklar açısından aynı beyan içinde belirsizlik ve çelişki içeren ifadeler fark edilmişse, bu beyanlardaki netliği elde etmek amacıyla tanık yeniden duruşmaya çağrılıp özellikle tarih sıralamasındaki farklılık giderilebilir; çelişkili konular sorulup son olarak beyanlarına bir şekil vermesi, düzeltmesi, gerçek ile uyumlu hale getirilmesi istenebilir. Tanık, üçüncü kez de veya daha fazla sayıda da dinlenebilecektir. Tüm beyanlar arasında bir

[1344] Ertarhan, s. 288

uyumsuzluk, belirsizlik ve çelişki varsa, hâkimin sorgu ve soru türü değiştirerek bu belirsizlik ve çelişkiyi gidermek için tanığı sorgulaması olanaklıdır. Aksi takdirde tutarsız beyanlar üzerine karar vermesi isabetsiz olur. Ayrıca, hâkim daha önce dinlemekten vazgeçtiği, tanığın davayı aydınlatacağı kanısıyla dinleyebileceği gibi, bir vakıa hakkında sunulan deliller davayı aydınlatmamışsa, o vakıa hakkında da tanık listesi verilmemişse delil sunulmasını isteyebilecektir[1345].

Hâkimin algısal denetimde psikolojik bir yaklaşıma, psikolog veya ilgili uzmanla girişmesi önemli bir konudur. Bir kişinin geçmişteki bir algısı ile elde ettiği bilgi ve izlenim bellek olarak tanımlanmıştır, dış dünyada oluşan durumun duyu organları aracılığı ile bilince aktarılması ve idrakin oluşması gereklidir. Sonrasında bu olayın bellekte kalabilmesi için belli bir şiddette yer alması lazımdır. Tanığın dikkat ölçüsü, zihinsel durumu, algı sağlığı, idrak yeteneği, iletişim becerisi bu konudaki verimlilikte doğrudan etkendir. Olay sırasında, kişinin olaya ilgi duyup duymaması, aşırı ilgi duyması, çıkar beklentisinde olup olmadığı, algıyı etkileyen başka unsurların varlığı önemlidir[1346]. Örneğin, iki kişi arasındaki bir diyaloğa tanıklık eden bir kişi, diyaloğun bir kısmında kendisine ait ve çalmakta olan telefon ile ilgilenmiş, bir başka kısımda sokaktan geçen bir kişiye gözü takılmış, bir diğer kısımda ise çocuğun ağlaması ile diyaloğa dair üç kez bilgi kesintisi yaşanmıştır. Diyalogda geçen cümlelerin bir kısmını eksik duyunca, önceki cümleler ile bağlantısını bilemediğinden tanıklığı da isabetli olmayabilir. Böylesi bir durumda, tanığın tanıklık için algılama sürecine dair bilinci ve idraki yönünden hâkimin sorgulaması gerekir. Hâkim, tarafların da uyarısı ile bu durumu öğrenmişse , algılama adımlarını teker teker sorarak güvenilirlik ve doğruluk temelinde denetlemelidir. Bunun için örneğin, "diyalog sırasında kesinti oldu mu, baştan sonra duydunuz mu?" şeklinde sorabileceği gibi, tarafın uyarısı ve soru sorması ile "taraf X kendisinin ihmali olduğunu kabul etti dediniz, bunu hangi konuda dedi? Konu tartışırken sizi

[1345] Ertarhan, s. 268
[1346] Ertarhan, s. 319

oradan uzaklaştıran bir çocuk ağlaması oldu mu?" gibi sorular sorarak algı denetimi yapabilecektir. Tanığın duyu organlarında zayıflık olup olmadığına dair şüphe varsa, veya iddia ediliyorsa bu durumda da hâkimin konuya ilişkin ölçümleri yaptırması gene hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir parçası olarak görülmelidir. İsabet denetiminde olumsuz sonuca ulaşılması durumunda olumlu kısım içerip içermediği, içermiyorsa da toplanan o tanığın ifadesinin karar sürecinde esas alınmaması söz konusu olacaktır. Algının bu yönünün yanı sıra, tanığın keyif verici ürünlere bağımlı olup olmadığı, olay sırasında kullanmış olup olmadığı, duyu organlarının sağlığı, fiziksel hareketlere, ses ve benzeri etkenlere duyarlılığı ve dikkati, algıda seçiciliği, varsayıma eğilimi, olayları yorumlayışı, yorum-algı arası ayrımın sorguda doğru yapılması, tanığın algısını nakletme yeteneği, tanığın yaşı, cinsiyeti, zekası, akıl sağlığı, engelli olup olmadığı, kültür, gelenek ve göreneklerin algıdaki etkisi, ahlaki yapısının etkisi, tanığın konuya ve olaya genel ilgi ya da ilgisizliği, kişisel deneyim, tanığın genel hafızası, algı sırasındaki korku ve heyecanı, suçluluk, duygusal taraflılık, ekonomik ve sosyal değerler, mesleki durumlar, alışkanlıklar, olayın niteliği, uzaklığı, koşulları, yeri ve boyutu ve zamanı algıya etki edecektir[1347].

Tanığın sorgusunda çelişkiyi veya belirsizliği giderecek şüphe giderilmemişse hipnotizma, yalan makinasına bağlama gibi yollara gidilebilecek midir? Öğretide, hem ceza hukuku hem de medenî yargılama hukukunda konu tartışılmıştır. HMK kapsamında, tanığın dinlenme şekli açıkla düzenlendiğinden bu yöntemlere başvurma olanağı olmadığı ileri sürülmektedir[1348]. Kanımızca da, sağlık riskleri taşıyan bu uygulamalara yasa hükmü açıkça izin vermedikçe gidilmesi isabetsiz olacağı gibi, Anayasa'nın 17.maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığına dokunulabileceği haller içinde de düzenlenmediğinden ancak soru yöneltilen, sorgulanan kişinin rızası halinde yapılabilecektir.

[1347] Erem, s.287
[1348] Ertarhan, s. 388

Tüm bu sorulardan sonra, hâkim, daha önce de incelediğimiz gibi, ispat ölçüsü yönünden vicdani kanaate mantık ve bilim sınırları içinde ulaşmışsa davanın bu yönü aydınlanmış sayılabilecektir, fakat bazı boşluklar kalmışsa, olayla tümden kopukluk yaratmadığı sürece akıl yürütmeyle de tamamlanabiliyor ise bu yöntem denenmelidir. Aksi durumda ise, yani tüm psikolojik incelemeler, fiziki araştırmalar, gerekirse keşif ve sair yollardan tanık beyanı ile dava aydınlanmamışsa, başkaca olaya dair delil de bulunmuyorsa, dava ispat edilememiş olacaktır. Tanık delili veya bilirkişi delili yönünden, bu insani riskler maddi koşulların getirisi olup, delilin doğasından gelen bir risktir. Ne yazık ki, olumsuz çıkmazların bulunduğu durumlar da kaçınılmaz olabilmektedir.

Bir olay betimlemesinin eksik ya da tutarlı olup olmaması, esas itibariyle mahkemenin hukuki ve dava temeli olaya ilişkin değerlendirmesine bağlıdır. Dava konusu olaya dair beyanlar davanın görülmesinde çok sık olarak uygulanacak hukuk kuralları ile belirlenir. Taraflardan biri hukuki durumu mahkemeden farklı bir şekilde değerlendirdiğinde, mahkemenin karar açısından önemli olarak değerlendirdiği koşul vakıadan vazgeçmek tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Eğer yetersiz veya tutarlı olmayan olay sunumu gözden kaçan veya önemsiz sayılan hukuki sebebe dayanıyorsa, mahkeme hem bu hukuki sebebe hem de olay beyanının bundan kaynaklanan anlaşılmazlığına ve hem de ifadenin eksikliklerinin giderilmesinin gereğine dikkat çekmesi gerektiği ileri sürülmüştür[1349].

Hâkim, soru aracını kullandıktan sonra, alacağı yanıtlar yönünden hâkimin davayı aydınlatma ödevi sınırları ile bağlıdır. İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, taraflara yol gösterme yasağı açısından olsun hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bu sınırlarının aşılmaması gereklidir.

[1349] Liu, s. 252

C.ARAÇLAR TEMELİNDE İŞLEVSEL OLARAK HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ, ARAÇ OLARAK AÇIKLAMA YAPTIRMAK VE İSTİCVAP

I.Açıklama Yaptırmak

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında, hâkimin belirsizlik ve çelişkiyi gidermek için taraflara, tanıklara veya bilirkişiye yönlendireceği bir diğer araç da, açıklama yaptırmak aracıdır. HMK 31. maddesi bu açıklamanın muhatabını taraf olarak düzenlese de, tanığa sorulacak açık uçlu soruların yanı sıra, bir konuda hakkında bildiklerini söylemesi, açıklama yapması istenebilir. Aynı açıklama isteği tarafa da yönlendirilebilir. Bu istekte, tarafın belirsiz ve çelişkili bir istem ve beyanını açıklaması, somutlaştırması istenebilecektir. Örneğin dava dilekçesinde, olaylar, deliller veya cevap dilekçesinde gene karşı olaylar, karşı deliller ile ilgili belirsizlikler, çelişkiler karşısında hâkim, belirsizlik veya çelişkinin içeriğinden hareketle aydınlatma aracını seçecektir. Belirsizlik veya çelişki, bir soru ile giderilebilecek bir durumda ise, uzun bir açıklama beklemeyecektir. Örneğin, bir haksız fiilin tarihi, Kasım 2015 olarak belirtilmişse, gününü sormak yeterli görülebilir. Ancak bir dava dilekçesinde, örneğin bir boşanma davasında, taraflar arası geçimsizliğin kaynağı olarak olay yerine kültürel farklılık, ilgisizlik ve sürekli çatışma gibi soyut olgular belirtilmişse, bu durumda, hâkimin bu iddialara dayanak olarak gösterilen somut, hatta belirlenebiliyor ise, ortalama günlerini, tarih veya zaman aralıklarını içeren olayları açıklamasını davacı taraftan istemesi gerekebilecektir. Kısa yanıtların yeteceği veya soru ile somutlaşacağı, dava dosyası ve yargılama sürecinden anlaşılan belirsizlik ve çelişkilerde ne şekilde dağılacağı belirsiz bir açıklama verimli olmayabilir. Hatta iddia ve savunmayı değiştirme yasağını aşmaya da neden olabilecektir. Bu temelde, açıklama yaptırma belki de geniş boyutlu belirsizlik veya çelişkiler halinde değerlendirilebilir. Bir başka örnek vermek gerekirse hâkimin evlilikte katkı payı alacağı davasında, ediniliş şekli belirsiz olan bir malvarlığı hakkında, ediniliş süreç ve kaynağının açıklanmasını istemesi veya sorması, HMK 31. madde gereği olarak karşımıza

çıkmaktadır. Bu süreç ve kaynağın dava dilekçesinde olmaması aslında bir vakıa eksikliğidir, ancak dava dilekçesinde, örneğin konut için "benim bu konutta hakkım var, ben de çalıştım, alınması birlikte emeklerimizin sonucudur" şeklinde bir cümlede, bu süreç ve kaynak hesaplamaya yeterli derecede değerlendirilememektedir.

Hem soru, hem açıklama isteme araçları bir davada aynı belirsizlik ve çelişki için de beraber kullanılabilir. Davada, yukarıdaki gibi katkı payına konu konutun edinilmesi süreci sorulduktan sonra, süreç içinde, konuta dair taksitlerde belli bir miktar toplu ödemenin davalı yanca yapıldığını düşünelim. Burada davalı yana, bu ödemenin ne doğrultuda yapıldığı sorulabilir; ayrıca davacı yana da konutun alınmasında kendisinin parasal katkısının kaynağı kendisine kalan bir miras ise, bunun miktarı, zamanı oradan gelen paranın konut için aktarılıp aktarılmadığına dair delillerin sunulması ya da soru sorulması söz konusu olabilecektir. Hem açıklama ve devamında hem de soru yöneltilmesi aynı belirsizlik veya çelişki içeren olay için olanaklıdır[1350].

[1350] Benzer bir yorumda, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi bulunmuştur; "Bu halde Mahkemece, öncelikle dava dilekçesi HMK'nun 31. maddesi gereğince açıklattırılarak, davacının 33 ... 444 plaka sayılı araç ile banka hesalarında bulunan paraya ilişkin isteklerinin tek tek açıklattırılması, davacı tarafça yapılacak bu açıklamadan sonra, 33 ... 444 plaka sayılı aracın sicil kaydı getirtilerek edinilmiş mal olup olmadığı, banka hesaplarının açıldığı tarihten boşanma dava tarihine kadar hareketleri gösterecek şekilde hesap dökümünün ilgili bankadan getirtilerek bankacı, muhasebeci ve hukukçu bilirkişilerden oluşan üç kişilik bilirkişi heyetine tevdi edilerek edinilmiş mal teşkil eden bir miktar bulunup bulunmadığına dair gerekçeli, Yargıtay denetime uygun rapor temin edilerek ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması doğru değildir."(E. 2013/17854 K. 2014/16361 T. 18.9.2014, www. kazanci.com, erişim tarihi: 5.2.2018)
Aynı dairenin bir başka kararında ise, "Bundan ayrı davaya konu 2023 ada 1 parsel 7 numaralı bağımsız bölüm ilk defa 20.10.2003 tarihinde satış sonucu davalı adına tescil edilmiş olup taşınmazın alım tarihinden 6 gün önce davalıya ödenen 32.866 TL emekli ikramiyesiyle edinildiği ve 4721 Sayılı T.M.K.nun 228. maddesi gereğince emekli ikramiyesinin bilirkişi vasıtasıyla belirlenen 20.543,00 TL sinin kişisel mal olduğunun kabulü doğru olmakla mahkemece öncelikle, 6100 Sayılı H.M.K.nun 31. maddesi gereğince davacının isteğinin ne kadarının taşınmaza ne kadarının araca dair olduğu açıklattırılmalı, davacının taşınmazın korunması ve iyileştirilmesi için yapmış olduğu ve dosyada faturası bulunan harcamaların taraflar arasındaki mal rejimini sonlandıran boşanma dava tarihi 9.10.2006'dan sonra yapıldığı göz önünde bulundurularak mal rejiminin tasfiyesi kapsamında değil ama Borçlar Hukuku'nun genel hükümleri çerçevesinde istenebileceğinden buna dair istek hakkında mahkemenin görevsiz olduğu düşünülmeli, Katılma alacağı hesaplanırken davalının kişisel malı olarak kabul edilen 20.543 TL'nin taşınmazın edinme değeri olan 32.000 TL'ye oranı belirlenmeli ve bu oranla taşınmazın karar tarihine en yakın tarihteki sürüm (T.M.K. m. 232, 235/1. fıkra) değeriyle çarpım sonucu belirlenecek miktar davalının kişisel malı kabul edilerek ve belirtilen tarihe göre saptanan sürüm değerinden çıkarıldıktan sonra kalan miktarın yarısına (T.M.K. m. 236/1) davacının katılma alacağı olarak hüküm altına alınmalıdır." (E. 2014/4130 K. 2014/4227 T. 13.3.2014, www. kazanci.com, erişim tarihi: 5.2.2018)

Hâkimin, açıklama istediği konuyu taraflara ya da ilgili muhatabına açıkça belirtmesi gerekir ki, davadaki belirsizlik ve çelişki de isabetli olarak giderilebilsin. Tarafın açıklamaları yetersiz olursa, bu durumda sorularla açarak, gerçeğe veya tarafın iradesine ya da belirsiz ya da çelişkili olan ne dava malzemesi varsa onun aslına ulaşmak olanaklı olacaktır[1351]. Açıklamanın gereğinin bir yansıması, mülga HUMK 213.maddede yer almakta iken, meri HMK 144. ve 147.maddede tarafların çağrılıp vakıalar hakkında dinlenebileceği düzenlenmiştir. Bu dinleme sorulacak sorular veya istenecek açıklamalar üzerine hâkimin alacağı bir tavırdır[1352].

Öğretide, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin araçlarından biri olarak düşündüğümüz isticvap kurumunun hâkimin davayı aydınlatma ödevi araçlarından biri olamayacağı genel olarak belirtilmiştir[1353]. İsticvap ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki ilişkiyi incelerken, isticvabın hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir uygulaması olduğunu düşündüğümüzü belirtmiştik. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi bir ilke hükmüdür. Bu temelde, hükmün bir ışık kaynağı gibi çeşitli yansımalarının olması, bunların çeşitli görünüm ve uygulamalar içermesi mümkün olmalıdır. İlke normdan kaynak almayan, kanunda düzenlenen belki pek az hüküm vardır. İlkeler HMK açısından genel hükümlerin de üzerinde yasanın ruhunu, amacını, felsefesini ve en ana hatlarını çizen kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda, isticvabı, ilkeleri düzenleyen normlar içinde nerede, hangi ilkede

[1351] Meriç, Aydınlanma, s. 408

[1352] Yargıtay bir kararında, buna benzer şekilde açıklama isteme aracını sor ile iç içe değerlendirmiştir; "Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenleme ile doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar "açıklama yaptırabilir" denilmişse de, bunun, hâkimin davayı aydınlatması için bir "ödev" olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir.
Somut olayda, davacı 5.11.2009-10.7.2012 dönemi süresince davalı işyerinde ön muhasebe elemanı olarak çalışmış, dava kapsamında çalıştığı tüm döneme dair ücretini alamadığını savunmaktadır. Mahkemece bu konuda bildirilen tanık dinlenmiş, davacı tanığı beyanında harçlık olarak adlandırılan parça parça ödemeler yapıldığını, kendisinin de ödemedeki aksaklık sebebii ile işten ayrıldığını beyan etmiştir. Buna göre davacının tanık beyanına ve ücrete dair iafedesi önem taşır. Hâkimin davayı aydınlatma görevi çerçevesinde davacı davet edilmeli, ücret ödemelerine ve tanığın söz konusu beyan ile ödemelere dair anlatımı sorulmalı, söz konusu nokta aydınlatılmalıdır. " (22. Hukuk Dairesi, E. 2015/11061 K. 2016/14749 T. 23.5.2016, www. kazanci.com, erişim tarihi: 5.2.2018)

[1353] Tercan, s.; Meriç, Aydınlanma, s. 408; Karaaslan, s. 154; Alangoya, İlkeler, s. 160-161

görmeliyiz? İsticvap hâkimin katıldığı, bir rol üstlendiği, özellikle dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine kısmen istisna getirdiği izlenimini, daha ilk incelemede bile vermektedir. HMK 31. maddesindeki, soru sorma ve açıklama yaptırma araçları aynı şekilde isticvapta da vardır.

İsticvabın öneminin HMK 31. maddesini, gerek tebligat ile tarafı çağırma, gerekse etkisi ve sonucu ile işlevsel hale getirmesinde olduğunu düşünmekteyiz. HMK 144. madde çerçevesinde tarafın çağrılması halinde, davayı aydınlatacak bilgi vermemiş veya verememişse dava aydınlanmadan kalmamalı, son ve etkili bir sonuç içeren bir kurumun buna ek olarak getirilmesinin isticvapla olanaklı olduğunu düşünmekteyiz. Yasa koyucunun, ilkelere bağlı olarak her normun düzenlenmesinde, bağlı olduğu ilkeyi açıkça göstermesi, zikretmesi de gerekmemektedir. O nedenle isticvabın hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağlantısının da açıkça işlevsellik noktasında olduğunu düşünmekteyiz[1354].

İsticvap, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tek aracı veya uygulaması da değildir, gerek oldukça, belirsizlik ve çelişki yargılama sürecinde var oldukça hâkim tarafları çağırıp dinleyebilecektir. Taraflara, "başka beyanlarının olup olmadığının", sorulması yeterli olmayıp, HMK 27. maddesinin bir gereği olmak üzere, açıklama konusu belirsizlik ve çelişkinin dayandığı somut yer ve durum sorulmalı ve belirtilmelidir[1355].

Taraf yönünden ise, bir belirsizlik olabilir, bu soru ile giderilebilecek bir olgudur[1356]. Ancak bunun gerçekleşmesi için şüpheyi doğuracak durumun davaya yansıması gerekir ki, hâkim sorabilsin. Örneğin dava dilekçesinde, davalı tarafın adı, "Halit Akyazan-Geri

[1354] Bkz. Karş.Budak/Karaaslan, s. 212; öğretide Tercan ile aynı görüşte olan Budak/Karaaslan, isticvabın isticvabın sadece tarafın aleyhine olan konularda uygulandığını, tarafların davanın aydınlanması amacıyla dinlenmesi veya sorguya çekilmesinde ikrar elde etme amacının ve bu kapsamda ispat için olmadığını düşünmektedirler. Biz ise, isticvabın, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir özel usûl kural ve amaçlarına bağlı uygulaması olduğunu düşünmekteyiz. İsticvap, aydınlatma ödevinin somutlaşmış bir uygulaması olarak bizce yorumlanmaktadır.
[1355] Karaaslan, s. 155
[1356] Alangoya, s. 142

Dönüşüm İşleri" olarak yazılmış, fakat Sosyal Güvenlik Kurumu nezdindeki hizmet döküm cetvelindeki işveren ünvanının "Halit Akyazan Geri Dönüşüm İşleri A.Ş." olduğu görülmüştür. Bu durumda hâkim, taraf değiştirme yönünde yol göstermek için değil, kabul edilebilir bir bilgisizlik olabileceği düşüncesi ile, işaret ederek bu durumu düzeltmesi için açıklama fırsatı verebilir. Bir başka şekilde, dava dilekçesinin sonuç ve istem kısmından davacının istemi, dava türü[1357], faiz türü, faiz başlangıç tarihi, terditli davada istem türleri ve içerikleri ile sıraları, objektif dava yığılmasında taleplerin tek kalemde gösterilmesi halinde

[1357] Dava türü, bazı durumlarda mahkemenin görevinin kendliğinden gözetilmesi nedeniyle ayrıca önem kazandığından, bu konudaki belirsizlik ve çelişki halinde hâkimin soru sorarak veya açıklama yaptırarak bu belirsizlik veya çelişkiyi gidermesi gereklidir, bu konuda Yargıtay bir kararında yol göstermiştir, "Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetilir ve bu husus dava koşuludur. (HMK 114/1-d) Davacının ruhsal rahatsızlığının bulunduğu dava dilekçesinde ifade edilmiş ve bu husus dosya arasındaki bir kısım deliller ile de doğrulanmıştır. Bu durumu nazara alan mahkeme 09/12/2014 tarihinde davacının akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediği hususunda resmi sağlık kurulu raporu alınması için hastaneye sevkine karar vermiş, ancak bu yöndeki araştırmayı beklemeden görevsizlik sebebi ile dava dilekçesinin reddine karar vermiştir. Karardan sonra da araştırmaya dair yazdığı müzekkerenin işlemsiz olarak iade edilmesini istemiştir. Dava dilekçesi maddi ve hukuki açıdan belirsizlikler içermektedir. Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. (HMK.m.31) Davanın hukuki vasfının belirlenebilmesi için davacıdan açıklama istenmesi gereklidir. Hukuki vasıf belirlenmeden davanın aile mahkemesinin görevine giren bir iş niteliğinde mi yoksa asliye hukuk mahkemesinin görevi dahilinde mi olduğunu mevcut durumda belirlemek mümkün bulunmamaktadır. Bu bakımdan davacının akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle vesayet altına alınmasının gerekli olup olmadığı araştırılmalı bu hususun gerekli görülmesi halinde yetkili vesayet makamına durum bildirilmeli, sonucuna kadar yargılama bekletilmeli, neticesine göre davacının dava ehliyetinin mevcut olup olmadığı saptanıp ehliyeti mevcut değilse davanı bu sebeple usûlden reddine karar verilmeli, ehliyetinin mevcut olduğunun anlaşılması halinde ise Hukuk Muhakemeleri Kanununun 31. maddesi gereğince davacıdan açıklama istenip davanın hukuki vasfı belirlenmeli buna göre görevli mahkeme tayin edilmelidir. Açıklanan hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile karar verilmiş olması doğru görülmemiştir."(18. Hukuk Dairesi, E. 2015/6198 K. 2016/1157 T. 26.1.2016, www. kazanci.com, erişim tarihi: 5.2.2018)
Benzer şekilde, davada "terdit" ilişkisinin olup olmadığının da anlaşılması için HMK 31. Maddesinden yararlanmak olanaklıdır, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin bir içtihadında, "Davacı, davasını "Orman Genel Müdürlüğüne" yöneltmiş olup, "izafeten" kelimesi, bu kelimeden sonra kişinin, bu kelimeden önceki kişiyi "temsil" ettiğini gösterir. O halde, mahkemenin, davanın Orman İdaresine yöneltilmediği yönündeki kabulü isabetli değildir. Diğer taraftan mahkemece, dava, orman kadastrosuna itiraz davası olarak nitelendirilmiş ise de davacının dilekçesi, yeterli açıklıkta bulunmamaktadır.
Dava dilekçesinde ileri sürülen hususların nitelendirilmesi hâkimin görevinde ise de; hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir, soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir. (HMK m. 31)
Bu sebeple öncelikle, davacıya davası açıklattırılmalı, davasının orman kadastrosuna itiraz mı yoksa tazminat davası mı olduğu, ya da her iki davayı terditli olarak mı açtığı konusu açıklığa kavuşturulmalı; dava terditli olarak orman kadastrosunun iptali, olmadığı takdirde taşınmazın eksilen bölümü yönünden hissesine isabet eden bedelinin tahsili istemiyle açılmış ise, orman kadastrosunun hangi tarihte ilân edildiği, bundan sonra 10 yıl içinde orman kadastrosunun iptali yönünde açılmış bir dava bulunup bulunmadığı araştırılmalı; orman kadastrosunun kesinleşmiş olduğu kanısına varılırsa, Orman Yönetimi hakkında açılan davanın hakdüşürücü süre yönünden reddine karar verilmeli; tazminat istemi bakımından, özel mülke konu olan bir taşınmazın orman kadastro sınırları içine alınarak mülkiyet hakkına müdahale edildiği iddiasıyla Medenî Kanunun 1007. maddesi uyarınca açılacak dava, Devletin kusursuz sorumluluğu ilkesinden kaynaklandığından, husumetin Hazineye yöneltilmesi gerektiği gözönünde bulundurularak, HMK 124. madde çerçevesinde taraf değişikliği yapılıp yapılamayacağı hususu değerlendirilmeli, bundan sonra işin esasına girilerek tüm deliller toplanarak sonucuna göre bir karar verilmelidir. " (E. 2015/5458 K. 2016/59 T. 11.1.2016, www. kazanci.com, erişim tarihi: 5.2.2018)

hangi dava için ne kadar istendiği[1358]açıklattırarak davaya katılmalı ve belirsizlik giderilmelidir. Mahkeme sadece atlanmış veya önemsiz görülmüş hukuki, maddi ve belirsiz bakış açılarına ve bundan çıkan maddi beyanın tamamlanması zorunluluğuna işaret etmekle yetinemez eksikli maddi vakıa beyanına ve amaca uygun olmayan dilekçeye ve bundan çıkan atlanmış veya önemsiz görülmüş bakış açısına da işaret etmek zorundadır[1359].

Örnek vermek gerekirse, kusur sorumluluğu nedeniyle, haksız eylem ile zarar doğması durumunda, borçlar hukuku gereğince sorumluluğun doğduğunun tespiti için kusur, fiil, fail, illiyet bağı, hukuku aykırılık ve zarar unsurlarının bilinmesi ve olması gereklidir. Zararın var olup olmadığı konusunda da, ilgili sorumluluk kaynağına göre, mesela kalıcı sakatlık temelinde ise, sakatlık oranı ve kaynağı, gelir durumu önemli olacaktır. Dava dilekçesinde tüm unsurların belirtilip, zarar bileşenlerinin hiç belirtilmemiş olması durumunda, hâkim tamamlatma işlevini açıklama yaptırarak gerçekleştirmiş olacaktır.

Öğretide, Iura navit curia kuralına (HMK 33.md., hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ilkesi) dair de, hâkimin uygulayacağı kuralından tarafları haberdar etmesi ve açıklama yapmalarına olanak tanıması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece tarafların usûli davranışını düzenleme olanağı olacağı belirtilmiştir[1360]. Bu durum HMK 27. maddesi gereği hukuki dinlenilme hakkı ile de uyumlu ve uygun olacaktır.

Mahkemenin dZPO 139. maddesine göre yerine getirilmesi gereken, tarafları ulaşmak istedikleri hedefi davayı doğru yol üzerinden sürdürerek ulaşacakları dilekçeleri vermeye yönlendirmek görevi dönüştürme işlevi olarak kabul edilir[1361]. Burada tarafların günlük konuşma dili ve algısal olarak kimi zaman duygusal yaklaşımlarının etkisi ile amacından sapabilen iradelerinin doğru bir ifade ile dilekçelerine yansıtılmasını sağlamak söz konusu

[1358] Alangoya, İlkeler, s. 143
[1359] Liu, s.205
[1360] Alangoya, İlkeler, s. 153
[1361] Liu, s. 247

olmaktadır[1362]. dZPO 139'a göre mahkeme tarafların dava temelini açıklamaya yararlı dilekçeler vermeleri yönünde çaba sarf etmek durumundadır. Yasa sadece yararlı dilekçenin ne olduğunu ayrıntılı bir şekilde açıklamamaktadır. Dolayısıyla hâkimlerin yükümlülüklerinin somutlaştırılması mahkeme tarafından yerine getirilecek görevin amacından türetilmelidir. Hâkimin önerisi, daha iyi hukuk bilgileriyle donatılmış ve tartışmalı olaya ilişkin daha belirgin hukuki bakışa sahip olan tarafın baskın çıkmasında değil, maddi hukuka göre haklı olanın kazanmasına yardımcı olmalıdır[1363].

II.İsticvap

1.Genel Olarak

Sözcük anlamı itibariyle isticvap, " sorguya çekmek, sorguya çekilmek, cevap istemek, söyletmek"[1364], bir başka ifade ile "tahkikatın aydınlatılması için lüzum görülen şeylerin sorulması" olarak da ifade edilmiştir[1365]. HMK'da isticvap, kurum olarak 169. ve 175. maddeleri arasında düzenlenmiştir[1366]. HMK madde düzenlenmelerinde tanım olarak

---

[1362] Spohr, s. 84
[1363] Spohr, s. 79
[1364] Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, s. 403
[1365] Ersoy, Rıfat: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1966, s.218, (nakleden Tercan, Erdal, İsticvap, s. 45), Yargıtay da, bazı kararlarında isticvabın HMK 31. maddesinin bir uygulaması olduğu kanısındadır; "Davaya konu somut olayda, davacının Kurumca 26.2.1992 tarihinden itibaren 1479 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı kabul edilerek aynı tarih itibariyle prim borcu nedeni ile durdurulduğu, 26.2.1992-15.8.2005 tarihleri arasındaki 4849 günlük dönemin ihya edilerek prim borcunun 6111 Sayılı Kanun kapsamında ödendiği, tahsis talebi sonrası, Kurumca %60 çalışma gücü kaybı olmadığı için malullük aylığı şartları olmadığından malullük aylığı talebinin, davacının devam eden anonim şirket kurucu ortaklığı nedeni ile tahsis talebi sonrası belirlenen sigortalılık sürelerine göre tahakkuk eden prim borcu nedeni ile de yaşlılık aylığı talebinin ret edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, öncelikle davacı asil HMK'nın 31. maddesi gereği isticvap edilerek talebi açıklattırılarak, malullük aylığı mı, yaşlılık aylığı mı talep ettiği belirlenmelidir. " (8. Hukuk Dairesi, E. 2015/911 K. 2016/8977 T. 23.5.2016) (www.kazanci.com, erişim tarihi: 1.8.2019)

[1366] İsticvap, HMK'daki düzenlemeden önce, HUMK'da da yerini ve uygulamasını bulan bir kurumdur. Bu anlamda, HUMK 75/ II ve III. fıkralarında düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi gibi, isticvap da hukuk yargılamasında düzenlenen bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. HUMK'da isticvap 230-235. maddeleri arasında düzenlenmişti. HUMK 230. maddesine göre, *"tahkikat hâkimi, iki taraftan her birini, resen veya talep üzerine isticvap edebilir. Hâkim isticvap edeceği tarafa evvelemirde hakikati olduğu gibi söylemesi hakkında vesayada bulunur. İsticvap, müddeabihe veya onunla münasebeti olan hallerde vakıalara taalluk etmek icab eder."* şeklinde düzenlemesini bulmuştu.

isticvap belirtilmemiş, 169. maddesinde konu olarak içeriği ve düzenlemesini bulmuştur[1367]. Maddenin hükümet gerekçesinde, 1086 sayılı HUMK'un sözünün sadeleşmesinden oluşturulduğu belirtilmiştir. Hükme göre, isticvabın konusu davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar olarak belirtilmiştir. HMK 230. madde, dava konusu ile vakıalar arası bağlantı kurularak isticvaba konu edilmiştir. HMK 31. maddesini incelediğimizde, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin konu olarak belirsizlik ve çelişkinin maddi ve hukuki açıdan söz konusu olduğunu, bu yönden dava temeli vakıalar veya deliller ile sınırlı tutulmadığı görülecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, bu anlamda dava temeli vakıalar ile sınırlı değildir. Delillerin belirsizlik ve çelişki içermesi, talep belirsizliği ve çelişki, tarafların taraf ve dava ehliyetleri gibi vakıalardan daha geniş bir uygulama alanını içermektedir. İsticvap bu nedenle kurum olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile çok yakın bir ilişki içindedir. Kanımızca yargılamaya egemen ilkelerden biri olarak düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma ödevinin somutlaşmış ve uygulanmasına araç olan bir kurum olarak isticvabın değerlendirilmesinde engel bulunmamaktadır.

2.Amacı

İsticvabın amacı, HUMK'da madde metinlerinde düzenlenmediği gibi, HMK'da da düzenlenmemiştir. Öğretide, isticvap ve HUMK yürürlüğü döneminde geçerli olan hâkimin teklif ettiği yemin gibi kurumların, yeni bir dava malzemesi olmadığı, davaya yeni vakıalar eklenmediği, çekişmeli olayların gerçekliğinin araştırıldığı ileri sürülmüştür[1368]. Bir diğer deyişle, isticvabın bir ispat aracı olduğunu, bu kapsamda davaya temel teşkil eden vakıaların gerçek olup olmadığı hakkında hâkimin bilgi ve kanaat edinmesine dair bir araç sayıldığı

1367 ***"Konusu***
MADDE 169- *(1) Mahkeme, kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebilir. (2) İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur."*

1368 Tercan, İsticvap, s. 43, Bernhard, Wolfgang: Die Aufklaerung des Sachvehalts im Zivilprozess, Beitracze zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum 70. Geburstag von Leo Rosenberg, München und Berlin, 1949, s.37

ifade edilmiştir[1369]. İsticvap, bizce aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz gibi, öncelikle HMK 31. maddesinin bir yansıması, bir enstrümanı olarak değerlendirilmiş ve diğer görüşlerle birlikte tartışılmıştır. Bunun yanı sıra, kurum olarak HMK 144. maddesindeki[1370] tarafların dinlenmesi kurumu ile yoğun bağlantı içindedir. 144. maddenin 31. madde için kullanılmak istendiğinde tarafın gelmemesi üzerine 171.madde ile mahkemece sorulacak vakıaların ikrar edilmiş sayılacağına dair davanın esasına dair gelmeyen tarafın aleyhine doğabilecek yaptırım[1371] öngörülerek tarafın zorlanması için daha özel daha kuvvetli hükümlerin uygulanması gereksinim olarak ortaya çıkmıştır ki, özel bir kurum olarak isticvap 144.maddesinden ayrı olarak gelmiştir. İsticvabın gereksim olması, dilekçelerde ya da taraf beyanlarında bir belirsizlik ve çelişki olmadığı halde neden gerekli olacaktır? Dava konusu olaya dair bir karar verebilmek için belirgin olmayan bir konu kalmış olmadığında kurum olarak işlevi zaten kalmamaktadır.

İsticvabın, delil elde etme, ispat aracı olma amacının olup olmadığına dair bu görüş karşısında, görüşün değerlendirilmesinde, medenî yargılama hukukunun amacına dair benimsenen düşüncenin de yorumda etkili olacağı düşünülebilir. Medenî Yargılama Hukukunun amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu kabul edildiğinde, isticvabın uygulama şeklinden yola çıkılarak, HMK 173/1. maddesi ve HUMK 230/1-1. maddesindeki gibi "gerçeği söylemesi gerektiği" tarafa hatırlatıldığı da dikkate alındığında, isticvabın bir ispat aracı olduğu kuvvetlenmektedir.

[1369] Tercan, s. 44

[1370] "***Tarafların dinlenilmesi***
MADDE 144- *(1) Tahkikat aşamasında mahkeme, her iki tarafı usûlüne uygun olarak davet edip, davada ileri sürülen vakıalar hakkında dinleyebilir.*
(2) Mahkemenin, dinlenilmek üzere mahkemeye gelmeleri için iki tarafa vereceği süre iki haftadan az olamaz. Bu süre, gerektiğinde, mahkemece resen veya iki taraftan birinin talebi üzerine uzatılabileceği gibi kısaltılabilir."

[1371] *"**İsticvap olunacak tarafın davet edilmesi***
MADDE 171- *(1) İsticvabına karar verilen kimseye bizzat davetiye gönderilir ve belirlenen gün ve saatte isticvap olunmak üzere hazır bulunması gerektiği belirtilir. Davetiyede, ayrıca, isticvap konusu vakıalar gösterilir; ilgili tarafın geçerli bir özrü olmaksızın gelmediği veya gelip de sorulara cevap vermediği takdirde, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı ihtarı da yapılır.*
(2) Çağrılan taraf özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece sorulan vakıalar ikrar edilmiş sayılır."

İkinci bir tartışma boyutu açıldığında, isticvabın amacına dair değerlendirme yapılması gereği doğmaktadır. İsticvap ile elde edilecek ispat aracının niteliği kanımızca sorun olarak görülmelidir. İspat aracının HMK 187 ve HUMK 238. madde gereğince delil olarak düzenlenmiş olduğu kabul edilirse, bu durumda, taraf bilgisi ve beyanı delil türlerinden hangi türde kabul edileceği incelenmelidir. İkrar olduğu düşünülse bile, ikrarın bir delil türü sayılıp sayılmayacağı da tartışılmalıdır. Bu tartışma dışında, HUMK 367. maddesinde düzenlenen ve daha sonra HMK 192. maddesinde yasa koyucu, yasada düzenlenmemiş delillerin, "belirli bir delille ispat zorunluluğu" öngörülmemişse bile başvurulabilir nitelikte olduğu belirtilmiştir. HMK 192. maddenin hükümet gerekçesinde bu maddeyle, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlememiş olan delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş olduğu, böylece senetsiz ispatı uygun görülen davalarda akli, mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak kaydıyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esası tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlendiği belirtilmiştir.

3.Niteliği

İsticvabın, bir delil olduğu kabul edilen görüşe göre[1372] HUMK 367. maddesinin yürürlüğü döneminde, bu madde kapsamında, bir delil olduğu düşüncesi savunulmuş, bu düşünceye dayalı olarak da HUMK 308. ve 309. maddelerinde isticvabın delil olarak kabul edilmiş olduğu ifade edilmiştir. İsticvabın, hukuki niteliği yönünden ise, hâkimde bilgi ve kanaat oluşturma aracı olduğu görüşü[1373] isticvabın yasada bağımsız bir delil olarak düzenlenmediğini, hâkimin çekişmeli olaylar ile ilgili taraflardan belirli bir usûlde bilgi edinerek, çekişmeli olayların gerçek olup olmadığı konusunda kanıya varabilmesi için

[1372] Tercan, İsticvap, s. 135
[1373] Gafner, Max: Die Parteibefragung im schweizeriche Zivilprozessrecht, Dss. Bern 1919, s. 156, Witzhum, Hermann: Die Falsche Parteiaussage der Partei nach Art.306 st.GB, Dis. Zurich 1974, s.46 (nakleden Tercan, İsticvap, s. 120 vd)

getirilmiş bir yol olduğu ifade edilmiştir. Bu temelde, isticvabın amacının ikrar elde etmek olduğu, ikrarın delil olup olmadığı tartışılmaksızın,isticvabı da, delil olarak kabul etmeden, ikrar elde etme aracı olduğu ileri sürülmüştür[1374], hukuki nitelik yönünden delil olarak kabul edilmese bile, işlevsel yönden aynı olduğu, amacın ispat faaliyeti olduğu belirtilmiştir[1375].

Türk Hukuku'nda bir görüşe göre[1376], delil sayılsa bile, açıkça isticvap delil olarak düzenlenmemiştir. Bu durumdan farklı olarak, Avusturya[1377], Alman[1378], Fransız[1379], Yunan[1380] Medenî Yargılama Hukuklarında delil olarak kabul edildiği ifade edilmiştir. Bu görüş ekseninde isticvabı ikrar elde etme aracı olarak kabul eden görüşler[1381], kanımızca haklı olarak eleştirilmiştir. Neuchatel Medenî Usûl Kanunu'nun 1992 yılı değişikliği ile 226. maddesinde isticvabın ikrar elde etmeye yönelik bir kurum olduğu ifade edilmişti[1382]. Ancak anılan maddedeki "bir tarafın beyanı lehine delil oluşturmaz" ifadesinin ikrarın İsviçre Hukuku için delil kabul edilmemesine bir örnek olduğu belirtilmektedir[1383]. Bu görüş, isticvabın bilgi ve kanaat aracı olması niteliğini de eleştirirken isticvabın her iki durumda da bir ispat ve kanaat oluşturma işlevine sahip olduğu, her delilin her zaman bilgi ve kanaat oluşturma aracı olduğunu ancak,her bir bilgi ve kanaat aracının delil olmayacağı belirtilmiştir[1384]. İsviçre Federel Medenî Yargılama Yasası'nda yani schZPO'nun 191. ve 192. maddelerinde düzenlenmiştir[1385]. İçerik olarak Türk Hukuku ile ancak HMK ile paraleldir, gene ikrar elde etmek amaçlanmaktadır.

[1374] Winter, s. 48
[1375] Tercan, İsticvap, s. 124
[1376] Tercan, İsticvap, s. 135
[1377] ösZPO. 337 vd.
[1378] Rosenberg/ Schwab/Gottwald, s. 727 (nakleden Tercan, s. 125), ZPO, 445-455
[1379] Fransız Medenî Usûl Kanunu, m.336 (nakleden Tercan, s.125)
[1380] Yunan Medenî Usûl Kanunu, m.415 vd,(nakleden Tercan, s. 125)
[1381] Pekcanıtez/Atalay/ Özekes, s.297 ; Tercan, s. 131
[1382] Tercan, s. 131
[1383] Tercan, s. 122
[1384] Gafner, s. 156, Tercan, s.123
[1385] "***Art. 191*** *Parteibefragung*
[1] Das Gericht kann eine oder beide Parteien zu den rechtserheblichen Tatsachen befragen.

İsticvabın yasada, yani HMK'daki düzenleme yerinden yola çıkılarak yapılabilecek sistematik yorumla, tahkikat ve tahkikat sırasındaki özel durumlar içinde düzenlendiği görülmektedir. Tahkikatın konusunun iddia ve savunmaların incelenmesi, 143. madde ve devamında tarafların dinlenilmesi, delillerin değerlendirilmesi olduğu, "delillerin incelenmesi" ile dava, muhakeme ve hüküm için aydınlanmışsa, ancak bu durumda 146. maddeye göre sona erecek bir usûl aşamasıdır. Tahkikat bir delil incelemesi ve tarafların dinlenilmesi boyutlarını içermekte olduğu gibi, temel amacının davanın aydınlatılması olduğu da 146.maddeden anlaşılmaktadır. Bu temelde, duruşma yapılıp taraflar dinlenmektedir. Aynı şekilde gene tahkikat duruşmasında tanık dinlenilmesi olanaklı olmaktadır. Yasanın beşinci bölümü üçüncü ayrımında ön sorun ile bekletici sorun ile, dördüncü ayrımca davaların birleştirilmesi ve ayrılması da davanın aydınlatılmasında yerlerini almaktadır. İsticvabın ispat ve delilleri düzenleyen dördüncü kısımda düzenlenmemesi, tahkikat içinde düzenlenmesi, kurumun bir delil olmadığı kabul edilemeyeceğine dair bir düşünce verebileceği kanısındayız.

İsticvabın delil olmadığı yönündeki görüşe katılmakla birlikte,isticvabın hukuki niteliği yönünden isticvabın bir usûl işlemi olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.İsticvabın delil olup olmadığı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi için tarafın dinlenmesi arasındaki ilişki öğretide önemsenmiştir ve kanımızca çalışma konumuz yönünden de doğrudan etkili ve önemlidir. Önemi, taraf beyanlarındaki belirsizlik ve çelişkilerin yanı sıra belirsiz ve çelişkili delillerin karşısında hâkim tarafından isticvap yoluna

---

[2] *Die Parteien werden vor der Befragung zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen, dass sie mit einer Ordnungsbusse bis zu 2000 Franken und im Wiederholungsfall bis zu 5000 Franken bestraft werden können, wenn sie mutwillig leugnen.*

Art. 192 *Beweisaussage*

[1] *Das Gericht kann eine oder beide Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage unter Strafdrohung verpflichten.*

[2] *Die Parteien werden vor der Beweisaussage zur Wahrheit ermahnt und auf die Straffolgen einer Falschaussage hingewiesen"*

https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html#id-1-2-3, erişim tarihi:1.10.2018

başvurulursa, elde edilecek dava malzemesinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır.

4. Uygulanışı

İsticvabın uygulanışında,tarafın talebi kurucu bir nitelikte değildir.Taraf talep etmese bile hâkim HMK 169.madde gereğince "kendiliğinden" isticvap yoluna başvurabilecektir. Bu noktada "kendiliğinden" hâkimi isticvaba yönlendirecek taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesine karşın hâkimi, davanın tarafından bilgi almaya sevk edecek gerekçe tarafsızlık ilkesinin varlığı karşısında ne olmalıdır? Bir tarafı diğerinden üstün tutmadan,bir taraf aleyhine hukuki durum yaratma riski de doğurarak (HMK 117/1) isticvap etmek istemenin HMK sisteminin içinde bir gerekçesi olabileceği kanısındayız ki,bizce hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gerçekleştirilmesidir. Medenî yargılama hukukunda amaç; sorununda maddi gerçeğin araştırılmasının değil adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi olduğuna dair görüşleri benimsediğimizi gerekçeleri ile sunmuştuk. Bu görüşün bir sonucu olarak hâkim yargılamada bir eylemde bulunacak ise burada hâkimin bir usûl kuralına dayanmadan bunu gerçekleştirmesi yargılamayı hukuk zemini dışına itecek,bu da adil yargılanma ile kanımızca bağdaşmayacaktır. Öğretide kabul edildiği gibi[1386] hâkimin davadaki yetkileri HMK 24. md ve devamında düzenlenmiştir. Hâkimin yargılamada en temel yol göstericisi yargılamaya egemen ilkelerdir.Yasa koyucu "egemen" ilke düzenlerken,bu temelde bir anlayışla yargılamanın yöntemlerinin bir anlamda soyut temelini bu ilkeler ile oluşturmuştur. Öğretide de belirtildiği gibi yargılama ilkeleri dışında kalan bir yargılama kesiti ve süjesi bulunmamaktadır[1387].

Yasa koyucunun isticvabın uygulanışına dair düzenlenmelerinin de değerlendirilmesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bağı açısından önemlidir. İsticvabın uygulanışında

[1386] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.237 vd. Kuru/Arslan/Yılmaz s.350
[1387] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s.238

öncelikle, HMK 171. maddesi gereği isticvap olunacak tarafın davet edilmesi,davetiyede isticvap olunacağı vakıaların yazılması gereğine işaret edilmektedir. Tarafın özürsüz gelmemesi ya da yanıt vermemesi durumunda aleyhine bir sonuç olmak üzere, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı belirtilmiştir. İsticvabın yapılışına dair 172. ve 173. maddelerinde kurumun uygulanışında tarafın bizzat hâkim tarafından sorgulanması esasları düzenlenmiştir. Hatta hâkime verilen sorgulama ödevinde, isticvap olunan tarafa doğruyu söylemesi gerektiği belirtilecektir. Tarafın zorunlu olmadıkça yazılı not kullanması bile, yasa koyucu tarafından istenmemiştir. Sözcük anlamı ile de, paralel olarak, isticvap tarafın sorgulanmasıdır. Bu doğrultuda, hâkimin taraftan beklediği, vakıalara dair bilgidir. Bu bilgi edinilmesi, öğretide, yukarıda belirttiğimiz üzere, ikrar elde etmek amacı ile açıklanmaktadır[1388]. Bir diğer açıdan, yasa koyucunun 175. maddesinde[1389], kıyasen uygulanacak hükümler yönünden tanıklığa atıfta bulunması, gerekçede de isticvabı bir tür taraf tanıklığı olarak nitelemesi karşısında doğrudan isticvabı delil olarak kabul etmesek de elde edilen dava malzemesinin davayı aydınlatmak, gerçeğe ulaşmak amacı için kullanılacağı, özellikle de ikrar elde edildiğinde, çekişmeli olan olayları çekişmesiz hale getirme işlevi yönünden değerlendirildiği görülmektedir.

5.Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ile İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasında, tarafların dinlenmesi ile isticvap kurumunun farklı kurumlar olduğu savunulmuştur[1390]. Bu görüş savunulurken temel

[1388] Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.348

[1389]“ ***Kıyasen uygulanacak hükümler***
MADDE 175- *(1) Tanıklığa ilişkin 249, 250, 259 ilâ 263 üncü madde hükümleri niteliğine aykırı düşmediği sürece isticvapta da uygulanır.”*

[1390] Alangoya,(Vakıalar/Deliller), s.160, Tercan, s.47, aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2015/22-1841 K. 2018/60 sayılı T. 17.1.2018 tarihli içtihadında bu konuda Tercan’a katılmış gibi görünse de içtihat incelendiğinde “Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davalı işveren tarafından ibraz edilen “hizmet erbabı ücret bordrosu” başlıklı belgede yazılı miktarda kıdem tazminatına mahsuben ödeme

çıkış noktası, isticvabın tanımlarından olmuştur. İsticvabın, tarafların mahkeme önünde belli bir olay hakkında sözlü olarak sorguya çekilmesi ve yanıt alınması anlamında olduğu,

---

yapılıp yapılmadığı hususunda davacı asilin isticvabının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Bilindiği üzere isticvap bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir veya bir kaç vakıa hakkında mahkeme tarafından dinlenilmesi demektir. Bu anlamda isticvap teknik bir terim olup, bir tarafın ancak 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 169-175 (1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 230- 235) maddelerindeki usûle göre dinlenilmesine verilen bir isimdir.
Bununla, tarafların hâkim tarafından her dinlenilmesinin teknik anlamda bir isticvap olmadığını belirtmek gerekir. İsticvap, bir tarafın ancak adı geçen Kanunun m. l69-175'e göre dinlenilmesi hâlinde söz konusu olur. Bunun dışındaki tarafların hâkim tarafından dinlenmesi, teknik anlamda bir isticvap değil, sadece tarafların dinlenmesidir (HMK m. 140, 144 gibi, (HUMK. m. 213). Yukarıda da görüldüğü gibi, hâkim, davanın her hâlinde, tarafları veya vekillerini davet ederek davaya konu vakıalar hakkında tarafları dinleyebilir (HMK m. 140, 144; HUMK. m. 213). Böylece, davacının davasının veya davalının savunmasının açıklanmasına çalışılır. Bunun gibi, hâkim açıklama (aydınlatma) ödevi gereğince, müphem veya çelişik gördüğü iddia ve sebepler (vakıalar) hakkında taraflardan açıklama isteyebilir (HMK m. 31; HUMK. m. 75); yani tarafları dinleyebilir. (…)Buna göre, belge altındaki imza davacı tarafından kabul edilmiş olsa dahi, ortak tanığın beyanı ve iş sözleşmesi devam ederken yapıldığı iddia olunan bir ödemenin söz konusu olması karşısında, belgedeki miktarın kıdem tazminatı ödemesi olup olmadığı, ödemenin yapılıp yapılmadığının açıklığa kavuşturulması bakımından davacının isticvap edilerek belgeye karşı diyecekleri sorulmalı, sonucuna göre hesaplanan kıdem tazminatından mahsubunun gerekip gerekmeyeceği değerlendirilmelidir." diye görüş verirken kanımızca isticvabı açıkça HMK 31. Madde genel ilkesinin şemsiyesinden uzaklaştırmamaktadır. İsticvabı, sözel usûli yolları ve şekil şartları nedeniyle HMK 31. Madde yansıması olan diğer "taraf dinlemelerinden" ayırmış, ancak gene isticvabın HMK 31.maddesinden tamamen farklı olduğunu değerlendirmemiştir. Zaten daha önceki bir içtihadında da şu şekilde kurumlar arasındaki ilişkiyi şu şekilde değerlendirmişti; "Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenleme ile doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar "açıklama yaptırabilir" denilmişse de, bunun, hâkimin davayı aydınlatması için bir "ödev" olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir (Pekcanıtez/Atalay/Özekes, age, s. 248 vd). Görüldüğü üzere, hâkimin davayı aydınlatma ödevine dair 31. maddede, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü konular hakkında taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği, kanıt gösterilmesini isteyebileceği belirtilmiştir. İsticvap ise, bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir veya bir kaç vakıa hakkında mahkeme tarafından dinlenilmesi demektir. Bu anlamda isticvap teknik bir terim olup bir tarafın ancak 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 169-175 (1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 230- 235) maddelerindeki usûle göre dinlenilmesine verilen bir isimdir. Bununla, tarafların hâkim tarafından her dinlenilmesinin teknik anlamda bir isticvap olmadığını belirtmek gerekir. İsticvap, bir tarafın ancak adı geçen Kanunun m. l69- 175'e göre dinlenilmesi halinde söz konusu olur. Bunun dışındaki tarafların hâkim tarafından dinlenmesi, teknik anlamda bir isticvap değil, sadece tarafların dinlenmesidir (HMK m. 140, 144 gibi, (HUMK. m. 213). Yukarıda da görüldüğü gibi, hâkim, davanın her halinde, tarafları veya vekillerini davet ederek davaya konu vakıalar hakkında tarafları dinleyebilir (HMK m. 140, 144; HUMK. m. 213). Böylece, davacının davasının veya davalının savunmasının açıklanmasına çalışılır. Bunun gibi, hâkim açıklama (aydınlatma) ödevi gereğince, müphem veya çelişik gördüğü iddia ve sebepler (vakıalar) hakkında taraflardan açıklama isteyebilir (HMK m. 31; HUMK. m. 75); yani tarafları dinleyebilir. Tarafların (HMK m. 140, 144'e göre; HUMK. m. 213) sadece dinlenilmesi ile (HMK m. 169- 175'e göre, HUMK. m. 230- 235) isticvabı arasında önemli nitelik farkları vardır. Fakat taraf çağrıldığı oturuma gelerek sorulanlara cevap verirse, sonuç bakımından hangi usûle göre çağrılmış olduğunun bir önemi yoktur. Buna karşılık, taraf çağrıldığı oturuma gelmezse, o zaman HMK'nun m. 171'deki (HUMK. m. 234) yaptırımın (ikrar etmiş sayılma yaptırımının) uygulanabilmesi için, tarafın m. l69-175'e göre isticvap için çağrılmış olması gerekir. İsticvabın konusu dava ile ilgili belli (davanın temelini oluşturan) vakıalar ve onunla ilişkisi bulunun hususlardır (HMK m. 169/2; HUMK. m. 230/2). İsticvap, isticvap edilecek tarafı bir ikrarda (HMK. m. 188; HUMK. m. 236) bulunmaya götürebileceğinden ve tarafın gelmemesi halinde taraf isticvap konusu vakıayı ikrar etmiş sayılacağından (HMK. m. 171; HUMK. m. 234) bir taraf, ancak kendi aleyhine olan vakıalar hakkında isticvap edilebilir; yoksa, kendi lehine olan vakıalar için isticvap edilemez. Bir taraf, kendi lehine olan vakıalar hakkında ancak m. l44'e (veya m. 31'e) göre dinlenebilir (HUMK. m. 213 veya 75) (Kuru, B./ Arslan, R./ Yılmaz, E. : Medenî Usûl Hukuku, 22. Bası, Ankara 2011, s. 363, 364)
(E. 2015/22-1732 K. 2017/623 T. 5.4.2017, www.kazanci.com, erişim tarihi 1.5.2019)

tarafların dinlenmelerinin, diğer deyişle hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ise sadece tarafların dilekçelerinde veya açıklamalarındaki eksik, belirsiz ve çelişkili ifadelerin açıklığa kavuşturulması için uygulandığı ifade edilmiştir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevindeki sorgulama, ispat aracına yönelik iken, isticvabın delil elde etme amacına yönelik olduğu ileri sürülmüştür[1391]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gereği yapılan açıklamaların sadece bir tarafın eksik, belirsiz veya çelişkili ifadelerinin tam, açık ve çelişkisiz ifadeler almasına yönelik olduğu ileri sürülmüştür.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yansımalarından olan tarafların dinlenmesi ile isticvap kurumlarının farkı ileri sürülürken, isticvabın bilgi edinmek mi, delil elde etmek için mi düzenlenmiş bir kurum olduğu yönünden değerlendirme yapmak gereklidir. İsticvabın delil elde etme aracı olduğu kabul edildiğinde, bu delilin niteliği de tartışılmalıdır. Öğretide isticvabın bir delil olarak düzenlenmediği, bu kanıya, düzenleniş yeri ve içeriği ile ulaşılabileceği, isticvabın bilgi ve kanaat oluşturma amacı ile yasadaki yerini aldığı belirtilmiştir[1392]. Ancak, bir başka görüşe göre de, tarafların isticvabını, çekişmeli olayların ispatı için kullanılan bir ispat vasıtası olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda, tarafların davanın aydınlatılması için dinlenilmesinden ayrı olduğu, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin de dava malzemesindeki boşluk, belirsizlik ve zıtlıkların giderilmesi işlevinde olduğu için kurumlar arası farklı olduğu belirtilmiştir[1393]. Davanın ispatında isticvap her ne kadar delil olarak düzenlenmese de, delil işlevi görecek değerde olduğu, davanın ispatında hâkimde bilgi ve kanaat oluşturmada önemi olan bir ispat aracı kabul eden yazarlar vardır[1394]. Öğretinin bu yaklaşımının doğurduğu bir sorun da, ispat aracı olarak isticvabın kabul edildiği noktada, her ne kadar isticvap bir delil olmasa da ispat aracının HMK 187. maddesi birinci fıkrası ile "delilleri" esas aldığını görmek mümkündür. Böylesi bir esasta, isticvabın getireceği delilin ne

[1391] Tercan, s. 49
[1392] Tercan, s. 126; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 362
[1393] Üstündağ, s. 758
[1394] Bilge, Necip: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967, s. 129; Karslı, s. 558; Tercan, s. 77 vd.

olabileceği değerlendirilmelidir. Yasada düzenlenmemiş delillere, HMK 192.maddesi, HUMK 367. maddesi gibi izin verdiğinden, bu yönde isticvap ile elde edilen bilgilerin kendine özgü bir delil olarak kabulü tartışılabilecektir.

İsticvabın bir delil kaynağı görülmesinde, ikrarı delil olarak kabul eden görüşlerin değerlendirilmesi gereklidir. İkrarı kesin delil olarak gören görüşlerin[1395] de hareket noktası olarak ikrarın HUMK yürürlük döneminde ikrarın, ikrar eden taraf aleyhine delil oluşturacağının 236/1. maddesinde düzenlenmiş olmasından yola çıkılmaktadır. Buna ek olarak da ikrar edenin beyanı ile, karşı tarafın ikrar konusu olayı kesin delil ile ispatlamış sayılacak, uyuşmazlık bu noktada ortadan kalktığı için de olayın ispatına gerek kalmayacaktır. Bu görüşün eleştirisinde ise, HUMK yürürlüğü döneminde 238. maddesine göre yapılan değerlendirmede, ikrara konu olan vakıaların çekişmeli olmaktan çıktığını, ikrar edilmekle çekişmesiz kalan vakıanın, tarafların üzerinde anlaşmış olduğu bir vakıa olduğu, ispata gerek kalmadığı ifade edilmiştir[1396]. Bir başka noktadan ise, ikrarın delil sayılmaması görüşünün kabulü ile, ikrarın çekişmeyi kaldıran işlevi de ortadan kalkmamış olduğu değerlendirilmiştir. Bu görüşlerde belki de tartışmada daha kanımızca tutarlı olan görüş, ikrarın sadece taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda hüküm ve sonuç doğurmasına karşın, resen araştırma ilkesine bağlı davalarda hâkimi bağlayıcı niteliği olmamasına işaret etmiş olmalarıdır[1397]. Ayrıca ikrarın karinelerin değerlendirilmesinde de yukarıdaki görüşün paralelinde bir başka sonucu da kesin karineyi hükümden düşürmesi olmaktadır. İkrar delil olarak kabul edilebilseydi, bu durumda kesin karineyi hükümden düşürememesi gerekliydi. Zira kesin karineye karşı delil ileri sürülemeyecektir[1398].

6.İkrar-İsticvap-Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İlişkileri

[1395] Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.366 ; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 391; Postacıoğlu,Usûl, s.568-569; Tercan, Geri Alma, s. 117; Belgesay, s. 31
[1396] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 329
[1397] Umar/Yılmaz, s. 193; Tanrıver, İkrar, s. 216; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 115
[1398] Kiraz, s. 53; Umar/Yılmaz, s. 195; Tanrıver, İkrar, s. 217; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s.115

İkrarın tanımlanmasının hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından önemli olduğunu da belirtmek gerekir. Zira tarafça belirtilen bir durumun, bir beyanın ikrar içerdiği kanısına varan hâkimin, HMK kapsamında bir olayın çekişme dışına çıkıp çıkmadığını, çekişme dışı fakat, dava konusu edilen istemin hak doğurup doğurmadığını da tespit etmesi gerekecektir. O halde, ikrar kavramının içeriği bilinmeli ve değerlendirilmelidir.

İkrar, bir tarafın diğere tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın doğru olduğunu açıklaması olarak tanımlandığı gibi[1399], bir davada taraflardan birinin, kendisine isnat olunan ve aleyhindeki hukuki sonuç doğurabilecek içerikteki bir vakıanın doğruluğunu kabul etmesi olarak[1400] bir kişinin kendi aleyhine hukuki sonucu olan maddi bir olayı gerçek sayılması için beyan ettiği irade, hukuki işlem[1401] şeklinde taraflardan birinin kendi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte bu maddi vakıanın doğruluğunu bildirmesi olarak[1402] belirtilmiştir. Dar ve teknik olarak yapılan tanımlamada ise, görülmekte olan bir davada taraflardan birinin diğer tarafça ileri sürülen ve aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek bir nitelik taşıyan maddi vakıanın doğruluğunu kabul etmesini ifade etmektedir[1403] denilmiştir. İkrar yukarıdaki gibi tanımlandıktan sonra, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi için ikrarın konusunun ve unsurlarının da belirlenebilir olması gereklidir. Konu ve unsurlar, tanımlardan da anlaşılabilmektedir.

HMK içerisinde ikrar ile ilgili hüküm 188. maddesi[1404] olup, norm içinde ikrar kavram olarak tanımlamamış, ikrarın yapılması ile doğan sonuç düzenlenmiştir. Madde metninden,

[1399] Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Hukuku, C.II, İstanbul 2001, s. 2037
[1400] Karafakih, İsmail Hakkı: Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları, Ankara 1952, s. 176
[1401] Belgesay, s. 115
[1402] Tanrıver, s.213; Tercan, s. 115,dn.4; Taşpınar, İspat, s. 114; Kiraz, s. 38-39
[1403] Tanrıver, s. 213; Taşpınar, s. 114; Kiraz, s. 30
[1404] dZPO md. 288'de; maddi vakıa ile ilgili olarak ikrar edilmiş iddiaların delil gerektirmediği özel olarak yer almaktadır. Hâkimin delil toplamasına gerek olmadığı ancak doğrulama yapmasının da yasaklanmadığı belirtilmiştir. İkrar edilen maddi olayların gerçekliğinden haklı olarak kuşku duyduğunda da hâkimin bu nedenle, kuşkusunda sonuna kadar gitmeye yetkili olduğu kabul edilmektedir, Hahn, Bernhard: Kooperationmaxime im Zivilprozess?, Köln/Berlin/Bonn 1983, s. 272

ikrarın konusunun vakıalar olduğu, ikrar ile ikrar edilen vakıanın çekişmeli olmaktan çıkacağı ve ispatın gerekmeyeceği düzenlenmiştir.

İkrarın konusu, HMK 188. maddeden anlaşılabildiği gibi, "vakıalardır"[1405]. Hukuki sebepler, ikrarın konusunu oluşturmaz. İkrar ile kabulün farkı da, buna benzer şekilde talep sonucuna ilişkin bir kabulün, davayı kabul anlamına gelmesi olup, ikrarın sadece vakıalara dair olmasıdır. Bu durumda, hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından önemli olan, davayı kabul beyanı ile ikrar arasındaki irade ayrımını hâkimin çok iyi ayırt etmesidir. Davalı beyanlarında yer alan ikrar ile, davayı kabul arasındaki belirtme farkını hâkim sınırlarını koruyarak özellikle tarafgir bir tutum içine girmeden davalıdan sormalı ve açıklattırmalıdır.

İkrarın delil olup olmadığı kanımızca, HUMK yürürlük döneminde tartışılabilir bir konudur, zira HUMK 236/1. Maddesinde " …ve bu muhir olan taraf aleyhine delil teşkil eder" diyerek tartışmaları doğurmuştur. Ancak HMK'da ikrarın düzenleniş yerinden içeriğine kadar bu tartışmaları doğurucu etkisi kanımızca bulunmamaktadır. İkrar, ispatın konusu ve genel hükümler içinde düzenlenmiştir. Aksi yönde bir düşünce ile düzenlense diğer delil türleri içinde düzenlenirdi[1406]. Diğer açıklamalar yönünden, ikrarı delil kabul etmeyen görüşlere katılıyoruz. Bu görüşler de ikrarın tek taraflı bir usûl işlemi olduğu görüşünü benimsemişlerdir[1407]. Görüşlerin temel çıkış noktası, ikrarın ilgili vakıaya, ispat gereğini ortadan kaldıran usûli etki doğurmasıdır. İkrarın tek taraflı bir usûl işlemi olarak kabulünde de hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından isticvap ile bağlı olarak yapılması gerekli inceleme ve değerlendirmeler bulunmaktadır. Ayrıca, ikrarın sadece isticvap ile davaya

---

"§ 288 Gerichtliches Geständnis *(1) Die von einer Partei behaupteten Tatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll eines beauftragten oderersuchten Richters zugestanden sind.*
(2) Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich."
Türk Hukuku yönünden, HMK 188. maddesinin açık hükmü karşısında, Alman Hukuku'na göre farklılık söz konusudur. Hâkim ikrar ile bağlı olacak, ikrar edilen vakıa çekişme dışı olduğu için gerçek olup olmadığı yönünde bir araştırma hâkim tarafından yapılamayacaktır.

[1405] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası , s. 391

[1406] Aksi yönde, mahkeme dışı ikrarı takdiri delil, mahkeme içi ikrarı kesin delil olarak kabul eden görüş de vardır, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.397

[1407] Umar/Yılmaz, s. 198; Tanrıver, İkrar, s. 219;,Karslı, s.310 ; Taşpınar, s.116; Kiraz, s.9

katılması değil, dilekçeler, beyanlar ve hatta hâkimin davayı aydınlatma ödevi faaliyeti sırasında soru sorulması sonucu yanıtlarına, açıklama yapılması sırasında da , davaya katılması olasıdır. Bu nedenle ikrarın belirsizlik ve çelişki içermesi durumunda nasıl bir çalışma yapılmalıdır. O konu üzerinde aşağıda değerlendirme yapılacaktır.

İkrar, unsur olarak ikrar sözünü içermek zorunda değildir[1408]; ikrar bir bilgi ve irade beyanı olduğu kabul edildiğinde, özel bir ikrar iradesi de aranmamaktadır. Ancak öğretide bizim de katıldığımız üzere, önemle belirtilen durumda da ikrarın açık ve anlaşılır olması, şüphe içermemesi ve şarta bağlı olmaması gereklidir[1409]. İkrarın, davanın, bir başka deyişle uyuşmazlığın kapsamını belirleyici rolü nedeniyle belirgin ve şüphesiz olması gereği karşısında ikrarı yapan tarafa hâkim tarafından anlaşılır ve net bir beyan oluşana kadar açıklattırılması gereklidir. Ön inceleme aşamasından önce yapılan bir ikrara ile ilgili olarak, hâkim Ön inceleme aşamasında uyuşmazlık tespitine dair beyanları taraflardan alırken ikrarın da aydınlanmasını sağlaması gerekir. İkrar eden taraf hiçbir açıklamada bulunmaz ise, kanımızca hâkimin tarafı zorlama olanağı yoktur. Hiç kimse kendi aleyhine delil vermeye veya kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamaz. Hâkim bu koşulda isticvap yolunu kullanabilir. Görüldüğü üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevini, isticvap kurumunu işlevsel bir kurum olarak kullanmak zorunda kalabilmektedir.

Öğretide, ikrar, türlerine göre çeşitli ayrımlar altında incelenmiştir. Bu konuda ikrarın yapıldığı yere ve içeriğe göre, ikrarın çekişmeli vakıanın tamamını ya da belli bir kısmını kapsayıp kapsamadığına göre ayrım yapılmış, bu ayrımlara göre de, bölünüp bölünemeyeceği tartışılmıştır[1410].

[1408] Kiraz, s. 41
[1409] Tanrıver, s. 214; Belgesay, İspat Teorisi, s. 116, Berkin, Usûl, s.818; Postacıoğlu, s. 554,dn.45; Kiraz, s. 42
[1410] Tanrıver, İkrar, s.212; Karslı, s.511; Kuru/Arslan/Yılmaz,s.368; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.393; Atalay,Pekcanıtez Usûl, 1641

İkrarın türlerinin kısaca incelenmesinin gerekmektedir. hâkimin ikrarın bölünüp bölünmeyeceği noktasındaki tutumu ile türlerine göre ikrarın belirsizlik ve çelişki içermesi halinde alacağı usûli tavır açısından inceleme yapılmasının öneminden kaynaklanmaktadır.

İkrar öğretide, basit ikrar, nitelikli ikrar ve bileşik ikrar olarak üç türde incelenmiştir[1411]. Bir de kapsama göre, tam ve kısmi ikrar olarak da değerlendirilmiş, beyanın açık olup olmamasına, açık ikrar, örtülü ikrar, ile susma ile ikrar olarak yapılıp şekline göre de, sözlü ve yazılı olmak üzere çeşitli ayrımlarda ele alınmıştır[1412].

Basit ikrar, karşı tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın doğru olduğunun koşulsuz şekilde bildirilmesi olarak tanımlanmıştır[1413]. Bu bildirimde, hukuki açıdan önem taşıyan bir değişiklik yapılmamış olmasını işaret edilmiştir[1414]. Diğer bir deyişle, evet-hayır yanıtlı sorular gibi, olayı sadece doğrulayan yalın bir ifadedir. Bu konuda, hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından konu oluşturması kanımızca rastlanmayabilir. Zira, ikrarın bu türde olup olmadığının temel koşulu bu ikrarın kayıtsız ve şartsız olmasıdır. Örneğin, iş sahibi ile yüklenici arasındaki eser sözleşmesine konu uyuşmazlıkta, davacı, eserin teslim edilmediğini, davalıya sözleşme bedelinin ödendiğini, bu nedenle eser sözleşmesinin davacı tarafından feshedilmiş olmakla, inşaatın gecikmesinden doğan zararını ve inşaatın tamamlanmamış kısmının üçüncü kişi tarafından yapıldığını ve buradan doğan zararının tazminini istemiş olabilir[1415]. Davacı ile davalı arasındaki eser sözleşemesi gereğince bir arsa üzerine yapılan inşaatın varlığını, davacının kendisine sözleşme gereği ödenmesi gereken

[1411] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 393 vd. ; Kiraz, s. 110-133
[1412] Kiraz, s.136 vd.
[1413] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 393
[1414] Tanrıver, s. 10; Umar/Yılmaz, s. 199; Karafakih, s. 177
[1415] *"TBK MADDE 473- Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir."*

inşaat yapım bedelini ödediğini, davalı yüklenici ikrar edebilir. Ancak basit ikrara, örtülü beyanlar ile de ulaşılabileceği ifade edilmiştir[1416]. Bu çerçevede, davalı, "inşaatı yaptım, eksikleri vardı tabii, iş sahibi davacı da bana tüm ödemeleri yaptı" gibi bir ifade kullanmışsa, hâkim, yapılan ödemeyi, eksiklerin miktarını belirgin hale gelebilmesi için davalıya ikrarı üzerine soru sorması gereklidir.

Bileşik ikrar, bir tarafın diğer tarafın ileri sürdüğü vakıayı tamamen kabul etmekle birlikte, yaptığı ikrar, ikrara konu vakıadan çıkan hukuki sonucun doğumunu önleyen ya da hükümsüz kalması sonucunu doğuran, kullanımını önleyen başka bir vakıa katılması durumunda varlığı söz edilebilen ikrar türüdür[1417]. Örneğin, bir hizmet tespit davasında, işveren, "davacı benim işyerinde çalıştı, ancak çalışma şekli işçi olarak değil çırak olarak çalışmıştır" şeklinde bir ikrarda bulunursa, burada vakıa kabul edilmekte, ancak işçinin sigorta tesciline engel olan bir başka vakıa ileri sürülmektedir.

Nitelikli ikrar, öğretide gerekçeli inkar olarak adlandırılmaktadır[1418]. Bir tarafın ileri sürdüğü maddi vakıanın hukuki nitelik olarak ileri sürülenden farklı olduğunun bildirilip kabul edilmesi olarak tanımlanmıştır. Bu durumda hâkimin ispat yükü konusunda bir değerlendirme yaparak, nitelikte ikrarda, ikrar edenin karşı tarafına ispat faaliyetinde bulunmasını istemesi gereklidir, çünkü nitelikli ikrarda bulunan taraf, hukuki niteleme olarak belirttiğinin aksini ispatlamak zorunda değildir. İkrara konu olayı, dava malzemesi olarak getiren tarafa ispat yükü düşmektedir[1419]. Bu durumda, HMK 31. madde uygulamasında dava gene aydınlanmış olmadığı, maddi açıdan "belirli" hukuki açıdan "belirsiz" bir durum ortaya çıktığı için hâkim ispat yükü düşen tarafa açıklama ve delil için süre vermesi gereklidir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, nitelikli ikrarda basit ikrar gibi, maddi vakıanın kabulü söz

[1416] Kiraz, s. 111
[1417] Tanrıver, s. 11; Ansay, Usûl, s.259; Karafakih, s.178; Postacıoğlu, s. 555; Umar/Yılmaz, s. 201, Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.328 , Kiraz, s. 121, Alangoya,s. 315
[1418] Tanrıver, s. 11, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 394, Üstündağ, 614, Kiraz, s.115-116
[1419] Umar/Yılmaz, s. 236-237

konusudur[1420]. Bu temelde, hukuki niteleme ötesinde, basit ikrar ile nitelikli ikrar çekişme konusu olayı, çekişmesiz duruma getirmekte, ilk adımda, ortak işlevdedir. Basit ikrardaki gibi, bu konuda dil ile ilgili bir sorun varsa betimleme yönünden bir belirsizlik ve çelişki varsa bu giderilmelidir. Hem basit hem nitelikli ikrarın, bu ikrarı yapan tarafça karşı yan tarafından ileri sürülen vakıaya karşı onaylama tutumu yönünden belirli ve koşulsuz olup olmadığı bu ilk adım açısından sağlanmalıdır. Tabii ki, burada gene hâkimin yol göstermeden, tarafgir tutum takınmadan, aydınlatma faaliyetinde bulunması gerekir. Örneğin, davacının iddia ettiği olayda, davalı tarafa 50.000 TL borç vermiştir. Davacı banka aracılığı ile parayı göndermiş, banka dekontuna ise açıklama yazmayı unutmuştur. Davalı, 50.000 TL'nin paranın kendisine gönderildiğini ikrar etmiştir, ancak bu ödemenin davacının kendisine olan borcunu ödediğini ileri sürerek gönderilen ödemenin türüne yönelik farklı bir vakıa eklemiş olmaktadır. Davalının bu nitelikli ikrarını ederken beyanında çelişki ya da belirsizlik oluşabilir. Örneğin davalının, "davacı bana para gönderdi, miktarı doğru fakat ben ondan alacaklıydım neden dava açtı anlamadım" diye belirttiğinde, hâkimin ispat yükü konusundaki değerlendirmesi ayrı olmak üzere, olayı aydınlatabilmek, taraflar arası hukuki ilişkiyi tespit edebilmek için davalıya davacının kendisine neden borçlu olduğunu sorması gereklidir.

Nitelikli ikrarda, basit ikrardan farklı olarak ikinci boyut da, ikrar edilen olaydan çıkartılan hukuki betimleme veya çıkarılan sonucun karşı çıkılmaktadır[1421]. Bu şekilde,maddi olay ile ilgili çekişme giderilmekte, hukuki belirsizlik ise ortaya çıkmaktadır. Ancak çekişmezlik vakıanın varlığı üzerinde kalmamaktadır.

Bileşik ikrarın ise, iki türde karşımıza çıktığı ifade edilmektedir. İlki bağlantılı bileşik ikrar, ikincisi ise bağlantısız bileşik ikrardır[1422]. Bağlantılı bileşik ikrarda, ikrara eklenen olay

[1420] Kiraz, s. 118
[1421] Kiraz, s. 118
[1422] Tanrıver, s.12 ; Kiraz, s.130 ; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 394

yani, vakıa ile asıl ikrar konusu olay arasında doğal bir bağ bulunmaktadır[1423]. Bu bağa karşın, yeni vakıa, ilk vakıadan doğduğu iddia edilen hakkın kullanılmasına engel olmalı veya hükümsüz kılmalıdır[1424].

Örneğin, TBK 305. maddesine göre kiralanan sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararının giderilmesini isteyebilir. Uyuşmazlık konusu olayda kiracının kira sözleşmesi ile kullanmaya başladığı konutun zeminden su alması nedeniyle rutubetli ve dolayısıyla insan sağlığına aykırı bir duruma gelmesi nedeniyle sonradan ayıplı duruma gelmesi söz konusu olmuştur. Kiracı, açtığı kira tespit davasında uyuşmazlık konusunu böyle belirttikten sonra davalı kiralayan ise kira sözleşmesine konu konutun su almaya başladığını kiracının kendisine bildirmediğini, ancak sonradan tespit ettiği kadarı ile kiracının konutun yerleştiği toprak zemine, kiracının açtığı kuyudan su kaçağı olduğunu, hem binasına zarar verdiğini, hem de haksız olarak kendi kusuru olmasına karşın indirim istendiğini savunmuş, davanın reddini istemiş olabilir. Bu durumda, koşul vakıa olarak konutun su aldığı ikrar edilmiştir, ancak burada davacının hakkını istemesine engel olacak olan, davacının kendi kusurunun bulunduğu savunma olarak belirtilmiştir. Bu savunmadaki bağlantılı bileşik ikrar beyanı belirsizlik içerebilir. Örneğin, davalı, kiracısı için, "bahçede bir çalışma yaptı, onu ayarladı, kazdı, duvar ördü, su kaçtı" gibi içeriği belirsiz bir beyanda bulunmuş olabilir, bu durumda, hâkimin savunmayı değiştirme ve genişletme yasağını ihlale neden olmadan, "ne yaptı, cinsi nedir, ne için toğrağı kazdı, su neye bağlı olarak konuta kaçtı?" sorularını yöneltmesi doğru olacaktır.

[1423] Kiraz, s. 130, Üstündağ, s. 631, Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.371 , Tanrıver, s.12
[1424] Tanrıver, s.226, Üstündağ, s. 631, Kiraz, s. 131

Bağlantısız bileşik ikrarda ise, ikrara konu vakıa ile, ikrara eklenen vakıalar arasında bir bağ bulunmamaktadır. İkrara eklenen vakıa, bağlantılı bileşik ikrardaki gibi, ikrar edilen vakıadan sonra ortaya çıkan ve ikrar edilen vakıanın doğumundan bağımsız bir vakıadır[1425].

Bileşik ikrar açısından ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevi uygulaması, her bir olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi ispat yükü konusunun ise, ikrarın bölünebilirliği yönünden yapılacak değerlendirme ile delil sunulmasının istenmesi olarak kendisini göstereceğini belirtmek gereklidir.

Öğretide, bağlantılı bileşik ikrar yönünden bölünebileceğini ileri süren yazarlar olduğu[1426] gibi, bölünemeyeceğini düşünen yazarlar bulunmaktadır[1427]. Bölünebileceğini ileri süren yazarlar, bağlantılı bileşik ikrar ile temel vakıanın çekişmeli olmaktan çıktığını, bu vakıanın artık ispatının gerekmediğini ifade etmişlerdir, ikrar edenin dürüstlük ödevi, doğruyu söyleme ödevi gereğince, böyle davranması gerektiği belirtilmiştir. Bu noktadan sonra, asıl vakıanın değil, bağlantılı vakıanın ispatı gerekli olup, ispat yükü bunu ileri sürenin yani bağlı vakıayı ileri süren taraftadır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bu durumda, çekişmeli olan bağlı vakıa üzerinde uygulanmaya yönelmesi gerekecektir, zira asıl vakıa aydınlanmış, çekişmesiz sayılacaktır.

Bağlantılı bileşik ikrarın bölünemeyeceğini ileri süren yazarlara göre ise aksi düşünce halinde, tarafı ikrardan kaçınmaya, dürüst olmayan beyanda bulunmaya zorlayabileceği, hak iddiasında bulunanın tüm lehe durumu TMK 6. maddesi gereği ispatlaması gerektiği ileri sürmüşlerdir[1428].

[1425] Kiraz, s. 133
[1426] Tanrıver, s. 19; Umar/Yılmaz, s. 239; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 395
[1427] Postacıoğlu, İkrarın Bölünmezliği, s. 1056; Postacıoğlu, s. Usûl, s. 555; Bilge, s. 458
[1428] Postacıoğlu, İkrarın Bölünmezliği, s. 1056; Postacıoğlu, s. Usûl, s. 555; Bilge, s. 458

Bağlantısız bileşik ikrarda ise, ağırlıklı görüş, bağımsız vakıa olduğu için bölünebileceği, yönündedir[1429]. Bölünemeyeceğine dair görüş ise, sadece takas defi yönünden çekince sunmakta[1430], bu durum dışında da gene bölünebileceği kanısını ileri sürmektedir[1431]. Burada da belirsizlik ve çelişki durumu varsa hâkimin davayı aydınlatma ödevi, çekişmeli kalan vakıaya yönelik uygulanabilecektir.

Tam ikrar- kısmi ikrar ayrımı da, hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından önemli bir ayrımdır[1432]. Ayrıma göre, tam ikrar durumunda taraflar arası çekişmeli olan vakıanın tamamı ikrar edilen vakıa ile aynı vakıalardır[1433]. Bu konuda, bir belirsizlik veya çelişki olması durumunda özellikle Ön inceleme aşamasındaki vakıa tespitleri, çekişmeli-çekişmesiz konuların ayrılması ve tespiti önemli olduğu için tahkikatın yürütümünü etkileyeceğinden hâkimin davayı aydınlatma ödevi işlevsel olacaktır. Kısmi ikrar durumunda ise, bir taraf beyanda bulunurken karşı tarafının dayandığı maddi vakıalardan bir veya bir kaçını kabul ediyor, bir kısmını ise inkar ediyorsa, bu durumda kısmi ikrarın varlığından söz edilecektir[1434]. Bu durumda, ikrar beyanının içerik olarak anlaşılamaması, belirsizlik ve çelişki içermesi durumunda ikrarın niteliği önem arz etmeksizin, metin olarak, beyan olarak anlaşılır olması, çekişmeli olayla bağlantılı veya çekişmeli olaya ilişkin olması gereklidir. Hangi olaya hangi açıdan ve olayın ne boyutu ile onandığı, doğruluğunun ifade edildiği tahkikat ve hüküm açısından önemlidir ve tartışmasız hale gelene kadar unsurları ile ayrıntılı sorgulanmalıdır. Bu durumda, tam ikrar halinde, ikrar belirsizlik ve çelişki içermekte ise, tarafın sorgulanması gerekebilir. Bu durumda, tarafın ölmesi ve davaya mirasçılarının devam etmesi durumunda ikrar beyanı nasıl anlaşılır, değerlendirilebilir ve çekişmeyi kaldıran bir beyan durumuna getirileceği incelenmelidir. Davalı tarafın mirasçılarının ölenin ikrarını

[1429] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 394; Tanrıver, s. 22; Kiraz, s. 208; Üstündağ, s. 617
[1430] Postacıoğlu, s.614, dn.4, nakleden Tanrıver, s. 22
[1431] Postacıoğlu, s. 560 vd.
[1432] Kiraz, s. 218
[1433] Tanrıver, s. 13
[1434] Umar/Yılmaz, s. 199; Kiraz, s. 218; Tanrıver, s. 13

sürdürmek istememesi durumunda, belirsizlik veya çelişkiyi kendi lehine kullanmak istemeleri bir olasılıktır. Bu durumda, ikrar lehine olan tarafı, örneğimizdeki gibi davalının ölümü durumunda, onun ikrarından davacı yararlanacağından, ikrarın içeriği ve gerçek ölen iradesi konusunda, ispat yükü kendisine düşen tarafa ve TMK 6. madde gereği kendi lehine hak elde etmek isteyen davacı taraftan, dava konusu olaya dair delil sunmasını HMK 31/son maddesi gereği hâkim isteyebilir. Bir diğer yan olan mirasçılar da davanın tarafı olduklarından isticvap edebilir, bu durumda gene isticvabın HMK 31. maddesi gereğince hizmetinde olan bir kurum olduğu görülmektedir.

7.Sonuç

Sonuç olarak, ikrarı bir delil olarak değil, bir beyan olarak kabul ettiğimizde, isticvap kurumunun ikrar elde etmek için yasa koyucunun getirdiği bir kurum olması kabul edilirse, bu durumda isticvap ile HMK 31. maddedeki hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasında bir fark kalmadığı tespit edilebilmektedir. İsticvabın bir kurum olarak varlığının tutarlılığı, HMK'nun ilkelesel olarak tasarruf ve taraflarca getirilmesi ilkesinin benimsenmesi karşısında, hâkimin davanın bir tarafın üzerine adeta baskı kurarak gidebildiği, katılınmadığı, yanıtlanmadığı durumda usûli yaptırımlar (ikrar etmiş sayılma) içeren, bu anlamda çalışma sınırlarımızı aşmamak için değinemeyeceğimiz gibi, aslında varlığının gereği veya isabeti tartışılması gereken isticvap kurumunun ancak HMK'nın iç anayasası, yol göstereceği, hâkim ruhu diyebileceğimiz egemen ilkelerden biri ile açıklanabilir kanısındayız. Bu ilke de ancak hâkimin davayı aydınlatma ödevidir. Hâkime böylesi bir sorgulama için adeta tarafı zorlaması yönünde, davada öyle bir durum olmalıdır ki, bir kamu hizmeti olan yargı faaliyeti ve kamu düzeninin korunması gibi kamu yararı içeren bir durumda taraflarca getirilme ilkesi bir bakıma esnetilerek taraf sorgusu yapılabilsin. Medenî yargılama hukukunun amacı ile öylesine doğrudan bağlı bu durum, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, medenî yargılama hukukunun amacı ile olan bağı ile, eş ve temel bağa sahiptir. İsticvabın hâkimin davayı

aydınlatma ödevinden farkından çok bu ilkenin gerçekleşmesinde bir araç, bir enstürman olduğunun söylenebileceği düşüncesindeyiz.

Ç. YENİ DELİL SUNULMASINI İSTEME ARACI

I.Genel Değerlendirme

HMK 31. maddesinde belirtilen aydınlatma araçlarından biri de yeni delil sunulmasını istemek olarak düzenlenmiştir. İspat ölçüsü çerçevesinde, bir olayla ilgili karar vermeye yeterli gelmeyen bir belirsizlik ve çelişki söz konusu ise, bu belirsizliğin veya çelişkinin giderilebilmesi için ispat yükü kendisine düşen tarafa, ilgili olayın ispatlanmış sayılmasına yetecek yani yasal ispat ölçüsüne ulaşacak derecede ispatlamaya uygun delil sunulması istenebileceği değerlendirilmektedir[1435]. Bu konuda özellikle ikinci tanık listesi sunma yasağı ve teksif ilkesi ihlal edilmeden bu yönde hâkim istekte bulunacaktır[1436]. Delil türleri ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki ilişkiyi incelerken gördüğümüz gibi, her bir delille ayrı ayrı her bir delilin kendi koşulları içinde bir belirsizlik veya çelişkiye düşmesi

[1435] Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin bir kararında, delil sunulmasına dair olarak **"**Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, davalı ile dava dışı işverenler arasında işyeri devri olup olmadığı ve iş ilişkisinin başlangıç tarihi konusunda toplanmaktadır.
Somut olay aydınlatılmamıştır. Davacı tanığının anlatımı da tek başına yeterli değildir. Davacı tarafça ileri sürülen iddialar nazara alındığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1. maddesinde ifadesini bulduğu üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği taraflardan yeniden delillerini sunması yönünde süre verilerek ve bildirilen deliller toplandıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirmeye tabi tutularak davalı ile dava dışı işverenler arasında işyeri devri olup olmadığı ve iş ilişkisinin başlangıç tarihi tespit edilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."(E. 2012/16217 K. 2013/5078 T. 12.3.2013, www. kazanci.com, erişim tarihi: 5.2.2018) şeklinde bizce isabetli bir karar vermiştir.
[1436] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, hâkimin delil sunulmasını istemesine dair örnek bir yorumda bulunmaktadır; "Hâkimin davayı aydınlatma ödevini düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesine göre hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir, soru sorabilir ve delil gösterilmesini isteyebilir. Davalı Ender vekili cevap dilekçesinde alacağının çeke dayalı olduğunu, çeki ciro yoluyla devraldığını fakat keşideci ile lehdar arasındaki ilişki bakımından üçüncü kişi konumunda bulunduğunu savunmuş ve hangi hususun ispatlanması gerektiğinin kendisine bildirilmesini istemiştir. Bu durumda hâkimin yukarıda belirtilen aydınlatma ödevi kapsamında davalının ispatlayacağı hususu belirtmesi ve incelemeyi buna göre yapması gerekirken, yargılama sürecinde bu görevini yerine getirmemesi ve davalının ciranta ile olan borç ilişkisi yönünden herhangi bir açıklamada bulunmadığı hususunu gerekçe göstermek suretiyle davanın kabulüne karar vermesi hatalıdır. Öte yandan sunulan banka kayıtlarının da konusunda uzman bir bilirkişi aracılığıyla inceleme yaptırılması suretiyle Yargıtay denetimine elverişli ve teknik incelemeyi içeren bir rapor alınarak varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." (E. 2013/730 K. 2013/1997 T. 29.3.2013, www. kazanci.com, erişim tarihi: 5.2.2018)

olasılığında, hâkimin her bir delil için ayrı ayrı aydınlatma stratejisi geliştirmesi gerektiği açıktır. Örneğin, tapu kayıtları yeterli değilse, hava fotoğrafları eskiyse, bir taşınmazın sınırlarına dair keşif yapılmadan karar verilmesi olanaksız olacaktır. Sınır belirsizliği, bu anlamda resmi sicil ve senetleri aşan bir belirsizlik hali olup, hâkimin açıkça dayanılmamış bile olsa HMK 31. maddesine göre toplayabileceği bir delildir. Davacı, dava dilekçesinde keşif yapılmasını istememiş ancak tapu sicilindeki şekli ile tescil istemiş olabilir. Tapu sicilindeki belirsizlik, öngörülebilir bir durum olmadığı yani kadastral bir aplikasyon yapılırken ancak teknik bir tespitle bilinebileceğinden, hâkimin bu belirsizliği gidermek için keşif deliline başvurmasında hem bir zorunluluk vardır, hem de davanın sonuçlanması için gereklidir, teksif ilkesi de engel olmayacaktır. İspat ölçüsü de, daha önce belirttiğimiz gibi, her bir dava ve uyuşmazlık için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bir delilin gösterilip de toplanması olanaksız hale gelmişse gene dava diğer deliller ile aydınlatılamıyorsa, bu durumda hâkim ispat yükü kendisine düşen tarafa HMK 31. madde gereğince delil sunmak için süre verebilecektir. Bu anlamda, delile işaret de edebilir ki[1437] bunu gerçekleştirirken taraflara yol gösterme yasağına uygun davranması gereklidir.

Hâkim, ilgili delilin sunulmasını istemiş olmasına karşın, verilen süre içinde taraf sunamamış veya sunmamışsa bu durumda, ispat yükü kendisine düşen taraf, aleyhine sonuç doğabilecektir. Verilecek sürenin de makul ve delilin teminine veya delilin toplanması için gereken masrafı yatırmak ile ilgili ise, bu masrafın temin edilmeye yeterli bir süre olması gereklidir.

Her ne kadar HMK 31. madde çerçevesinde delil sunulmasını isteyebilir demişse de, bunun bir sınırının olması gerektiği, hâkimin delil sunma süresini ihmal eden veya bilinçli geçiren taraf açısından bir koruma ve kayırma aracı haline gelmesinin önlenmesi gereklidir. Hâkim, aydınlatma ödevini yerine getirirken, usûli kazanılmış hakları ihlal edici serbestlikte

[1437] Meriç, Aydınlatma, s. 407

dava yönetimini gerçekleştirmemelidir. HMK 145. maddesi çerçevesinde, bir delilin sonradan ileri sürülmesi, yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilecektir. Bu durumda davada, taraf delili süresinden sonra sunarken daha önce temin edebileceği halde etmemişse, bu durumda yargılamayı uzatma amacı veya uzatmakta yararı olup olmadığı araştırıldıktan ve değerlendirildikten sonra sunulmasına izin verilmelidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflarca getirilme ilkesine istisnai nitelikte değildir, bu temelde, taraflarca gösterilmemiş ya da gösterilmesi ihmal edilmiş, hatta daha sonra sunarak yargılamayı uzatmak amaçlanmış delillerin belirsizlik ve çelişki doğması üzerine sunulması istenmemelidir. Delilin delili olan veya dava süresince meydana gelen belirsizlik ve çelişkiler karşısında, bunun önceden öngörülemeyeceği de açık olduğu durumlarda HMK 31. maddesi gereği delil sunulmasını isteyebilecektir[1438].

II. İspat Ölçüsü Ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

1.Genel Olarak

Davanın aydınlanmış sayılması düşüncesi, HMK 31. maddesinin sözünden yola çıkılarak, maddede yüklenen ödevin yerine getirilmesindeki çalışmaların, eylemlerin yönünü belirlemekte yol göstericidir. Davanın ne zaman, hangi kriterler ve hangi anda hâkimin düşünsel yapısı ve objektif olarak dava dosyasında kanaat oluşturan bir duruma geldiği sorularak, diğer yanıtın verilebilmesi için, 31.madde metninde delil gösterilmesinin istenmesi de düzenlendiğinden, ispata dair bir ölçü, bir durumun da belirlenmesi gereklidir. İspat vasıtası delil olduğu, delil gösterilmesi gereği de ispat edilememişlik, ispat belirsizliği/çelişkisi durumunda söz konusu olduğu için, ispat ölçüsü kavramı hâkimin davayı

[1438] Bu konu yukarıda ayrıntısı ile incelenmiştir. Bkz. § 5/B/I ve VIII/2.kısımlar ve de § 9/C/VII.kısımlar

aydınlatma ödevi yönünden temel bir konudur. İspat ölçüsündeki düşüklük, davanın aydınlanmasında olumlu bir etki yapmayacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 138/1. maddesinde, hâkimin kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre vereceği düzenlenmiştir. Ancak mevzuatta bu kanaatin ölçüsüne dair somut bir düzenlemeye yer almamaktadır. Öğretide, bir davada, hâkimin hangi anda bir olayın, vakıanın gerçek olduğuna, ispatlanmış sayılacağına karar vermesi, ancak delillerin incelenmesinden sonra varılan ispat faaliyetinin değerlendirilmesi sonucunda ulaşılan düşünceyle ilgili olduğu belirtilmiştir[1439]. Bu durumda, HMK 198. maddesinin de dikkate alınması mutlaka gereklidir[1440]. Hâkim, yasal istisnalar dışında delilleri serestçe değerlendirecektir, ancak bu değerlendirme ile ilgili olarak bir ölçüt gene düzenlenmemiştir.

Bireysel kanı ya da olasılık ölçü kapsamında değerlendirilmiştir. Bir başka açıdan ise, ispat ölçüsünün, ispat yükü ile ilgili karar verilirken, hâkimin kanısının oluşumundaki zorluk derecesi ile bağlantılı olduğu ifade edilmiştir[1441]. Hâkimde bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair dosyadaki dava malzemesi ile, karar vermeye yeterli bir düşünce oluşmamış ise, bu durumda bir belirsizliğin oluşacağı, HMK 31. maddesi anlamında, karara esas tutulacak bir düşüncenin oluşmaması nedeniyle, hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta karar vermesi de zorunlu olduğundan, bu konuda bazı kriterlerin ortaya konulması, delillerin yeterliliği ya da yetersizliği ile ilgili bir belirleme yapılması gerekmektedir. HMK 31/son'daki

---

[1439] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 39

[1440] "***Delillerin değerlendirilmesi***
MADDE 198*- (1) Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir."*mehaz yasada yani schZPO'da neredeyse aynı içeriktedir:
"***Art. 157*** *Freie Beweiswürdigung*
Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise."

[1441] Prütting, s. 66; Atalay, Menfii Vakıa, s. 39

cümlede belirtildiği gibi, ispatın derecesinin yeterli olmaması, hâkimde yeni delil sunulmasını, ispat yükü kurallarına göre istemeye yöneltici bir gerekçe olacaktır[1442].

[1442] Yargıtay, kimi kararlarında, özellikle Sosyal Güvenlik Hukuku gibi kendliğinden araştırma ilkesinin baskın olduğu davalarda özellikle ispat ölçüsüne dair ışık tutan kararlara imza atmaktadır ve ilk derece mahkemesine veya istinaf mahkemesine yol göstermektedir; ""Gelirin/aylığın kesilme tarihi ile Kurumun geri alım (istirdat) hakkının kapsamına dair olarak; eylemli birlikte yaşama olgusunun gerçekleşme/başlama tarihi esas alınarak bu tarih itibarıyla gelir/aylık kesme veya iptal işlemi tesis edilip ilgiliye, anılan tarihten itibaren yapılan ödemeler yasal dayanaktan yoksun/yersiz kabul edilmeli, ancak, söz konusu madde 01.10.2008 günü yürürlüğe girdiğinden, eylemli birliktelik daha önce başlamış olsa dahi maddenin yürürlük günü öncesine gidilmemeli, başka bir anlatımla 01.10.2008 tarihi öncesine dair borç tahakkuku söz konusu olmamalı, böylelikle açıklığa kavuşturulacak yersiz ödeme dönemine dair olarak 5510 Sayılı Kanun'un 96. maddesine göre uygulama yapılmalıdır. İnceleme konusu 56. maddede, "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle" ibareleri yer aldığından, birden fazla evlilik ve doğal olarak birden fazla boşanmanın gerçekleşmiş olması durumunda, boşanılan herhangi bir eşle eylemli olarak birlikte yaşama durumunda madde hükmünün uygulanacağı gözetilmelidir.
Bu tür davalarda davacının boşandığı eşi ile eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun tüm açıklığıyla ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu aşamada, özellikle, Anayasa'nın 20., 5510 Sayılı Kanun'un 59., 100., 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 28., 45., 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 3., 45 – 53., 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 32., 01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6., 24 – 33., 189., 190., 191., 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 6., 19., 20., maddeleri ve diğer ilgili mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle yöntemince araştırma yapılmalı, tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplanmalı, bildirilen ve dinlenilmesi istenilen tanıkların ifadeleri alınmalı, davacı ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına dair olarak; muhtarlıktan ikametgah senetleri elde edilmeli, ilgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine dair bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğü'nden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirtilmeli, varsa çalışmaları sebebiyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelerde yer alan adresler dikkate alınmalı, medula sisteminde kayıtlarda görülen adresler ilgili sağlık kuruluşlarından araştırılmalı, eşlerin boşanma sebebi, boşanma ilamında velayet, çocukla kişisel ilişki, nafaka, tazminat hükümleri varsa nasıl yerine getirildikleri belirlenmeli, boşanılan eş 4857 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta ise ödeme için adına açılan banka hesabında kayıtlı yerleşim yeri saptanmalı, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden geniş kapsamlı Kolluk araştırması yapılmalı, anılan mahallelerde görev yapmış/yapmakta olan muhtar ve azalardan istem hakkında düşünce edinmeye yetecek kadarının tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, Kurum işlemine dayanak tutanakları tutan görevliler dinlenilmeli, böylelikle "boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama" olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır. " (10. Hukuk Dairesi, E. 2016/18191 K. 2017/1783 T. 6.3.2017), aynı daire bir başka kararında da gene hâkimin davayı aydınlatma ödevine işaretle yapması gereken araştırma yöntemini hizmet tespit davası yönünden ortaya koymaktadır, "Mahkemece verilen karar eksik incelemeye dayalıdır. Dava konusu esas itibariyle hizmet tespitine dair olduğundan, öncelikle davacı 6100 Sayılı HMK nın 31. Maddesi kapsamında dinlenilmeli, davaya konu işyerine ait bilgiler sorulmalı, davacının çalıştığı işyerinde çalıştığı süreler ile bu süre zarfında ne iş yaptığı net olarak belirlenmeli, varsa buna dair delilleri sorulmalı, bildirim yapılan işyerinin varlığı araştırılmalı, bu kapsamda, mevcut ticaret sicili adresinden zabıta araştırması yapılmalı, vergi kayıtları getirtilmeli, yine zabıta araştırması ile komşu işyeri araştırması yapılarak tespit edildiği takdirde bu işyerlerinden bordrolu tanıklar dinlenilmeli, dava dışı şirketten toplamda 127 kişi adına bildirim yapıldığı anlaşılmakla, re'sen bu kişiler arasından ihtilaflı dönemde gözetilmek suretiyle tanık sıfatıyla ayrıntılı beyanlarına başvurulmalı, belirdiği takdirde çelişkiler giderilmeye çalışılmalı, söz konusu işyerinden yapılan bildirimler iptal edildiğinden, aynı konuda varsa başka dava dosyaları araştırılmalı, tespit edildiği takdirde işbu dava dosyası arasına ikmal edilmeli, böylelikle uyuşmazlık konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir." (E. 2015/8242 K. 2016/1101 T. 28.1.2016)(www. kazanci.com, erişim tarihi 5.4.2019)

İspat ölçüsünün önemi, HMK 31. maddedeki delil sunulmasının istenilebilmesi için, teksif ilkesinin sınırlarındaki çıkılırken, nesnel olarak dava aydınlandığı bir durumda, hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa, delil sunulmasını istediği, başka delil sunulmadığı durumda, anılan taraf aleyhine davanın sonuçlanması durumunda kendisini göstermektedir. Hâkimin, keyfi bir tutum ile karar vermekten kaçınamayacağı, nesnel olarak ispatlanmış bir davada, yeni delil sunulmasını isteyerek davanın uzamasına neden olmaması, taraflı bir davranış sergilemek düşüncesini HMK 31/son maddesindeki delil isteme yetkisi ile gizleyerek, aslında objektif olarak ispatlanmış bir davanın, sanki ispatlanmamış gibi, yeni delil sunulmasının istenilmesine ve sunulmamış olmasında reddedilmesinin önlenmesi için, bu anlamda da 31. maddenin gerçekten belirsizlik ve çelişki halinde uygulanabilmesi için ispat ölçüsünün de somutlaşmasının ve kriterlerinin belirlenmesinin bir başka deyişle objektifleşmesinin çok önemli olduğu kanısındayız.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinde, taraf beyanları, dilekçelerindeki belirsizlik ve çelişki durumunda, hâkimin bir sonraki aşama olan tahkikata geçmesi ve ilerlemesinin zorlaştığı ve buna göre de aydınlatma ödevini uygulamaya geçmesi 31.madde gereği yasakoyucu tarafından beklenmekte ise, deliller ve tüm dosya kapsamındaki ispat faaliyetinin yetersizliğine bağlı ispat durumundaki belirsizlik ve çelişkinin de giderilmesi de, davanın asıl ulaşılmak istenilen son aşaması olan karar için gerekli ve beklenmektedir, bir başka ifade ile, ispat ölçüsü de hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında yer almaktadır ama aynı zamanda bunun gibi ispat yükünün de bir konusudur.

Davada, sunulan delillerin “yeterliliği” ve “ne için” yeterli oluşu önem taşımaktadır. Hâkimin zihnindeki, karar verilmesine yeterli ikna olunmuşluğun, nesnel bir ölçü ile değerlendirilmediği durumda, kararların keyfi kalacağı, bir delilin veya dosyadaki tüm delillerin, uyandırması gereken kanıda yeterli veya yetersiz oluşundaki kriterlerin ne olması gerektiğinin bilinmesi hem adil yargılanma hakkı hem de hukuki güvenlik için gereklidir.

İspat tanımlanırken, " dava konusu hakkın ve hak iddiasının, buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi[1443]" olarak tanımlandığı, öğretideki bir çok görüşün de bu tanımı paylaştığını belirtirken[1444], hâkimin kanaati için ispat faaliyetinin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Kanaatin hâkim zihninde kaldığı hali ile denetlenebilirlikten uzak kalışının, dereceli bir yargı sistemi içinde olumlu sonuç vermesi beklenmemelidir. Kanaatin nesnel ölçütlerle ifade edilmesi, düşünsel dünyadan çıkarak maddi dünyadaki bilimsel yerini bulabilmesi, bir davada iddia edilen hakkın varlığını doğuran vakıanın gerçekliğinin yargılama hukuku açısından kabul edilebilmesi, ancak yargılama hukukunun istediği ispat yeterliliğini sağladığı ölçüde kabul edilmesine bağlı olacaktır. Konu hakkındaki bilimsel teorilerin incelenmesinden önce, bir örnek ile ispat ölçüsünün önemine işaret etmenin yararlı olacağı kanısındayız :

Bir boşanma davasında, davacı taraf, sosyal medyada yer alan, eşinin bir başka kadın ile olan fotoğrafına delil olarak dayanarak, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve sadakatsizlik hukuki sebepleri ile, davalı taraftan boşanmayı, maddi ve manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep etmektedir. Dava dosyasına sunulan fotoğrafta davalı kocanın bir başka kadın ile bir dans pistinde sarılarak ve samimi davranışları gösteren çekilmiş görüntüsü yer almaktadır. Bu görüntülerdeki, "samimi davranış" ile sadakatsizliğin oluşumu, hâkimin kanaatinde nasıl gerçekleşmelidir? Aynı dava dosyasına, davacı tarafça sunulan, ancak hâkimin fotoğrafın yeterli olmadığını belirtmesinden sonra dava dosyasına katılan ikinci fotoğrafta ise, davalı kocanın günlük bir kıyafet içinde, bir yatak odasında bir başka kadın ile ve kadının bornozlu olduğu sırada çekilmiş görüntüsü yer almaktadır. Hâkimin ilk fotoğraftan sonra, ikinci fotoğraf karşısında verdiği kararın davanın kabulü şeklinde olduğunu düşünelim.

[1443] Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 375

[1444] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.351; Üstündağ, Yargılama, s. 613 vd. ; Atalay,Pekcanıtez Usûl, s.1585 ; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.182; Umar,Şerh, s.513 ; Yılmaz, Şerh,C.II, s.2306; Tanrıver, Usûl, s.741 vd; Karslı, s. 480; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.462; Budak/Karaaslan, s.221; Postacıoğlu/Altay,s.558; Kuru, s. 318; Görgün/ Börü/ Toraman/Kodakoğlu, s.450; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s.265; Ulukapı, s. 341

Burada kanaatimizce, dosyadaki her iki fotoğrafın sadakatsizlik hukuki sebebine konu, davacının davalının başka kadınlarla eğlenmesi, cinsel birliktelik yaşaması iddiasını desteklemek, ispat etmek için sunulduğu bir davada, iddia olunan eğlenmek ve cinsel birliktelikte bulunmak olaylarının oluştuğu yönünde hâkime vereceği kanaatin, düşüncenin, sadece davaya bakan hâkim açısından değil, bu dava konu verilecek kararın değerlendirileceği yasa yollarındaki tüm hâkimlerin ve daha ötesinde, o dava dosyasını inceleyen herkesin, hukukçu ise aynı kanıya varması gereken bir ölçüsünün olması gereklidir. Hakkın yerine getirilmesi için karar verenin nasıl ki, gerekçeli karar yazması gerekirse, delildeki yetersizlik karşısında bunun gerekçesini belirtmesi yeterli gördüğü durumda, bunu nesnel temellere dayandırması gereklidir. Böylesi bir davada, kişilerin giysileri, yerleri konumları kadar davacı tarafın sunabileceği deliller ve iddiasının içeriği ile önemlidir. Bu durumda sunulan delil veya delillerin ispata yeterli olup olmadığı olayın gerçekliği hakkında düşünce verip vermediği, verse bile olayın var olduğunu kabule yetip yetmediği önemlidir. Bu davada aynı zamanda ispat yükünün hangi tarafa düştüğü, ispat faaliyeti içinde davalının delillerinin vereceği kanaat de önemlidir. Örneğin, bu örnekteki davada, söz konusu bornozlu görüntünün olduğu fotoğrafa karşılık, davalı tarafça bir iş toplantısı sonucu yapılan eğlencedeki görevli animatör ile teşekkür için oteldeki odasına gittiğinde görüntüdeki kadının isteği üzerine fotoğrafın çekilmiş olduğu savunulmuş, tanık olarak da fotoğrafı çeken kişi mahkemede tanık olarak dinlenmiş olduğunu düşünelim. İlk bakışta, fotoğrafın yatak odasında ve bornozlu kişi ile oluşu durumunda, yaşam deneyimi ile sadakatsizlik düşüncesi uyanmış olsa da, fotoğrafın çekiliş sebebi ve sonrası olayların tanık delili ile davaya getirilmiş olması durumunda, hâkimin kanaati nasıl olacaktır? Bu durumda hâkim davanın kabulü kararı verirken, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle sürdürülmesinin olanaksızlaşması nedeniyle bu kararı vermesi gerektiğini değerlendirebilir, daha doğrusu bu düşünce kendisinde uyanabilir. Ancak sadakatsizlik olgusu ise ispatlanamamış olacaktır. Vakıa olarak, davalının fotoğraftaki

görüntü ile bir an olsun bir oluş içinde olduğu kanıtlanmıştır. Fotoğraftın HMK 189. maddeye göre hukuka aykırı yollarla elde edilip edilmediği varsayımında, davalının bir otel odasında eşinden başka bir kadın ile bornozlu bir şekilde bir arada olduğu da sabit olmuştur. Ancak iddia olunan cinsel birliktelik ve ilişki kurmak yönündeki vakıalar ispatlanamadığından evlilikteki güven yitimine göre dava kabul edilebilir. Örnekte, hâkimin sadakatsizlik ile ilgili olarak ilk ortaya atılan iddia ve kanıtı, bir kanaat uyandırmasa da, şüpheler içeren bir kanıttır. Davalının, tamamen sadakatsizliği inkar ettiği, tanık dinletmediği bir durumda, hâkimin kanaatinin denetimi için, delilin veya delillerin yaratacağı ispat derecesinin yasal olarak düzenlenmiş olması gereklidir[1445]. Anılan eksende, ispat ölçüsü kavramının sadece usûl hukukunun değil, maddi hukukun da konusu olduğu ifade edilmiştir[1446].

2.Tanımlama

İspat ölçüsü, ileri sürülen bir vakıanın, davaya bakan hâkim tarafından hangi anda ispatlanmış sayılıp, bu vakıaya dayalı olarak karar verebileceği bir diğer deyişle vakıanın ispatlanmış olarak kabulünde hâkimdeki kanının derecesi olarak tanımlanmıştır[1447].

Bir başka tanıma göre, iddia edilen bir olayın, vakıanın ispatlanmış olarak değerlendirilerek bu vakıa ile ilgili hukuk normundaki yasal sonucun meydana geldiğine hükmedilebilmesi amacıyla aranan ve hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesi olarak ifade edilmiştir[1448]. İspat ölçüsü delillerin değerlendirilmesinden önce, hâkimin ilgili uyuşmazlığa ilişkin, kendisinde oluşması gereken kanaatin yoğunluğunu belirlemesi, olarak ifade edilmektedir, daha sonra bu esas üzere delilleri değerlendirmesi gerekecektir[1449]. Bu tanımlardan yola çıkarak, ispat ölçüsünü, taraflarca ileri sürülen vakıaların gerçekleştiğine

[1445] Atalay, s. 37
[1446] Koussolis, S.: Bewiesmassprobleme im Zivilprozessrecht, Festscrift für K.H. Schwarb zum 70. Geburtstag, München 1990, s.278(nakleden, Atalay, s. 37)
[1447] Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 349
[1448] Tanrıver-Usûl, s. 774; Albayrak, s. 38
[1449] Atalay, s. 39; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 72; Prütung, s. 60; Bolayır, s. 112; Başözen, s. 114

dair hâkim zihninde ispat araçlarının yani delillerin değerlendirilmesi sonucunda uyanması gereken nesnel algılama, değerlendirme ve kanıya varma derecesi olarak tanımlamak olanaklıdır kanısındayız.

3.İspat Dereceleri

İspat ölçüsü ile bağlantılı olarak, öğretide, ispat dereceleri de gruplandırılmıştır. Buna göre kesin ispatta, bir vakıanın yasada yer alan delil türlerinden olan deliller ile ispatlanması olup, vakıaların gerçekliğine dair duraksama olmaksızın hâkimin ikna edilmesi amaçlanmıştır. Gerçeğe yakın ispat, bir başka tür olarak düzenlenmiştir ki, yasada yer almayan deliller dışındaki deliller ile, olayın gerçekliğine dair olasılık kapsamında hâkimin inandırılması yolu olarak ifade edilebilir. Serbest ispat ise, kesin delillerle ispatın tersi olarak örf-adet hukuku ve yaşam deneyimi kuralları ile iddianın ispat edilmesi olarak aynı görüş tarafından yapılan ayrımda ifade edilmiştir[1450].

Bir başka değerlendirmede ise, tam ispat ve yaklaşık ispat ayımı yapılmış, ilk ayrım ile paralel olarak, tam ispat ile ilgili, hâkimin ispata konu olay yani vakıa ile ilgili olarak, tam bir inancının olması, makul bir kuşkunun olmaması, hâkimin vicdanen tam bir kanaat içinde olması ifade edilmiş, kesin delil ile ispat konusunda kesin kanaatin oluşacağı, bunun dışında vicdani kanaate ulaşmanın aranacağı belirtilmiştir[1451].

Öğretide, tam-kesin ispat için, hâkimin davayı aydınlatma ödevi yani HMK 31. madde ışığında, hâkimin dosyada yer alan tüm deliller kapsamında, tam bir araştırma ve değerlendirme yaparak, hem taraf ifadeleri, dilekçelerindeki belirsizlikleri, çelişkileri giderip

[1450] Karslı, s. 487
[1451] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 447; Albayrak, s. 29-30; Başözen, s. 18

vakıaların gerçekleştiğinden vicdanen bir kanaate varmalı, bunun için de delil-olay bağı kurulmalı, gerektiğinde araştırma ve inceleme yapılması gereği ileri sürülmüştür[1452].

Yaklaşık ispat ise, öğretide farklı şekillerde tanımlanmışsa[1453] da kanımızca en geniş tanım, tüm kanıtların değerlendirilmesi ve incelenmesi olanağı bulunmayan ölçü olarak aranan ispat ölçüsünün tam ispat seviyesinden düşük olduğu ve "ağır basan olasılık ölçüsü" olarak belirtilerek esas alınan ispat ölçüsü olarak tanımlanması kapsayıcı nitelikteki bir tanımlamadır[1454]. Daha çok geçici hukuki koruma tedbirlerinde kullanılan ispat ölçüsü olarak karşımıza çıkmaktadır[1455].

4. **Vicdani Kanaat Kavramı**

İspat derecesine dair öğretinin bu tespitlerinden yola çıkılarak, "kanaat" kavramı ve bu kavramdan da yola çıkılarak "ihtimal" kavramları öğretide incelenmiş, incelemede, adeta matematiksel hassasiyete ulaşacak bir kriter tespiti çabası gözlemlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi hâkim algısı ve sonunda varacağı yargının keyfileşmemesi, ancak hassas ölçüler belirlemek ile olanaklıdır[1456].

Kanaat sözcük anlamı olarak Türk Dil Kurumu, güncel Türkçe sözlükte "elindekinden hoşnut olma durum, kanıklık, yeter bulma, yetince fazlasını istememe, doyum, kanma, inanma, kanış kanı, inanç, düşünce" anlamlarına geldiği belirtilmiştir[1457]. Vicdan ise aynı sözlükte, "kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerinde dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç "olarak tanımlaması yapılmıştır.

[1452] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 448
[1453] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 448; Başözen, s. 18; Atalay, s. 44
[1454] Albayrak, s. 64
[1455] Yılmaz, Geçici Hukuki, C. I, s. 35 vd.
[1456] Yıldırım, s. 44
[1457] www.tdk.gov.tr, erişim tarihi :22.5.2016

Kanaat ve vicdan kavramlarının bir tamlama içinde beraber değerlendirilmesi, sadece kanaatin yeterli olmayacağı vicdani kanaatin bir bütün olduğu ileri sürülmüştür. Vicdani kanaat, Almanca'da "gewissenhafte Überzeugung" sözleri[1458] ile ifade edilmiştir. İngilizce de ise "moral certanity" ile belirtilmiş[1459], bu terimden vicdan sözcüğünün karşılığı olan "conscience" sözünden farklı olarak kalıp halde kullanıldığı belirtilmiştir. " Moral" sözcüğünü de içermekle, ahlaki öğeyi de İngilizce açısından taşıyan vicdan, insan davranışlarının doğru veya yanlış olarak kabulündeki ilkeleri ifade etmektedir[1460].

Vicdani kanaat, Anayasa'nın 138. maddesinin Danışma Meclisi gerekçesinde "Hâkim olayın ve delillerin takdirinde vicdani kanısına göre, hareket etmek mevkiindedir. Hâkim, herhangi bir kanun hükmünü uygularken gerek tarafların beyanlarını dikkate alarak ve gerek kişisel araştırma ve incelemelerini esas tutarak kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varırsa veya kendisi aykırılık görürse Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir" demektedir. Kararın bu anlamda oluşumunu hem olay değerlendirmesi hem delil değerlendirmesi açısından yapılacağını açıklarken hâkime yol gösterici olan "vicdani kanısı" olacaktır.

Vicdani kanı ya da vicdani kanaat; değer yargılarından; bu değer yargıları da hukukun çizdiği sınırlar dışından olmayacaktır, sınır, Anayasa yasalar ve hukuk olarak karşımıza çıkmaktadır. Öğretideki bir vicdani kanaat tanımlamasında "Maddi uyuşmazlığı çizmeye yetkili olmayan makamın son soruşturmada, muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usûl ve esaslar içerisinde kalarak maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaat[1461]" olarak belirtilmiştir.

Ceza Hukuku açısından yapılan değerlendirmede ispatın somut uyuşmazlığı, hâkimdeki şüphenin giderilmiş olması durumunda gerçekleşeceği, bunun sonucunda vicdani

[1458] Wörterbuch der Rechts und Wirstschaftssprache, Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü, Osman Nazım Kıygı, Almanca- Türkçe, Münschen 1999, s. 773
[1459] Feyzioğlu, s. 107, naklen dn.314
[1460] Feyzioğlu, s. 108
[1461] Feyzioğlu, s. 109

kanaatin oluşacağı, böylece ispatın aslında nesnel bir bakışla uyuşmazlığa dair "kuvvetli ihtimal" ile belirli kılınabileceğini, yenilmesi gereken şüphenin de doğruluğa dair, akıl ve mantık ile uyumlu gerekçelendirilebilir, şüphenin giderimi olduğu belirtilmektedir[1462].

a. **Vicdani Kanaat Teorileri**

Medenî yargılama hukuku öğretisinde ise, Anayasa 138/1. maddesindeki vicdani kanaatin içeriğine dair üç teori olduğu belirtilmiş ve incelenmiştir[1463]. Bu üç teorinin oluşumundaki etken ise, hâkim kanaatinin ne ölçüde karara esas alınabileceği sorusudur. Hâkimin bireysel kanısına tam olarak karar yetkisi tanınabilir mi? Hâkimin bireysel kanısına, bazı ölçü ve sınırlar getirerek karar yetkisi tanınabilir mi? Hâkim kanısı, bir başka kanı veya kanı modeli ile uyumlu olma koşuluna bağlı olarak değerlendirilmeli ve karar bu koşulla mı hâkim kanısına bırakılabilmelidir? Bu üç sorunun birine olumlu diğerlerine olumsuz yaklaşımlar üç düşünce taraftarı yazarları oluşturmuştur.

aa. Subjektif İspat Ölçüsü Teorisi

İlk soruyu olumlu yanıtlayan yazarlar, hâkimin öznel inanç ve kanısının vicdani kanaate veya sadece kanaate esas olmasını benimseyenlerdir[1464]. Bu düşünceye göre hâkimin ikna olması yeterlidir. Dava konusu olayla ilgili, delillerin olayın meydana geldiğine dair kanaat oluşturmasının aranması gereğine dair olan bu yaklaşıma *sübjektif ispat ölçüsü teorisi* adı verilmiştir[1465]. Anılan teoriye göre, uyuşmazlık konusu olan olayın oluştuğu, yüksek olasılık ile belirlense bile hâkimin ikna olmasının gerekli olduğu belirtilmektedir[1466]. Bir başka görüş de, davaya bakan hâkimin asgari derecede maddi gerçeğe ulaşıldığı ya da yaklaşıldığı konusunda ikna edilmesi gerektiği ve bu ikna edilmişliği hâkimin

[1462] Feyzioğlu, s. 191
[1463] Atalay, s. 41; Yıldırım, s. 43 vd.
[1464] Atalay, s. 41; Yıldırım, s. 57
[1465] Başözen, s. 117; Albayrak, s. 303; Atalay, s. 41; Yıldırım, s. 57
[1466] Huber, Michael: Das Beweismass im Zivilprozess, Köln,Berlin, Bonn, Münschen, 1983,s. 71

benimsemesiyle karar verirken tereddüdü olmadan ve sorumluluk alarak hareket edebilmesinin sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür[1467].

Sübjektif ispat ölçüsünü savunan yazarlardan Greger ise makul üçüncü bir kişinin ikna edilişi ve kanaatine göre[1468] hâkimin ideal kişi arayamayacağı, zaten bu ideal kişinin niteliklerini bilmek olanaklı ise hâkimin bu özellikleri taşıması gerektiğini ileri sürmüştür[1469]. Greger, objektif teoriye karşı sübjektif teoriyi benimseyip, nesnel ve tartışılabilir gerekçeler koyması, doğa yasaları, mantık ve deneyimlerini dikkate alması, bireysel ve öznel bir kuşkudan uzak yaklaşımda bulunarak karara ulaşmasının esas olmasını savunmaktadır.

Medenî yargılama hukukunun amacının ne olduğu konusundaki görüşlerden hangisi esas alınırsa alınsın, hâkim kanaati konusundaki değerlendirmelerde, hâkimin gerçeklik algısı önem kazanmaktadır. Sübjektif ispat yükü teorisinin esas alındığı ve önemsendiği hâkim kanaatinin değerlendirilmesi, teorinin tartışılması açısından da önem kazanmaktadır. Bu temelde Ceza Hukuku öğretisinde, akıl yürütme, tecrübe kuralları, karineler kullanılabileceği belirtilmektedir[1470]. Maddi gerçeğin araştırılmasının temel amaç kabul edildiği Ceza Hukuku için esas olan bu kavramların, kanaatin gerçeklik ile tamamlanması, kuşkudan arınması konusunda da değerlendirilebileceği kabul edilebilir.

bb. Objektif İspat Ölçüsü Teorisi

Objektif ispat ölçüsü, sübjektif ispat ölçüsündeki öznelliğe karşı denetlenebilir nesnel verilerin hâkim kanaati olarak kabulü gereğine işaret ederek ileri sürülmüş bir teori olarak savunulmuştur. Bu teorinin özünde hâkim kanaatinin mutlak olarak ele alınmaması gereği

[1467] Lampe, Ernst-Joachin: Richterliche Überzeugung, Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, s. 353, nakleden, Albayrak, s. 305
[1468] Prütting, s. 63; Walter, s. 132
[1469] Greger, Wahrscheinlichkeit, s. 116
[1470] Feyzioğlu, s. 141 vd.

ifade edilerek kararın "olasılık" üzerine kurulduğu değerlendirilmiştir[1471]. Mutlak gerçeğin değil, usûli gerçeğin belirli bir olasılık derecesi ile kabulü gereği objektif ispat ölçüsü teorisinin temel tezi olarak kendisini göstermektedir[1472].

İhtimal yani olasılık kavramı hem objektif hem sübjektif ispat ölçüsü teorileri için önemli bulunmuştur[1473]. Objektif ispat ölçüsünü savunan yazarlara göre davaya bakan hâkimin dava sebebi vakıa hakkında vakıanın gerçek olduğuna dair bir düşünceye ulaşması, olayın gerçek olduğu sonucunu doğurmadığı gibi, hâkimin ulaşması gereken olasılık derecesini yakalaması koşulu ile zorunluluk gereği sadece olasılığa dayalı bir kanaate ulaşılmasını hedeflemektedir[1474]. Bir olayın var olduğuna dair akıl yürütmede bulunan hâkim, bu akıl yürütmeye dayanak unsurları, nesnel temellere oturtmalı, düşüncesinin isabetli olduğunu da en azından gerekçesinde belirtmek zorundadır ki, bu olasılıklı bir kararın oluşumunu sağlamaktadır[1475]. Böylece, yaşam deneyimi kuralları, mantık kuralları ve diğer bilimsel gerekçeler bir olay için ortaya koydukça, hâkimin sadece kendi düşüncesi ve değerlendirmesi, ikinci bir özellik taşımaktadır ve olasılık kavramı ile yaşam deneyimi kuralları arasında ölçülebilir, denetlenebilir hatta matematiksel bir ilişkinin ölçü olarak alınacağı ifade edilmiştir[1476].

cc.Karma İspat Ölçüsü Teorisi

Bir hukuki uyuşmazlığın çözülmesinde, hâkimin yapacağı zihin faaliyetinin psişik boyutunu tartışmak çalışmamızın sınırlarını ve inceleme bilimsel alanımızı aşacak özelliktedir. Hâkimin zihin çalışmasının inceleme konumuz açısından önemi, hâkimin

[1471] Musielak, Hans- Jachim: Das Överviktsprinzip, Festschrift für Kagel, Frankfurt 1977, s.451, Engels, s. 24, nakleden Albayrak, s. 307
[1472] Musielak, s. 451, (nakleden Albayrak, s. 307)
[1473] Rosenber/Schwab, bu konuyu düşünme ve doğa yasalarına, yaşam deneyi kurallarına göre karar verilmesi, bunların belirli bir olasılığı temel almasından dolayı, aksilik kavramının benimsenmesi gereğini ifade etmişlerdir (nakleden Yıldırım, s. 50 dn.165)
[1474] Engels, s. 27, (nakleden Başözen, s. 120)
[1475] Musielak/ Stadler, kn.142, (nakleden Yıldırım, s. 50)
[1476] Musielak/ Stadler, kn.136, (nakleden Yıldırım, s. 51), Huber, s. 113 vd.

uyuşmazlık karşısındaki akıl yürütmesinin soyut cümleler ile, örneğin "hayatın olağan akışı[1477]" gibi sınırları, içeriği, niteliği belirsiz kavramlarla oluşmasına karşın, denetlenebilir, öngörülebilir, isabeti tartışılabilir kavramlar ile değerlendirilmesinin incelenmesindedir. Sadece sübjektif ispat teorisinin incelenmesinde bile aslında öğretide belirtildiği gibi, Greger tarafından da yukarıda işaret edildiğini belirttiğimiz şekilde keyfiliğe engel olmak istenerek[1478] karma teorinin doğduğu görülmüştür. Bir olayın gerçekte var olup olmadığının kabul edilmesi, olayın varlığının takdiri delillerle kanıtlanmaya çalışıldığı durumlarda, daha önem kazanmaktadır. Bundan başka, tüm deliller dosyaya sunulmasına karşın hâkimin ikna olmamakta direnmesi, gizli bir taraflılık ile yani dile getirilmemiş ancak davayı sürüncemede bırakarak sonuçta ispat ölçüsünün olgunlaşmadığı, davanın ispat edilmediği için bir tarafın aleyhine hüküm verilmesi durumunda, ispat ölçüsüne dair olmak üzere hâkimin kanaatinin tartışılabilmesi gereklidir kanısındayız. Örneğin bir darp eylemi sonucu yaralanma olayını gören iki tarafın ifadesine karşın, ifadelerde hem eylemin hem failin hem de illiyet bağının yani yaralanmanın yer almasına karşın, hâkimin ikna olmadığını, davacının davasını ispatlayamadığını belirtmesi, sonuçta da davayı reddetmesi durumunda tanık delilinin değerlendirilmesi durumunda, bu değerlendirmenin sınırları, içeriği ve isabetinin belirli

[1477] Yargıtay'ın bir çok kararında, hayatın olağan akışı kavramını görmek olanaklıdır. Yaşam deneyi kuralları olarak ya da tecrübe kuralları olarak da belirtilebilen bu durumlar, hâkimin yorumlaması, değerlendirmesinde ölçümlenemez bir kriter olarak ve de takdirini değerlendiren bir veri olarak kullanılmıştır. "…Somut olayda her ne kadar davacı tanıkları davacının haftanın 6 günü 16.0- 08.00 saatleri arasında çalıştığını beyan etmişlerse de bir insanın haftanın 6 günü 16.00-08.00 saatleri arasında çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Yukarıda açıklandığı gibi davacı ile aynı şekilde çalışan davacı O.V. tarafından açılan davada dinlenen davacı tanıkları davacının 1 gün aralıklarla çalıştığını beyan etmişlerdir. Mahkemece davacının çalışma gün ve saatleri davacı ve davalıya ayıklattırılmak, gerekirse taraf tanıkları bu konuda yeniden dinlenmeli, davacının çalışma gün ve saatleri kesin olarak belirlenmeli, çalışma şekline göre her hafta kaç saat çalıştığı tespit edilmeli, ara dinlenme süreleri mahsup edilerek bundan nonnal çalışma süresi çıkarılarak davacının fazla mesai yapıp yapmadığı tespit edilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır."(9. HD. 2009/42501 E. 2012/4520 K. 20.02.2012) "…Yargılama sırasında dinlenen davacı tanıkları davacının haftanın 7 günü 08:00-21:00 saatleri arasında çalışarak haftada 80,50 saat çalışıp 35,50 saat fazla mesai yaptığım söylemişlerse de dairemizin yerleşik içtihatları gereğince bir kişinin bu şekilde çalışması insanın dayanma gücünü aştığı ve hayatın olağan akışına aykırı olduğu halde mahkemece tanık beyanlarına itibar edilerek fazla çalışma ücreti alacağının hüküm altına alınması hatalıdır."(9. HD. 2009/1617 E. 2011/760 K. 25.01.2011) http://ismahkemesi.com/2015/09/fazla-mesai-hayatin-olagan-akisi-yargitay-kararlari/)

[1478] Prütting, s. 63

olması kanımızca önemlidir[1479]. İspat ölçüsü yönünden söz konusu incelemelerde, kanımızca öğretide de isabetle belirtildiği[1480] gibi hâkimin takdir yetkisi ile de karıştırılmaması gereklidir; zira hâkimin takdir yetkisi maddi hukukun, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ise yargılama hukukunun kavramlarıdır. Hâkimn takdir yetkisi, yasa koyucunun isteyerek bıraktığı kural içi boşlukların, hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlar tarafından, olaylardaki özellikler ve toplumun etik değerleri, normun amacı, kamu düzeni gibi konular nedeniyle somutlaştırılması, belirlenmesi yetkisi olarak tanımlanmıştır[1481].

Hâkimin kanaatinin incelenmesi konusu, hâkimin takdir yetkisinden farklı konuları içermektedir. Takdir yetkisinden önce, dava malzemesinden, hâkimin bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair kuşkuları gidermesi, kısacası deliller yani ispat araçlarının uyaran olarak verdiği veriler ile iddia ve savunmanın değerlendirilmesi faaliyetinin ulaşması istenen noktaya yani vicdani kanaate varması gerekmektedir. Bu aşamadan sonra hâkim, maddi

[1479] Yargıtay bir kararında, sunulan delillerin yeterliliğini kanaat getirme temelinde değerlendirerek verdiği bir bozma kararında konuyu ele alırken**"**Dosya arasında bulunan bilgi ve belgelerden, davacının Yazıbelen köyü 1049 parselin maliki olduğunu ve üzerindeki ürünün kendisine ait olduğunu iddia ettiği, taşınmazın tapu kaydıyla davacının soy ismi arasında bir harf farkı bulunduğu, davalının davaya konu taşınmaz üzerindeki ürünün davacıya ait olmadığı konusunda açık bir itirazının bulunmadığı anlaşılmaktadır.
6100 Sayılı H.M.K.nın 31. maddesinin başlığı Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olup, madde metninde, Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir, hükmü düzenlenmiştir.
Şu durumda, davaya konu taşınmaz üzerindeki ürünün davacıya ait olduğuna dair mahkemece kanaat getirilemiyorsa, davacının ürünün kendisine ait olduğu yönündeki iddiasını netleştirmesi için kendisinden delilleri sorulmalı, gösterilen delillerin toplanmasından sonra da kanaat getirilememesi halinde tapuda isim tashihi davası açması için süre verilmeli tüm deliller toplandıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmelidir. Açıklanan sebeplerle eksik incelemeyle hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir. "(4. Hukuk Dairesi, E. 2013/15563 K. 2014/2334 T. 13.2.2014)
Çelişkinin giderilmeden karar verilmesine karşı Yargıtay 1.Hukuk Dairesi'nin bir kararında bozma kararı verilirken," "Somut olayda, dosyaya sunulan 21.11.2011 tarihli, tarafların ortak tanıkları olan Ö.I. ve Ş.P.'nin de imzasının bulunduğu ve "tutanaktır" başlıklı belgede, taşınmazın 2001 yılından beri davalının tek başına kullanarak davacıya kullandırmadığının, sözlü ve yazılı ihtarlara rağmen anahtarının davacıya verilmediğinin, site görevlileri ve komşuların dava konusu evin davalıya ait olduğunu bildiklerinin belirttikleri halde adı geçenlerin 26.01.2012 tarihli celsedeki beyanlarında, dava konusu meskenin anahtarının tanık Ö.I.'da bulunduğunu, fakat davacının anahtar konusunda bir talepte bulunmadığını beyan ettikleri ve böylece tutanak ile ifadeler arasında çelişki oluştuğu, davacının adı geçenlerin yeniden dinlenmesini istediği, mahkemece çelişki giderilmeden karar verildiği sabittir.
Hal böyle olunca, Tanıklar Ö.I. ve Ş.P.'nin beyanları ile 21.11.2011 tarihli tutanak içeriği arasındaki çelişkinin giderilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. "(E. 2013/18136 K. 2013/15018 T. 1.11.2013, www.kazanci.com , erişim tarihi :1.12.2018)

[1480] Edis, Seyfullah: Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, AÜHFD, C.30, S.1,Y. 1973,s, 174

[1481] Edis, s. 172

hukuku uygularken maddi hukuk verileri ile karar verecektir. Hâkim kanaati ise, ispat hukukunun yani dolayısı ile medenî yargılama hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Bir diğer deyişle, delillerin iddia ve savunmadaki olayları karşılaması, örtüşmesi durumunda, hâkim zihninin bir kanıya vararak nihai karar vermeye yönelip yönelmeyeceği, maddi hukuk normunu, varlığına dair ikna olduğu olayla birlikte değerlendirmeye geçip geçmeyeceği, yargılamanın içinde düşünsel bir eylem olarak karşımıza çıkmaktadır. Temelde, HMK 198. madde hükmündeki gibi yasal istisnalar dışında, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi esası benimsenmiştir.

Hâkimin, olaya dair, delillerden hareket ederek vardığı olayın maddi olarak gerçekleşmiş olduğuna dair düşüncesi, yerine getirilmesi istenen hakka dair maddi hukuk normunun uygulanmasına veya uygulanmamasına dair vereceği karardan önceki olmazsa olmaz bir aşamayı oluşturmaktadır. İspat faaliyetinin sürüp sürmeyeceği HMK 31. maddesinin son cümlesindeki, belirsizlik ve çelişkiye göre, delil sunulup sunulmayacağı da bu kanaatinin varlığına bağlıdır. Kanaat oluşmadan, bu durumda, dava da aydınlanmamış olacaktır demek kanımızca olanaklıdır. Olaya kanaat getirdikten sonra olayın bir hak doğurup doğurmaması ise maddi hukuka dair bir düşünce faaliyetidir.

dd. Vicdani Kanaatin Oluşumunda Olasılık Kavramı

Subjektif ispat ölçüsünü savunan bir görüşe göre, kesin gerçekliğe ulaşılamasa da kanaatin oluşumunda emin olmanın yani hâkimin olayın oluştuğuna dair görüşünden tereddüt etmemesi halinin aranması gerektiği belirtilmiştir[1482]. Kanaate ulaşmak için hâkimin hem akılcı düşünmesi hem de olay hakkındaki düşüncesinin ön koşul içermeden değerlendirme yaptıktan sonra hukuki analiz yapması gereği ifade edilmiştir[1483].

[1482] Huber, s. 77
[1483] Döhring, Enforschung, s. 468, nakleden Yıldırım, s. 47

Öğretide sübjektif ispat ölçüsünü savunan bir başka görüşe göre ise, hâkimin ispat faaliyeti sonucu iknasında, ikna ölçüsünü olasılık temelinde ele almak gereklidir. Hâkim, sübjektif kanısına göre karar verse de bu kanaatini bir dereceye bağlı olarak değerlendiremez, olasılığın gücü ile gerçek kavramları aslında bu doğrultuda birleşecektir[1484].

Bir olayın kanıtlanmış olarak hâkim kanaatinde yer alması gereken olasılık ölçüsünün ne olması gerektiği ile ilgili olarak bazı görüşler ileri sürülmüştür; bu yönden konuyu değerlendiren bir görüşe göre, olasılık, bazı değer gruplarına ayrılmalıdır ve kararı verirken hâkim bu derecelendirmeyi dikkate almalıdır[1485]; bu görüşe göre kuvvette güçlüden zayıfa uygun sıra ile açık, şüphesiz, olasılık içinde tahmini olarak dereceler belirtilmiştir.

Bir başka değerlendirmede ise, karar için gereken karar yeterliliği ile karar sınırını birbirinden ayırmanın uyuşmazlığı daha verimli çözümünü getireceği, karar yeterliliğinin dava konusu ile yanlış değerlendirme sonucunun ise karar sınırı ile açıklanabileceği belirtilmiştir[1486]. Aynı görüşle, dava konusu olayda olasılıkları değerlendirmek, toplam olasılığı oluşturmak ve olayı en yoğun olasılık grubunda belirlemekle, tüm düşünce parçaları belli bir yöne kanalize edilmiş olarak, olasılıklar ve yanlış değerlendirmeler beraber değerlendirilerek karar oluşacaktır[1487].

Bir başka sınıflandırmada ise, kesinlik sınırında olasılık, yüksek olasılık ve ağır basan olasılık olarak sınıflandırma yapılmıştır[1488]. Davaya bakan hâkimin tam bir kanaate ulaşamaması sonucu olasılıklı bir belirtmede bulunması göreceli bir belirsizliği göstermiş olacağı belirtilmiştir[1489]. Bu olasılığın ölçüsüne dair olarak da, öğretide elverişli olaylar

[1484] Walter, Gerhand: Frei Beweiswürdigung, Tübingen 1979, s. 150
[1485] Ekelöf, Peri: Beweiswürdigung, Beweislat und Beweis des ersten Anscheins (ZZP, 1962, 289) s. 289, (nakleden Albayrak, s. 308)
[1486] Matsch, Richard: Vom rechtgenügenden Beweis, Zur Entscheidungvon zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfestschellung, Berlin 1983, s. 218
[1487] Matsch, s. 255
[1488] Musileak, Överviktsprinzip, s. 451, (nakleden Albayrak, s. 308)
[1489] Yıldırım, s. 59

sayısının, olabilirliği aynı oranda olanaklı olayların toplam sayısına oranı, olasılık ölçüsü olarak kabul edilmektedir[1490].

Olasılık kavramının matematik ve felsefi yönden ele alınması, bu alt yapı verilerinin üst yapıda hukuk bilimine yansımalarının değerlendirilmesi yararlı olacaktır düşüncesindeyiz. Bu doğrultuda, olasılık, matematiksel olarak bir deney sonunda çıkması muhtemel olayların çıkma şanslarını inceleyen bir bilim dalı olarak tanımlanmıştır[1491].

Olasılık teorilerinin, Chevalier de Meire'nin Blaise Pascal'a yönelttiği sorulardan yola çıkan Pierre de Fermat'ın eleştirileri ile 17. Yüzyılda doğduğu belirtilmiştir[1492]. Olasılık düşüncesinin zar atma ve kumara olan ilgiden doğduğu da ileri sürülmekle, Aristotales'in Metafizik[1493] adlı eserinde değindiği gibi, potentia kavramının da, bu düşüncenin oluşmasında önemi olduğu işaret edilmiştir[1494].

Olasılık felsefesi açısından, Gottfriend Wilhelm Leibniz, olasılık teorisinin tümden gelimle karşılaştırılabilir bir nitelikte çıkarım yöntemi olacağına işaret etmiştir[1495]. Bu konuda şans oyunları dışında bir değerlendirmeyi Blaise Pascal yapmış, olasılık düşüncesine yaklaşımını "bilginin belirsizliği" temeline oturtmuştur. Buradan yola çıkarak, tümevarım yöntemi ile olasılık düşüncesini birleştirmeyi ve teorilerin tümevarım ile doğrulanamazlığı üzerinde durmuştur, böylece gözlemsel verilere dayalı olarak oluşacak bilginin, doğruluğuna dair olasılığı belirlemeyi olanaklı hale getirerek, akıl yolu ile üretilemeyen yeni bilgi oluşturmada tüme varım risklerini azaltabilmenin gereği savunulmuştur[1496].

[1490] Matsch, Beweis, s. 141, (nakleden Yıldırım s. 59)
[1491] Demirtaş, Abdurrahman: Ansiklopedik Matematik Sözlüğü, Ankara 1986, s. 209
[1492] Korkmaz, Adil: Olasılık Kavramının Doğuşu, AÜSBFD, 60-2, s. 175
[1493] Aristotales, Metafizik, Eski Yunancadan Çeviren Y. Gurur Sev, Pinhan Yay., İstanbul 2018
[1494] Potentia, bir varlığın başka bir varlık olabilme gücü olan dynamis kavramının eş anlamlısı olarak kullanılmıştır; buna göre maddi olarak energeia oluşacak varlık, içinde buna dair pek çok potentia taşımaktadır. Potentia düzeyi de Girolama Cordana tarafından olasılık şeklinde ifade edilmiştir, Korkmaz, s. 183
[1495] Korkmaz, s. 186
[1496] Korkmaz, s. 191

Olasılığın temelleri ile ilgili olarak rastgele bir deneyde, çıktının kesin belli olmadığı, tüm çıktıların toplandığı kümeye örnek uzay denildiği belirtilmiş, zar örneği verilerek, zarın bir kez atılması halinde, herhangi bir yüzün yukarı bakması eşit olasılık içinde görülmüştür[1497].

Şartlı bir olasılıktan söz ediliyorsa, örneğin bir olayın olması, bir başka olayın oluşumunun bilinmesine bağlı ise, şartlı olasılıktan söz edebilmekteyiz[1498]. Bir paranın atılmasında yazı veya tura gelmesi eşit olasılık kabul edilecektir. Zarda bulunan altı sayılı altı yüzün gelme olasılığı, her bir yüz için eşit olacaktır. Bunun sebebi, üç nedenin varlığı kabul edilmektedir. İlki, paranın ve zarın tek ve bölünmez oluşu kabul edilmiştir, ikincisi koşullara müdahale edilmesi olanağının bulunmaması, üçüncüsü şu ana kadarki deneyimden anılan eşit olasılık sonucuna ulaşılmış olmasıdır. Zar ya da para atışında her bir atışın bir birinden bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Bu şekilde eşit olasılıklı durumlar, para ve zar atışı gibi bir birini etkilemeyen sonuçlara sahip olaylarsa, deneysel durumları karşılaştırmada bir temel ortaya koymak için durumların eşit olasılıklı olmadığını bildiğimiz olaylarda yeterli yaklaşık çözümler bulmak istediğimizde, örnekleme çalışmalarında ve diğer deney çalışmalarında rastgele örneklemeye ulaşmakta varlığından söz edilir.

Olasılık, şansın bir ölçüsü kabul edilse de belirsizlikler içinde, örnekler arttıkça belirliliğe yaklaşılmaktadır.

[1497] Örnek uzay = S ; S= (1,2,3,4,5,6)
Çeşitli olasılıklar :
A=(tek sayılı yüzler)=(1,3,5)
B= (yüz değeri < 3)= (1,2)
C= (çift sayılı yüzler)= (2,4,6)
Pr = Olasılık
Pr(A) = 3/6=1/2
Pr (B) = 2/6=1/3
Pr (C) =3/6= 1/2 , www.acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/ view.php?.id=544

[1498] Olma olasılığı aranan olay = A
Başka ve gerçekleştiğinin bilinmesi gereken olay = B
Pr (A /B) = Pr (A. B) /Pr (B)
P(A / B) = B gerçekleştiğinde A'nın olasılığı
İki olay bağımsız ise :
Pr (A/B) = Pr(A.B)/Pr (B) = Pr (A) Pr(B)/ Pr.(B) = Pr.(A)

Buna göre, bir olayın olasılığı, eğer bir deney " n" farklı ve eşit olasılıklı sonuç vermekteyse, bunlardan "m" tanesi, bir A olayına işaret ediyorsa, A'nın olasılığı : P (A) = m/n ve;

A'nın aksinin Z olarak alınması durumunda :

P (Z)= (n – m) / n = 1- (m/n) = P (A); olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tüm bu değerlendirmeler ile varılan tanıma göre, olasılık, göz önünde tutulan öğe sayısının toplam öğe sayısına oranı olarak ifade edilmiştir. Buradan da, olasılık değerinin asla negatif olamayacağı, olasılık değeri bir oran olduğundan sıfır ve bir arasında olduğu, bir kümenin öğelerinin olasılık toplamının 1'e eşit olduğu, temel küme olasılığının 1 olduğu yani P (S) = 1 şeklinde karşımıza çıktığı belirtilmiştir[1499].

Öğretide, matematiğin öngördüğü bu olasılık hesapları ile yapılan değerlendirmelerde, özellikle imza sahteciliği konusunda tanık ifadelerinin değerlendirilmesinde tartışılırken, bir senedin sahteliğinin tartışılmasında, örnek uzay tanık ifadeleri olup, her tanık ifadesi element olarak, ifadelerin doğru ya da olması da unsur olarak edilmiş olduğunda, doğruluk olasılığının belirlenebileceği, bağımsız çarpanlar bir birine bağlanırken, mesela 6 tanığın imzanın doğruluğu ya da sahteliğine dair beyan olasılığı bir biriyle çarpılacaktır[1500]. Bu görüşü savunan yazarlara göre objektif olasılık kavramı ile de açıklanabilen bu olasılık, matematiksel olarak üretilebilen, ölçülebilen, nesnel bir olgudur ve bireysel görüşlerden bağımsız Klasik Olasılık Teorisinin bir görünümü olarak da belirtmek olanaklıdır[1501].

Subjektif olasılık kavramına[1502] göre, hukuki olasılık, bir kişide bir olayın oluşumuna dair türlü belirtilerden doğan ikna derecesi olarak tanımlanmaktadır, bireysel bilgi ve bu

[1499] www.web.itu.edu.tr/index_dosyalar>DERS5, erişim tarihi 25.6.2016
[1500] Yıldırım, s. 64
[1501] Huber, s. 79; Albayrak, s. 315
[1502] Albayrak, s. 316

bilginin üzerine olayla ilgili hükme dayalıdır, kişisel kanaatler olasılıkta değer içermektedir[1503]. Bu iki görüşe de ek olarak mantıksal olasılık kavramı da, belirlenen kanıtlardan tümevarım ile sonuç elde edilmesinin benimsenmesidir[1504]. Ancak objektif teoride deneysel çalışmadan çok, sadece mantık kuralları esas alınmaktadır[1505].

Olasılık kuramı ile hukuk biliminin kesişmesine dair olmak üzere, öğretide, olasılık kavramından, kural olarak ispat kriteri oluşturulamasa da, mantık ilkeleri çerçevesindeki olasılıklara göre karar verilebileceği, ancak nesnel bir değerlendirmeyle her bir vakıanın gerçekleşme sıklığının yalnızca onun var oluşuna dair olanağı belirleyemeyeceğini belirtmişlerdir[1506]. Bir başka yazar da hâkimin hükmünün istatistikle beraber, olasılık ölçülerine de dayanabileceğini belirtmiştir[1507].

Objektif olasılık kavramı ile somut olaylara dair çıkarım yapılmasının belirsiz olduğu ileri sürülmüştür; olasılık grubunun hangisi ile denk getireceği bilinmezlik içindedir. Olay sıklığı da her olayın farklı sebeplerden doğduğu gözetilerek kabul edilmemiştir. Olay, olasılık referans grubuna bağlı olarak oluştuğu belirlenmelidir. Hukuk uyuşmazlıklarında bunun sağlanması olanaksız derecede güçtür[1508].

Bilimsel bilgi de olasılıklar içerebilir. Hâkim, güven duyabileceği, olasılıklar içinde en yoğun olanını esas alan bilgiyi kararına temel alabilecektir. Bu olasılıklar içinde, hangisine neden dayandığını, hangi bilgiye itibar ettiğini kararının gerekçesinde açıklamalıdır[1509]. Bu konuda hâkimin olasılık hesaplarına bağlı kalarak vicdani kanaatine aykırı karar vermesinin doğru olmayacağı ifade edilmiş, olasılık ile diğer sebeplerin tartışılması gerektiği, kendi

[1503] Musielak, s. 456; Albayrak, s. 317
[1504] Huber, s. 80
[1505] Başözen, s. 128
[1506] Greger, Reinhard: Beweis und Wahrsscheinlichkeit, Berlin-Bonn-München 1978, s. 49 vd. (nakleden Başözen, s. 130, dn. 335)
[1507] Gottwald, s. 200 vd. (nakleden Başözen, s. 130)
[1508] Berg –Winters, s. 35
[1509] Başözen, s. 131

bireysel düşüncesini oluşturması gereği belirtilmiştir[1510]. Bu düşüncelerden yola çıkarak, bazı yazarlarca "ağır basan olasılık[1511]" düşüncesi tartışılmıştır. Matsch, tarafından ileri sürülen bu görüşe göre[1512] olayın ispat ölçüsü, delilin olasılık değerinin "ağır" olmasıdır. Bir olayın var olup olmadığı iki eşit olasılıktan ötede, bir olasılığın ağır gelmesi, olasılığın bir sonuç lehine fazla olmasının aranması karar için kanaat ölçütü olarak alınması gereği işaret edilmiştir. Bu durumda, yüzdelik değerlendirmede elliyi aşan her durumda karar için yeterli ispat ölçüsünün elde edilmiş olacağı ifade edilmiştir[1513]. Ancak gene aynı yazarca, bu konuda belli bir rakamın yani elli ile doksan dokuz arası belirli bir sabit rakamın kabulünün olanaksızlığı da kabul edilmektedir.

Matsch'a göre, yasakoyucu hâkime, bir olayın ya olduğu ya da olmadığı yönünde sadece iki seçenek sunmaktadır. Hâkimin, belirsizlik durumunda ispatlanamadığına kanaat getirmesi gereklidir. Ancak olumlu kanıda, yanılma olasılığı yüzde kırkdokuzdan az, olumsuzda yanılma olasılığı yüzde ellibir ve üzeri ise bu durumda, olumlu karar vermesi gerekli olacağı düşünülmüştür[1514].

Ağır basan olasılık kavramının aleyhinde olan yazarlara göre[1515] Alman içtihatlarındaki ve Huber'in değerlendirmediği[1516] olasılık derecelerinin kesin olasılık- yüksek olasılık- ağır basan olasılık şeklindeki kavramlar bilimsel bir temele dayanmadığından kabul edilmemektedir. Ayrıca Prütting de, Alman yasa koyucunun maddi gerçeğin aranmasını istediğini ileri sürerek karşı çıkmıştır[1517].

[1510] Engels, s. 34; Başözen, s. 131
[1511] Yıldırım, s. 63; Albayrak, s. 309; Başözen, s. 135
[1512] Matsch, Beweis, s. 150
[1513] Yıldırım, s. 63
[1514] Matsch, Richard: Vom Rechts genüdenden Beweis, Berlin 1983, s. 248, (nakleden Albayrak, s. 311)
[1515] Musileak, Grundfrages des Beweisrechts, s. 113
[1516] Huber, s. 114
[1517] Albayrak, s. 311, dn.1206

Delil sunulmamış, hiçbir ispat aracının yer almadığı bir davada, ağır basan ihtimal görüşü ile bu görüşe karşı çıkanların görüşleri arasındaki ayrım somutlaşmaktadır ve ağır basan ihtimale ağırlık veren görüşü reddedenler, ispat yükü kurallarının mevzuattaki düzenlenişinin öneminin burada karşımıza çıkışına işaret etmektedirler[1518].

Hâkimin, bir olayın var olup olmadığına dair zihinsel faaliyeti sonuçta "kanaate" ulaşınca, delilleri değerlendirme çalışması tamamlanmış olacak, karar verilmesi aşaması gelecektir[1519]. Bu aşamaya ulaşılırken, hâkimin dava malzemesi vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğine dair düşüncesinin oluşması gerektiği halde, oluşmadığını ileri sürmesini önlemek, düşünce oluşmamışsa, oluşmuşçasına bir tutum ile karar vermemesine dair gereken kriterler aranmalıdır. Somut olay açısından, maddi hukukun aradığı bazı unsurlar hâkime yol gösterici olsa da, her maddi hukuk kuralında bu şekilde belirlenmiş bir standart veya kriter bulabilmek olanaklı olmayabilir. Bu durumda, "kanaat yeterliliği" konusunda yargılama hukukunun hâkime yol gösterici ve tarafların yasa yoluna gitmeleri durumunda üst mahkemelerin denetim yapabilmesini sağlayacak kanaat niteliklerinin belirlenmesi gerekli ve yararlı olacaktır. Hâkimin sadece emin olması, vicdani olarak bir duraksama içinde bulunmaması, davanın aydınlandığını düşünmesi yeterli bir ölçüt olmamalıdır. Hâkim somut delilleri değerlendirirken, duygularını, önyargılarını en az düzeye indirmeli, kamu vicdanı veya benzeri kavramları ileri sürerek sıradan bir yurttaş tepkisi vermekten kaçınmalıdır. Kanımızca, Anayasa'nın 138. maddesindeki "vicdani kanaat" o anlamda, hukukçuluk ile bağdaşması her zaman olmayan bir kavramdır. Delillerin değerlendirilmesini yapan hâkimin, sunulan deliller ile iddia ve savunmaya konu vakıaların gerçekte var olup olmadığına dair bir kanıya ulaşması beklenmektedir. Delilsiz her kanı tehlikeli bir önyargı içerebilir, hatta saf bir önyargı olup, karar aşamasında zihinden uzaklaştırılması gerektiği bile söylenebilmelidir.

[1518] Berg Winters, s. 105, nakleden Albayrak, s. 312; Huber, s. 125 vd.
[1519] Yıldırım, s. 67

Örneğin, bir küçüğün komşusunun köpeği tarafından ısırılmak suretiyle yaralandığı iddia edilmektedir. Davacı tarafın ailesinin bir köpeği olduğu gibi, diğer komşularının da köpekleri bulunmaktadır. Davacı taraf, mağdur küçüğün sağ kol sinirlerinin kalıcı olarak ve tedavi edilemez şekilde kopması ve parçalanması nedeniyle kolda işlev yitimine bağlı olarak maddi ve manevi zarar doğduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talep etmektedirler. Davalı taraf ise, saldıran köpeğin kendi köpekleri olmadığını, köpeklerinin iddia edilen olay günü koyun sürüsü ile yaylaya gittiğini savunmuşlardır. Her iki taraf da, tanık deliline dayanmış, tanıklar dinlenmiştir.

Davacı taraf tanık olarak, yaralanan çocuğun yani mağdurun ablasını ve diğer komşularından birini tanık olarak dinletmişlerdir.

Davalı taraf ise, sürüyü yaylaya götüren çobanı ve bir diğer komşuyu tanık olarak dinlemişlerdir. Davacının tanıkları beyanlarında, köpeği ışırken görmediklerini, ancak çocuğun feryatları üzerine olay yerine geldiklerini, komşunun köpeğinin ise kaçtığını gördüklerini belirtmişler, davalı tanıkları ise, ısırdığı iddia edilen köpeğin olay günü yaylada olduğunu, başka bir bilgileri olmadığını ifade etmişlerdir. Sunulan bu beyanlar karşısında, hâkimde olayın gerçekten olup olmadığı ve illiyet bağı açısından nasıl bir kanı oluşması gerektiği, bizce davanın aydınlanmış sayılma anının tespiti yönünden temel öneme sahiptir. Oluşması beklenen kanı ile oluşan kanı ayrımı nasıl olması gerektiği de bu yönde sorgulanmalıdır. Bu kanı denetlenebilir olmalı mıdır? Kanı denetim dışı olabilir mi? Örneği zenginleştirmek olanaklıdır, ısırılan çocuktaki diş izleri ile komşunun köpeğinin dişleri karşılaştırılabileceği gibi pozitif bilimlerin ışık tuttuğu bir çok araç ve delil ile değerlendirilebilecektir, ancak bu davada sunulmamış böylesi delilleri hâkim kendiliğinden toplayabilir mi? Öncelikle taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkesinin egemenliğinde, hâkimin böylesi bir çalışma yapması kanımızca isabetli olmayacaktır, bu durumda, hâkim, davada vakıanın toplanan deliller ile aydınlanmadığını HMK 27. maddesi gereği taraflara

bildirmesi, belirsizlik içeren kısmı yani ısırma olgusunun hangi köpek tarafından gerçekleştiğinin belirsizliğini açıklamalıdır. Buradan hareketle, HMK 31. madde gereği bu belirsizliğin giderimi için ispat yükü kendisine düşen tarafa delil sunmalarını istemesi gereklidir. Hâkim, HMK 288/2. madde[1520] gereğince resen de keşif yapılmasına karar verebilir ya da olayda gene resen 266. Madde[1521] gereğince bilirkişi oy ve görüşüne de başvurabilir.

Hâkim, burada, davayı aydınlatma ödevinin de gereğini yerine getirerek, keşif delili ile olay yerinde dinlenen tanıkları yeniden dinleyebileceği[1522] gibi, tarafları isticvap edebilecektir[1523]. Burada, unutulmaması gereken bir olasılık vardır ki, komşunun köpeğinin

---

1520 *"**Keşif kararı***
***MADDE 288-** (1) Hâkim, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir. Hâkim gerektiğinde bilirkişi yardımına başvurur.*
(2) Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya resen alınır."

1521 *"**Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hâller***
***MADDE 266-** (1) Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. **(Değişik cümle: 3/11/2016-6754/49 md.)** Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. **(Ek cümle: 3/11/2016-6754/49 md.)** Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez."*

1522 Yargıtay 16. Hukuk Dairesi tarafından da benzer şekilde ve düşünce ile konuya işaret eden içtihadının incelenmesi yararlı olabileceği düşüncesindeyiz; "Mahkemece 2004 tarihinde yapılan ikinci keşifte dinlenen yerel bilirkişi ...; davaya konu taşınmazın tamamının davacı ... ile kardeşi müdahil ... ait olduğu, ölümüyle birlikte davacı ve müdahilin kullanmaya devam ettiği, taşınmaz üzerindeki zilyetliğin 50-60 seneden fazla olduğunu belirtmiş, müdahil ... tanıkları ..., ... ve ...'de yerel bilirkişi ...'nin beyanına katılmıştır. Mahkemece, keşifte dinlenen yerel bilirkişi ve tanık beyanlarının çelişkili olduğu, taşınmazın kime ait olduğunun ispatlanamadığı kabul edilmek suretiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; taşınmazın hangi bölümünün kim tarafından, ne şekilde kullanıldığı kesin olarak belirlenmemiş, keşiflerde dinlenen yerel bilirkişi ve tanık beyanları arasındaki çelişki giderilmemiştir. O halde doğru sonuca ulaşılabilmesi için; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca hâkimin davayı aydınlatma ödevi bulunduğu ve mevcut araştırma ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın aydınlatılamadığı gözetilerek, taşınmaz başında yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen, davada yararı bulunmayan şahıslar arasından seçilecek yerel bilirkişiler, aynı yöntemle seçilecek taraf tanıkları, ziraat bilirkişi ve teknik bilirkişi huzuruyla yeniden keşif yapılmalıdır. Yapılacak keşifte yerel bilirkişi ve taraf tanıklarından; davaya konu taşınmazın öncesinin ne olduğu, kime ait olduğu, kimden nasıl intikal ettiği, kim tarafından ne zamandan beri ne suretle kullanıldığı hususlarında maddi olaylara dayalı ayrıntılı bilgi alınmalı, yerel bilirkişi ve tanıkların sözleri arasında doğabilecek çelişkiler, gerektiğinde yüzleştirme yapılarak yöntemince giderilmeli, yerel bilirkişi ve tanık sözleri komşu parsel tutanakları ve dayanakları ile denetlenmeli, teknik bilirkişiden keşif ve uygulamayı denetlemeye elverişli rapor alınmalı, ziraat bilirkişisinden davaya konu taşınmazın niteliği ve kullanım durumunu belirleyen ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınmalı, bundan sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek ulaşılacak sonuca göre bir karar verilmelidir." (E. 2015/10730 K. 2017/5004 T. 3.7.2017) (www.kazanci.com, erişim tarihi :14.5.2018)

1523 Konu ile bağlantılı bir içtihatta, Yargıtay belge incelemesinde de tarafın dinlenmesinin gereğine işaret etmektedir, "Somut olayda, dosya içerisinde davacı tarafça imzalanmış ve davacının 2012 yılına ait 14 günlük iznini 01.10.2012-15.10.2012 arasında kullanmak istediğine dair işverence uygundur şerhi düşülmüş belge ile İ...

davacıyı ısırdığını görenin hiç olmaması olasılığıdır. Bu durumda, hâkim mantık kuralları gereği bir kanaat edinmiş sayılamaz. Davacının doğruyu söylemiş olması bir olasılıktır, tam tersi de aynı kuvvette bir olasılıktır, bu sonuncu olasılık için kişisel önceki çatışma yani husumet, köpeğin aidiyeti ve diğerlerinden farkı konusunda algı yanılması dahil bir çok sebep olabilir. Hatta hâkim, davacıyı sorgulasa, HMK 31. Maddedeki tüm aydınlatma araçlarını kullansa, özellikle isticvap etse, ikrar elde etmedikçe, bu temelde dava aydınlanmış olmayacaktır, zira taraf beyanları, bir ispat aracına dayanmadıkça bir olayın gerçekleşmiş sayılması yönündeki kanaat için yeterli olmayacaktır, bu durumda sadece belirsiz ve çelişkili beyanların gerçek taraf iradesi ile uyumu düzeltilmiş olacaktır.

Esas sorun, hâkimin tüm kanıtları topladığı bir durumda delillerin değerlendirilmesi sonucu özellikle takdiri deliller ile ispatlanacak bir vakıanın yani kesin delil yönünden eksik bir davada, kanaatin derecesinin bulunmasıdır. Objektif ve sübjektif ispat ölçüsünü ileri süren yazarlar bu konuda sorunun çözümünü sağlayacak bir öneri kanımızca getirmemiştir. Öğretide bu konuda, insan bilgisi ve algısı açısından, hâkimin kesin bir kanaate ulaşabilmesinin beklenemeyeceği, olasılık değerleri yönünden nesnel bilgilerin bilinebileceği, bu bilgi ölçüsünün gerçeğe uygunluğunun esas olduğu, kural ispat ölçüsü açısından, kesin kanaat yerine vicdani kanaatin esas oluşu önerilmiştir[1524].

Hâkimin duygu dünyasından sıyrılması yalnızca nesnel verilerden yararlanılması, aslında tarafsızlık yönünden tehlikeli bir ölçüt olan "vicdani" kanaat kavramına başvurmakta

---

İnş. ve San. Ltd. Şti. tarafından 10.09.2012 tarihli T... 16. İletim Tesis ve İşletme Grup Müdürlüğü'ne hitaben yazılmış ve davacının 01.10.2012-15.10.2012 tarihleri arasında senelik izninden 14 günlük izin kullandığına dair yazısı bulunmaktadır.
Mahkemece HMK'nun 31. maddesine göre hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacının izinlerini kullandığına ilişkin imzalı belgeler olduğu halde bu belgelerin değerlendirilmemesi, bu belgelerle ilgili olarak davacının isticvap edilerek beyanlarının alınmaması ve mahkeme gerekçesinde dosya içerisinde yer alan yıllık izin belgelerine neden itibar edilmediğinin açıklanmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur. Yapılacak iş, davacı isticvap edilerek dosyaya sunulu izin belgeleri ile ilgili beyanının alınması ve gerekirse imza incelemesi yaptırılarak davacının bu dönemlerde yıllık izin kullanıp kullanmadığı araştırılmalı ve çıkacak sonuca göre karar verilmelidir. Mahkemece bu hususlar araştırılmaksızın eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir. " (7. Hukuk Dairesi, E. 2015/5230 K. 2016/111 T. 18.1.2016) (www.kazanci.com, erişim tarihi :14.5.2018)

[1524] Başözen, s.141

asla acele etmemesi gerekir. Bir davada başka bir önemli nokta da, nesnel olarak davanın aydınlandığı, yeterli delillerin toplandığı halde, hâkimin sadece yorumlamakta görevini yeterince yerine getirecek bilgi ve beceriden uzak yaklaşımı nedeniyle bu delilleri yorumlayamaması sorunudur. Burada, taraflar yönüyle ispatlanmış sanılan olgular, vakıalar, hâkim zihninde septik bir yorumla değerlendirilerek olayı gerçekleşmemiş olarak algılanmış olabilir. İşte tam da burada, hem ispat ölçüsü hem de davanın aydınlanması kavramlarının belirli kriterlere sahip olmasının önemi yer almaktadır. Maddi hukukun normlarının bir konunun ispatına dair esasları düzenlemesi her zaman söz konusu olmamaktadır. Vakıa ve delil arasında, vakıa ve norm arasındaki bağın somutlaşması için, en azından medenî yargılama hukukunun bir tavrı, bir yaklaşımı olmalıdır. Tarafların dava malzemesini getirmesini kural olarak bekleyen medenî yargının "delil yeterliliği" ararken, oluşacak kanaatin "niteliği" ve bu niteliğin usûli esaslarını düzenlemesi gerekir. Vakıanın oluştuğuna dair, yasal karineler davada yer almamışsa, hatta yasa karinelerin maddi olarak var oluşuna dair, yani fiilen gerçekleştiğine dair uyuşmazlık varsa, bu sorunun önemi daha da artmaktadır.

Hâkim, tahkikata başlamadan ispatı gereken her bir vakıayı ayrı ayrı belirlemeli, her bir vakıa için tarafların HMK 119. ve 129. maddeleri gereği dayandıkları delillerin neler olduğunu tespit etmelidir. Bunu izleyen süreçte, yukarıda Ön inceleme ile ilgili olarak yaptığımız değerlendirmelerde sunulduğu gibi, 137. maddeye göre Ön inceleme aşamasında bu faaliyeti zaten yapacak ve tutanağa da yazdıracaktır. Vakıa ve delil arasında tarafların kurduğu bağı anladığını böylece gösterdikten sonra, delili toplamalı, topladığı delilin de vakıanın gerçekten oluşup oluşmadığına dair kendisinde oluşturduğu kanıyı paylaşmalıdır.

Toplanacak delilin, nesnel olarak hangi vakıaya dayanılmış ise, o vakıanın gerçekleştiğini gösterip göstermemesine dair bilgiyi de açıklaması gerekli görülmelidir. Hâkimin her bir delil için ayrı ayrı bilirkişiye başvurması gibi bir sonuç da buradan çıkarılmamalıdır. Hâkimin hukuk fakültesi mezunu olmasından önceki eğitim sürecinden

edindiği fen ve matematik bilgisi ile sosyal bilimlere dair bilgisi, eğer bir delilin bilime uygunluğunu açıklamaya yeterli ise, bu durumda bilirkişiye başvurması kanımızca gerekli görülmemelidir[1525]. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ve tasarruf ilkeleri ihlal edilmeden, davanın asıl sahibinin aslında taraflar olduğu unutulmadan vakıa ve delil arasında hâkimin kurduğu genel kültürünü de gözardı etmediği bu yoruma karşı tarafların beyanları alınmalıdır. Bu uygulamada ise, tarafların sadece "aleyhe olan kısımlara katılmıyoruz, itiraz ediyoruz" gibi, hukuksal yönden temelsiz açıklamaları hâkimin yok sayması işlevsel ve bu nedenle de bizce doğru bir yaklaşım olacaktır.

Hâkimin resen keşif ve bilirkişi deliline başvurabiliyor olması tesadüf olarak yorumlanmamalıdır. Hâkimin, baktığı davada nesnel bir kanıyı yakalaması için HMK 31.madde ile yasa koyucunun hâkime yüklediği davayı aydınlatma ödevinin gerekleridir. Ancak bu aydınlatma, tek yönlü yani sadece hâkimin yargısal gözlerinin görmesi için yapılmış tek boyutlu bir çalışma olmayıp, tıpkı güneşin ayrımsız olarak ışığını bir cismin tüm boyutlarına göndermesi gibi davanın tarafları ve hatta yargılamayı izleyen dava dosyasını inceleyen tüm üçüncü kişiler için anlaşılır bir psikolojik algı ölçüsünde olmalıdır.

Bu çalışma sırasında hâkimin ve tarafların alacağı çeşitli usûli tavırlar söz konusu olabilir. İlk olarak bir delil, bir vakıanın ispatına ne ölçüde etki etmişse, hâkim buradan elde ettiği kanıyı her iki tarafa açıklama olarak yaptıktan sonra, taraflardan bu açıklama lehine olan tarafın destekleyici, aleyhine olan tarafın ise itirazi açıklaması ile karşılaşacaktır. Bu durumda hâkimin, delil-vakıa arası ilişkiye dair taraflar arası uyuşmazlığın giderilmemiş olduğunu

[1525] Hâkim, delillere karşı nesnel durarak, önceden edinmiş olduğu bir şahsi bilgiyi, tarafsızlığından şüphe duyulan duruma dönüşmemesi, taraflarca bu bilginin denetlenememesi, yani usûli olarak güvence vermekten uzak oluşu, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesine neden olacağından hâkimin şahsi bilgisini kullanması uygun görülmemiştir. Ancak maruf ve meşhur olaylar ile ilgili olarak böylesi bir yasak değerlendirilmemektedir, Atalı,Murat: Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009,s. 138 vd.,
O halde, herkesçe bilinen ve ulaşılabilen, özellikle de ortaokul, lise gibi zorunlu eğitim kapsamında müfradat dahilinde olan tüm bilgiler kıyasen yasak dışı görülmelidir. Burada ayrım yapılması gereken durum, hâkimin kendisinde bulunan "bilimsel bilginin", kullanması yasak olan şahsi bilgisi gibi değerlendirilmemesi gerektiğidir.

görerek, bu konudaki değerlendirmesini, önce genel kültürü ve hukuk bilgisi ile açıklaması, gerekçelendirmesi gerekir. Bu gerekçeye karşı hâkimin kanısı aleyhine olan taraf, hâkimin hukuk bilgisi ve genel kültürünü aşan derecede özel ve teknik bir açıklamada bulunduysa ve hatta uzman görüşü sunduysa, hâkimin bu durumda bilirkişiye başvurması artık zorunlu olarak görülmelidir. Böylesi bir durumda, hâkimin lise eğitiminde edindiği fen bilgisinden daha üst derecede örneğin yüksek lisans seviyesindeki bir fen bilgisi davayı aydınlatacak ise, hâkim tek taraflı olarak üst bilgiye gereksinimi olup olmadığına karar vermemeli, taraf görüşleri ile düşüncesini yeniden değerlendirmelidir. Günlük yaşamda, kişinin bildiğini sandığı ama aslında özel ve teknik bilgi olmaksızın bilmesi olanaksız olan bir çok durum söz konusu olabilir. Örneğin bir hekim hatasının tartışıldığı davada, hekimin kolestrol hastası olan davayıca yumurta yemesini önermesinin, genel kültür ile doğru sanılsa da tıbben farklı değerlendirilebileceği söylenebilir. Hâkim, genel kültürüne, görgü ve deneyimine, Yargıtay'ın bir çok kararındaki ifadesi ile "hayatın olağan akışı", "yaşam deneyi kuralına" dayanması halinde buna dair görüşünü de karara kadar belirtmemelidir, aksi durum sürpriz karar yasağına aykırı olacaktır. Bir davada, tarafların algısı, taraflar arası çekişmenin giderimi, kanımızca, her zaman dava dışı bir nesnellik arayışından daha önemidir. Davanın taraflar arasında kamu düzenine aykırı olmayan, yani resen araştırma yükümlülüğü içinde kalmayan konularda, bir vakıa hakkında bir delilin ne ifade ettiği ile ilgili uyuşmazlık yoksa, bu bir sulh sayılmasa bile, delil sözleşmesini andıran delilin gücüne dair bir anlaşma sayılabilecektir. Hâkim de bu karşılıklı kabulden daha uzak bir usûli tutum sergileyememelidir.

Hâkim ile davanın tarafları arasında ya da sadece taraflar arasında delilin içeriği ve vakıanın oluşuna dair etkisi konusunda, bilirkişi raporuna rağmen bir görüş ayrılığı varsa, bu durumda hâkim, bilirkişi raporundan edindiği, bilimsel kanısını, taraflara HMK 27. madde gereği açıklamalıdır. Hâkimin, tarafların delilin vakıaya dair ne gösterdiğine dair uyuşması, yani taraflardan birinin görüşünü benimsemesi gerekli değildir. Tarafların hemfikir olduğu bir

konuda bile hâkim delilleri serbestçe değerlendirebilecektir, ancak bu değerlendirmesi, tarafların hemfikir olmadığı bir delil-olay bağında, bilimsel temellere dayalı olmak zorundadır. Hâkimin, pozitif bilimlere dair bilgisi taraflar ve yasa yolundaki incelemeler sırasında anlaşılabilir, değerlendirilebilir şekilde HMK 27. madde gereği ara değerlendirme açıklamalarında belirtilmelidir.

Hâkim, örneğin tanık delilinde, tanıkları doğru söyleyip söylemediklerinden şüphe içinde ise, bunu derhal taraflara açıklamalı, tarafların bu şüpheyi HMK 31. madde uygulaması sonucu giderecek kanıt sunamamışlar ise, hâkim gerektiğinde tanığı tüm sorgu yolları ve tekniklerini tükettikten sonra, psikolog incelemesi ve yazılı raporu ile birlikte değerlendirmelidir; zira algı konusu yani tanığın olaya dair algısı, taraflarla bağı, güvenilir beyanda bulunma olasılığı hâkimin tecrübesi ne kadar olursa olsun, psikolojik bir konudur. Bu konuda HMK kapsamında açıkça psikolog raporu öngörülmüş olmasa da, yasa değişikliğine gerek olmaksızın, koşulları olduğu sürece, delilin belirginleştirilmesi amacıyla psikolog, bilirkişi olarak kabul edilmelidir. Bu durumuyla da, teknik bir konu olmak özelliği taşır. Hâkim, duyduğu güvensizlikte keyfilik, önyargılılık ithamı ile karşılaşmamak için kanısını da, bilimsel gerekçelendirmeye tabi tutmalıdır. Bunu sağlamak ise yargıdaki psikolog çalışan sayısı yeterli nicelikte olduğunda işlevsel ve olanaklı olabilir. Algı, bireyin çocukluğundan beri oluşan bir süreç olarak ifade edilmektedir. Bu konuda hâkim, tanığın geçmişi ile, yaşadıkları ile her an her saniye iç içe bile olsa, bunun tanığa olan etkilerinden teknik olarak bilgi sahibi olması beklenemez, bilgisi olduğunda bile bunu gerekçelendirmeye hazır olmalıdır.

Örneğimizdeki gibi, davada açık ve giderilmemiş bir belirsizlik olması durumunda ise, hâkim, HMK 31. madde gereğince taraflara özellikle ispat yükü kendisine düşen tarafa delil sunmasını istediği halde elinde olmayan nedenlerle sunamamış ise, bu durumda hâkim davayı esastan reddetmemelidir. İspat yükünün yerine getirilmesinde, tarafın nesnel olarak başka bir

delil sunması olanaklı değil ise, hâkim davayı esastan reddetmeden önce, bunun doğruluğunu resen HMK 31.maddesi gereği araştırabilmelidir. Örneğimizde, köpek ısırması olayındaki ispat edebilmenin güçleştiği hatta olanaksızlaştığı durumda, ispat yükü kendisine düşen tarafın ekonomik-sosyal durumunu araştırarak, başka delil sunup sunamayacağını değerlendirmeli, başka delil sunamamayı fiili bir imkansızlık içinde görürse bu durumda karar vermekte duraksama yaşayabilir. 146. maddeye göre, hâkim, taraflarca sunulan delillerin değerlendirilmesinden sonra davanın aydınlanmış olduğuna kanaat getirirse tahkikatı bitirecektir, örneğimizdeki olayda tahkikatı bitirmesi olanaklı değildir, zira deliller toplandıktan sonra değil[1526], delillerin değerlendirilmesinden sonra aydınlanmışlık kanaatine varılırsa tahkikat sona erdirilebilmektedir. Hükmün gerekçesinde de işaret edildiği gibi, dava "taraflarca sunulan" deliller ile aydınlanmamışsa yeni delil ibrazı istenebilir, aydınlanmışsa istenemeyecektir. Örneğimize döndüğümüzde, belirsizliği giderilmemiş delil ve buna bağlı olarak belirsiz kaldığı objektif olarak açık olan bir vakıa varsa hâkim ne yapmalıdır? Uygulama açısından bakıldığında, kendisine ispat yükü düşen tarafın sunduğu deliller ile kendi iddia veya savunmasının haklı çıkmadığı gerekçesi ile aleyhine karar verilmesinde HMK yönünden bir engel bulunmamaktadır, ancak bu sakıncayı gidermek için de ayrı bir engel yoktur.

Bizce, hâkim davayı sadece usûlden reddetmeli, esastan reddetmemelidir. Bu konuda HMK sisteminde açık bir hüküm olmasa da, bizi bu yoruma sevk eden, maddi anlamda kesin hükmün etkisinin önemidir. Tarafların elinde olmayan nedenlerle, ispatsızlık sorunu, maddi olayın, gerçekte var olduğu halde, maddi anlamda kesin hüküm ile olmamış sayılması haksız sonuçlar doğurabilir. Örneğin, tanıkların mahkemede, ifade sırasında aktarım bozukluğu, iletişim hatası yapması hatta mahkemeye saygısız davranması sonucu maddi gerçek dava

1526 *"**Mevcut delillerle davanın aydınlanması***
***MADDE 146-** (1) Mahkeme, taraflarca gösterilmiş olan delillerin incelenmesinden sonra, davanın muhakeme ve hüküm için yeterli derecede aydınlandığını anlarsa, tahkikatın bittiğini kendilerine bildirir."*

dosyasına yansımamış ise, bu delilin gerçeği yansıtamaması, o delile dayanan tarafın bir kusuru olarak görülmemelidir. Tanığın tarafsızlığının arandığı medenî yargılama hukukunda davanın tarafının tanığı duruşmada nasıl ifade vereceğine hazırlaması HMK'da yer almayan bir olgudur. Bu nedenle böylesi bir şekilde, davadaki belirsizlik ispat yükü düşen davacı tarafın kusuruna dayanmıyorsa, bu durumda dava usûlden reddedilmelidir. Ancak bu durumun aksine, ispat yükü davalıya düşmekte ise, davalının elinde olmayan nedenlerle ispat başarısızlığı davanın kabulüne karar vermeyi gerektirecek midir? Maddi hukuk ispat yükünü, taraflardan birine yüklemekte ise bu durumda, ilgili tarafın davalı olması konumunda bu hukuki ilişkiye davanın davalısı, dava öncesinde hazırlanarak girmelidir, özellikle sözleşme hukuku içinde basiretsiz bir davranış ile ispat araçlarını korumamış ya da hukuki ilişkide, vakıaları ve işlemleri, hukuki ilişki yönünden maddi hukuk bakışı ile ispat yükünü kendisine yüklediği halde, delillendiremeyen taraf, davanın kabulü ile karşılaştığında verilecek karar davanın esasına dair olacaktır, zira HMK'da "usûlden kabul" şeklinde bir kurum da sözkonusu değildir.

Sonuç olarak, ispat ölçüsüne dair hâkim kanaatinin derecelendirilmesinde, taraf görüşleri ile pozitif bilimlerin dayanak alındığı bir algı durumunun esas alınması gerektiği kanısındayız. Tarafların bir algıda uyuşamaması, hâkimi kendi dünyasında bırakmamalı, kanısını bilimsel temelli nesnel verilere dayandırmalıdır. Hâkimin, tanık delilini değerlendirirken, tanık ifadesindeki belirsizlik ve çelişkiyi gidermekte mesleki bilgi ve becerisini objektif olarak aşan hallerde, davanın aydınlanabilmesi, doğru, adil karar verebilmek için, tanık ve uyuşmazlık konusu bağlantısını kurmak adına, "insan algısı, insan psikolojisi, yalan ve çelişkiler" gibi konularda kendi mesleki bilgi ve becerisini aşacak, hukuk biliminden ziyade psikoloji ve hatta gerektiğinde yani patolojik bir durum öngörüsünde bulunuyor ise psikiyatri biliminin uzmanlarından yararlanmasında HMK açısından bir engel

olmadığı gibi, delilin isabetini değerlendirmek için, resen bilirkişi delilinden yararlanabilmesi de 198. madde açısından "değerlendirme serbestisi" içinde de olanaklıdır.

Öğretide vicdani kanaate dair bir başka görüş ise, objektifleştirme teorisi olup, bu görüşe göre, gerçek hakkında kanaat değil, olasılık hakkındaki kanaatin aranmasının gereğini savunmaktadır[1527]. Görüşe göre, hangi olasılık derecesinin gerçek kabul edileceği belirlenmeli, yüksek olasılık aranmalıdır. Hâkim ispatın yasal olasılık derecesine ulaşıp ulaşmadığını serbestçe takdir edecektir[1528]. Anılan görüşü değerlendiren Yıldırım, fen bilimlerindeki gelişmelerin olasılık kavramını nesnel temellere dayandırma konusunda olumlu bir durum yarattığını, öznel kökenli hâkim yorumuna gereksinimin günümüzde fazla kalmadığını belirtmiştir[1529].

HMK, kesin delil dışında, ispat ölçüsü yönünden bir ölçütü açıkça düzenlemese de, Anayasa'nın 138. maddesinde vicdani kanaatin hâkimin günlük yaşamda zihinsel yapısı içinde sahip olduğu şekilde, hâkim tarafından vicdanında duraksama yaşamayacağı derecede yetinebildiği tutarlılıkta, makul üçüncü kişinin ikna olacağı ölçünün sağlanması gereği ifade edilmiştir[1530]. Hukukumuzda ispat ölçüsü olarak, makul hiçbir tereddüdün, kuşkunun kalmadığı olasılık olan kesinlik sınırındaki olasılık yani "tam ispatın" arandığı, yaklaşık ispatın ise geçici hukuki koruma yolları gibi istisnası hallerde arandığı[1531], ağır basan olasılık derecesinde arandığı kabul edilmektedir[1532], matematiksel bir kesinlik ve gerçeklik hukukumuzda aranmamakta, tam kanaat oluşumu arandığında tam ispat, yaklaşık kanaat aradığında ise yaklaşık ispat ölçüsü olarak ulaşılması istenmektedir[1533]. Yasa, yaklaşık ispatı

[1527] Kaskados, s .15, nakleden Yıldırım s.68
[1528] Yıldırım, s. 69
[1529] Yıldırım, s. 69
[1530] Atalay, s. 37, Yıldırım, s. 68
[1531] Albayrak, s. 126
[1532] Tanrıver, Usûl Hukuku, s. 775
[1533] Tanrıver, Usûl Hukuku, s. 776

aramadığı her durumda aranan ispat ölçüsü tam ispat olarak karşımıza çıkmaktadır[1534]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimde yukarıda incelenen şekilde tam kanaat oluşana kadar, delillerin incelenmesi ve belirli-çelişkisiz olması yönleri ile ve vakıanın aydınlanmamasında delil sunulmasının istenmesinin gerekli olması durumunda uygulanması için başvurulacak bir ilke olarak söz konusu olacaktır.

[1534] Atalay, Menfii Vakıalar, s. 45, Albayrak, s. 29, Tanrıver, Usûl Hukuku, s. 776

§ 12. HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN YAPTIRIMLARI

A-GENEL OLARAK

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi halinde, davanın taraflarının bu ihlale bağlı olarak aleyhlerine bir karar çıkması durumunda nasıl bir yola başvuracakları büyük önem taşımaktadır. Yargılamanın en başından, karar aşamasına kadar ulus adına yargılama yetkisini kullanan hâkimin, denetim dışında tutulması, yargılamada keyfilik olması anlamına gelir. Bunun sonucu da, hâkimin davayı aydınlatma ödevi yönünden pasif kalması, karar verirken davanın ispatlanamadığı belirtip davada olumsuz ve gerçeklikten uzakta bir karar vererek adaletin gerçekleşmesine engel olması olarak karşımıza çıkabilir. Böylesi bir durumu önlemek için, mahkeme kararını denetleyici yollar, insan hatasını giderici bir sistem olarak yasa yolları ve yaptırımlar olarak karşımıza çıkmıştır. Bunları incelenmesi için öncelikle kanun yolları sonrasında ise hâkimin hukuki, cezai ve idari sorumlulukları incelenecektir.

B. KANUN YOLLARI

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmeden nihai karar verildiğinde, istinaf yoluna, temyiz yoluna, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna ve Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru yoluna başvuru yapılıp yapılmayacağı konusunda inceleme yapmak yararlı olacaktır.

I- **İSTİNAF YOLU**

Öğretide de üzerinde önemle durulduğu[1535] gibi istinaf yargılaması, ilk derece yargılamasından bağımsız olarak, yeni ortaya çıkan delil ve olaylar, yeni delillerle yeniden yargılama yapılması olarak esasen varlığını gösteren bir kurum iken, ülkemiz sisteminde dar anlamda istinaf yolu benimsenerek baştan yargılama yapılmadan hukuki denetim mahkemesi işlevi görmektedir. Bu temelde, 5236 sayılı yasa ve meri HMK gerekçeleri de dikkate alınarak istinaf yolu açısından belirtilebilecek bazı esaslar vardır[1536]. Bu esaslara göre, her karar için yeniden yargılama yapılmayacak, kararın doğruluğu tespit edildiği takdirde başvuru esastan reddedilecektir, bununla beraber gene yargılama isabetli fakat hukuk normunun olaya uygulanışında hata bulunuyorsa bu kez yeniden esas hakkında karar verecektir. Ayrıca yargılamadaki eksiklikler duruşmasız giderilebilecek nitelikte ise, önce bunlarından tamamlanması sağlanarak, istinaf mahkemesince esas hakkında karar verilecektir. Bir diğer esas da, kesinlik sınırı içinde kalan dava değerini haiz davalarda, istinaf mahkemesince verilecek kararlar kesindir. İstinafta yeniden yargılama yapılması gerekli ise, bu durumda, yeniden yargılama yapılacak ve karar verilecektir, fakat yeni delil, yeni olay sunulamayacak, davaların birleştirilmesi ve ıslah yoluna başvurulamayacaktır.

Mülga HUMK ve meri HMK'da istinaf sebepleri açıkça düzenlenmemiştir[1537]. İstinaf sebeplerinin sınırlanmamış olması istinafın ruhuna uygun olarak görülmüştür[1538]. Temyiz sebeplerinden geniş olarak, vakıa tespit ve değerlendirilmesindeki yanlışlık ve eksiklikler de istinaf sebebi olarak kabul edilmiştir. Öğretide gene katıldığımız isabetli bir tespit de,

[1535] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 586
[1536] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 588
[1537] Akil, İstinaf, s.35; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 590; Pekcanıtez, Usûl, C.3, s. 2206
[1538] Pekcanıtez, Usûl, C.3, s. 2206

yargılamanın gerçek vakıa tespiti ve hukukun doğru uygulanması olarak iki temele dayanmakta olduğu ve bu temele göre kararların değerlendirilmesi gerektiği yönündedir[1539].

Hâkim tarafından ilk derece mahkemesinde yapılan vakıa tespitleri, tespit yolunda bir yanlışlık yoksa istinaf mahkemesinde de geçerli olacak, yeniden vakıa kural olarak araştırılmayacak, yeniden bir delil toplama yoluna gidilmeyecektir[1540]. Bu temelde, özetle, yargılama sırasında, tarafça kararın kendi aleyhine oluşmasına neden olduğu düşünülen her usûl ve esas hatası istinaf sebebi olarak ileri sürülebilecektir, bunun yansıması olarak hükmün gerçek vakıadan uzak ve/veya hukuka aykırı oluşmasına neden olan her usûl ve esas hatası istinafa konu olarak istinaf mahkemesi tarafından kabul edilebilecektir.

Öğretide, istinaf sebepleri yönünden nesnel olarak kararın yanlış olması önemsenmiş, kararın nesnel olarak eksik dava malzemesi veya bir kanıtın mahkemeye getirilmemiş olması nedeniyle isabetsiz olması istinaf sebebi olarak görülmüştür[1541]. İlk derece mahkemesinin öznel olarak yanlış karar vermiş olup olmadığına değil, nesnel doğruluğa bakılması gerektiği ileri sürülmüştür.

HMK'nın mehaz hukuk İsviçre Medenî Yargılama Hukuku ve onu etkileyen Alman Medenî Yargılama Hukuku düzenlerinde incelemek gereklidir.

Alman Medenî Yargılama Yasası'nın 529/1 b.1.2 maddesine[1542] göre, uyuşmazlığın çözümü yönünden yanlış değerlendirme yapılınca, olay saptamaları yanlış ya da eksik ise,

---

[1539] Pekcanıtez, Usûl, C.3, s. 2207
[1540] Akkaya, İstinaf, s. 100
[1541] Akil, s. 352; Alangoya/ Deren Yıldırım/Yıldırım, s. 563
[1542] ***" § 529 Prüfungsumfang des Berufungsgerichts***
(1) Das Berufungsgericht hat seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen:
1. die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten;
2. neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist.
(2) Auf einen Mangel des Verfahrens, der nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, wird das angefochtene Urteil nur geprüft, wenn dieser nach § 520 Abs. 3 geltend gemacht worden ist. Im Übrigen ist das Berufungsgericht an die geltend gemachten Berufungsgründe nicht gebunden"

istinaf incelemesi sırasında yeniden olay tespiti yapılabileceği düzenlenmiştir. 2002 yılında Alman Medenî Yargılama Yasası'nda yapılan değişiklik ile de, bu yönde oluşacak şüphe üzerine, istinaf sebebi olarak gösterilmese de, istinaf mahkemesi istinaf sebebi olarak inceleyebilecektir. İsviçre Federal Medenî Yargılama Yasası'nın 317. maddesine[1543] göre ise, ilk derece mahkemesinde, taraf kendisine düşen tüm dikkat ve özeni yerine getirmiş olmasına rağmen, davanın çözümü için gerekli olay ve delilleri sunmamışsa, sunulmasına izin verilmektedir[1544].

İstinaf sebeplerinin genel bir şekilde yorumlanması karşısında, yasa koyucunun da istinaf sebeplerini ayrı düzenlememesi karşısında, bir hukuk normunun uygulanmaktan kaçınılması, bu normun yüklediği ödevin yapılmamış olması da bir istinaf sebebi olarak kabul edilebilecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, HMK 31.maddesinde düzenlendiğine göre, ödevin yerine getirilmemesi uyuşmazlığın nesnel anlamda yanlış bir şekilde çözülmesine neden olmuşsa, istinaf sebebi olarak kabul edilebilecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlali sonucunda yanlış karar verilmesi veya karar verilmesinden kaçınılarak doğrudan davanın reddedilmesi gibi durumlar sık rastlanabilir sonuçlardır. Örneğin, bir davada, belirsizlik ve çelişkili tanık ifadelerine karşın hâkimin sezgilerine güvenerek örneğin kendi söylemiyle nasıl olsa toplanmış bir delil yani tanık ifadesi var diyerek karar vermesi ya da tanığın ifadelerindeki beyanlar, betimlemeler ve algılaması sonucu mahkemeye getirdiği bilgi ile keşif sonucu elde edilen bilgiler çelişirken hâkimin tanık deliline öncelik verip, gerçek ile uyumsuz bir karar vermesi istinaf sebebi

---

1543 *"**Art. 317** Neue Tatsachen, neue Beweismittel und Klageänderung*
[1] Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie:
a.ohne Verzug vorgebracht werden; und
b.trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.
[2] Eine Klageänderung ist nur noch zulässig, wenn:
a.die Voraussetzungen nach Artikel 227 Absatz 1 gegeben sind; und
b.sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht."

1544 Karaaslan, s. 224

olabilecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ya da Alman Hukukundaki bu ödeve ek olarak uyarma görevinin yerine getirilmemiş olması durumunda hâkimin uyarıları davanın olabildiği kadar erken aşamalarında yerine getirmesi konusundaki görevinin ihlal edilmesi, usûl eksikliği olarak görülmelidir. Davanın gidişatının elverdiği ölçüde mahkemenin duruşmayı yeniden açması (ZPO md.156 par.2 no.1) ve hatayı ortadan kaldırması gerekir. Buna karşılık, yerine getirilmemiş olan yargıcın uyarma görevi ilk derece mahkemesinde düzeltilmezse, ilgili taraf kanun yoluna başvurabilir[1545].

Öğretide, istinaf ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilişkisi incelenirken "yeni vakıa" olarak bir vakıanın davaya getirilip getirilmeyeceği incelenmiştir[1546]. Hâkimin, ilk derece yargılamasında, HMK 25. madde gereğince, tarafın açıklamadığı, belirginleştirmediği bir olayı, istinaf mahkemesinin taraflara açıklattırması gerektiği ifade edilmiştir. Bu anlamda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin istinaf sürecinde de süren bir ödev olduğu belirtilmiştir. İlk derece yargılamasında, dava dosyası içinden anlaşılamayan vakıaların açıklanması, ifadenin düzeltilmesi, tamamlayıcı beyan sunulması yeni vakıa sunumu olarak görülmemiştir[1547], ayrıca örneğin bir tanığın gerçek dışı beyanda bulunduğu, olay sırasında olay yerinde olmadığı vakıasını ispatlayacak olay ve delillerin getirilmesinde ise, gene teksif ilkesi ihlali tartışması yaşanmaması gerekecektir. Bunun dışında, hâkimin davayı aydınlatabilmek için, örneğin bir taşınmazın kullanımı sırasında aşırı yıpratıldığı, zarar verildiği iddia edilmişken, buna dair keşif yapmış olsa, tanık dinlese de, dava dilekçesinde taşınmazın neresinde ne zarar verildiği ifade edilmemiş olabilir. Örneğin, taşınmazın kiracıdan önceki durumu ile kiracı sonrası durumu arasındaki fark ile ilgili bir açıklama yer almamış, hâkim de yaptığı keşifte bahçeli bir ev olan taşınmazın dış cephesindeki boyaların bozuk, bahçe duvarının yıkık, bacasının yarısının açık olduğunu tespit etmiş olabilir. Bu

[1545] Musileak/Stadler, §139,Rn.25
[1546] Meraklı Yayla, s. 106
[1547] Akkaya, İstinaf, s. 287

esasta, davalı tarafından aksi yönde yapılan savunmaya itibar edilmeksizin, mevcut keşfe göre karar verilmesi isabetsiz olabilir. Bu örnekte, hâkim, davacı tarafa keşif öncesinde taşınmazda nerede, ne şekilde zarar olduğunu taşınmazın kiracıya teslimi öncesinde durumun ne şekilde olduğunu sorması, buna dair delilleri sunmasını istemesi gerekli iken, bunu yapmadan davayı keşfe göre kabul etmesi, istinaf aşamasında değerlendirilmesi gerekecek bir isabetsizlik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hâkimin yukarıdaki örnekteki gibi, esas olaya dahil edilen, bu temelde "zımnen" dahil olan olayları sorarak davaya getirtmesi yeni vakıa sunulması sayılmayacağından[1548], istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesinde yapılmamış bu işlemin yapılması gerekecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevine aykırılık halinde, istinaf incelemesi nasıl gerçekleştirilecektir? Bunun incelenebilmesi için öncelikle duruşmalı inceleme ve duruşmasız inceleme olarak konuyu iki ayrı boyutta değerlendirmek gereklidir düşüncesindeyiz. HMK 353. maddede düzenlenen duruşma yapılmadan verilecek kararlar kapsamında 6. bentteki şekilde, mahkemece uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması durumunda duruşma yapılmaksızın karar verileceğinden, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin aslında hâkimlik görevi ve dava yönetimi görevleri içinde kalarak gereği gibi yapılmaması halinden bahsetmek gerekecek, bu durumda da dosya ilk derece mahkemesine buna işaret edilerek iade edilecektir. Burada uyuşmazlığın çözümüne önemli ölçüde etki etmesi, bir anlamda davada vakıanın gerçekliğine dair kanaat elde etmeye hizmet edecek işlevsellikte olan delillerin gösterilmesine karşın toplanmamış olmasını ifade etmektedir. Aslında HMK 353. madde de bir anlamda mutlak istinaf sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır[1549]. Ancak delillerin bir kısmı toplanmış, 353. maddedeki gibi mutlak istinaf sebebi sayılabilecek bir sebep yoksa, buna karşın dosyada toplanmış dava

[1548] Üstündağ, İddia ve Savunma, s. 111
[1549] Akil, İstinaf, s. 356 vd.

malzemesinin doğru ve isabetli bir değerlendirilmesinin yapılmadığı kanısı uyanmışsa, bu isabetsizlik karşısında duruşmalı karar vermek asıl kural olduğundan, HMK 356. maddesi uyarınca istinaf incelemesi duruşmalı yapılır ve taraflara duruşma gün ve saati tebliğ edilir, isabetsizlik hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlali veya yanlış uygulaması sonucu gerçekleşmişse, istinaf hâkiminin hâkimin davayı aydınlatma ödevini gerçekleştirmesi, buna göre ilk derece mahkemesinde yapılması gerektiği şekilde hâkimin davayı aydınlatma ödevi araçlarını kullanarak gene yukarıda incelenen hâkimin davayı aydınlatma ödevi sınırları içinde ödevi yerine getirebilmesi için tarafları çağırması, onlarla HMK 27. maddeye göre işbirliği ve müzakere yapması gerekecektir. Burada esas dayanak, HMK 360. maddesi olacaktır. Bu madde kapsamında, 31. madde uygulaması açıkça istinaf ile ilgili normlar içinde yer almadığından, aydınlatma ödevi de 360. maddenin yollaması ile gene 31. madde esas alınarak yapılacaktır.

HMK 357. maddenin ilk fıkrası hâkimin davayı aydınlatma ödevini gerçekleştiren istinaf hâkimini duraksatmamalıdır, zira teksif ilkesinin istinaftaki görünümü olan 357/1. madde kanımızca HMK 31. madde karşısında iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile deliller yönünden teksif ilkesinin bir uygulamasıdır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi bu sınırlara uyarak, "açıklama" ve "aydınlatıcı delil" için işlevsellik kazanmalıdır. İlk derece yargılamasında toplanmamış bir delil veya aydınlatılmamış bir konu, beyan ikinci derecedeki yargılamadaki tahkikatta 357/3. madde gereğince ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir. Kanımızca bunun aksi HMK'nın istinaf hükümlerine de aykırı olacaktır[1550]. Öğretide de belirtildiği gibi deliller hatalı değerlendirilmişse de, gene istinaf mahkemesi dosyayı geri göndermeyecektir, delilleri kendisi değerlendirecektir. İlk derece mahkemesinin

[1550] Meraklı Yayla, s. 120-121

hatalı değerlendirmelerini gidermek için de o mahkemece verilen hatalı delil değerlendirme kararlarını kaldırabilir ve tahkikata bu yönü ile davam ederek davayı aydınlatma faaliyetinde bulunabilir[1551].

II. TEMYİZ YOLU

HMK 371. maddesinde, temyizde bozma sebepleri düzenlenmiştir. Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması, dava şartlarına aykırılık bulunması, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin yasal bir neden olmadan reddedilmesi, karara etki eden yargılama hatası ya da eksikliklerin bulunması temyiz sebebi olarak düzenlenmiştir.

HMK kapsamındaki temyizde bozma sebepleri içinde karara etki eden yargılama hatasının veya eksikliklerin bulunması, öğretide de belirtildiği gibi hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemiş olmasından da kaynaklanabilir. Uyuşmazlığın, insan algısı yönünden berrak bir şekilde tasavvurunun yapılamadığı, bilimsel olarak yorumlanamadığı, dava temeli olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yapılmamış bir davada verilecek kararın, olumsuzluğunun yani isabetsizliğinin temel gerekçesi hâkimin dava yönetimi konusunda veya davada kendisine yasa koyucunun verdiği aydınlatma ödevini yerine getirmemekten kaynaklanması durumunda kararı doğrudan etkilemesi nedeniyle temyiz sebebi olarak kabul edilmelidir[1552]. Bu durumda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlali öğretinin "nisbi temyiz sebebi" olarak işaret ettiği[1553] temyiz sebepleri içinde yer almaktadır. Yasa koyucu, bu yöndeki nisbiliğe açıkça gerekçede işaret etmiştir, diğer temyiz gerekçeleri ise, mutlak bozma sebebi olarak yer almıştır. Mutlak bozma sebepleri, varlığı halinde kesin bir karine olarak kararın isabetsizliğini göstermekle bozma kararı verilmesini gerektirecektir.

[1551] Meraklı Yayla, s. 125
[1552] Karaaslan, s. 230
[1553] Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 605

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, ispat hukuku ile de bağlantılı olduğu için, HMK 371/1-c maddesinde yer alan mutlak bozma sebepleri içinde de yer alabilir kanısındayız. HMK 31.madde gereğince hâkim yeni bir delil sunulmasını istemesine karşılık olarak tarafça delil getirildiği takdirde hâkim tarafından bu delil yasal bir gerekçe olmadan kabul edilmez ve değerlendirilmezse ya da örneğin HMK 243/1. maddesine göre taraf tanığı hazır ettiği halde hâkim yasal bir temele dayanmayan ya da kanımızca dayanılan temel, hukuki olmayan şekilde istem reddedilmişse, mutlak bir bozma sebebi olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi ihlalinden söz etmek mümkündür.

Bozma kararı verildikten sonra dosyada yapılacak değerlendirmede, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi gerekirken getirilmemiş olduğu usul aşaması hangi aşama ise o aşamaya yargılama dönmektedir. 7251 sayılı yasanın 18. maddesi ile değişik HMK 177. maddesi gereğince Yargıtay'ın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar ıslah yapılabilecektir. Buradan hareketle, davada aydınlatılmamış bir dava malzemesinin bulunması durumunda, aslında tahkikata dönülmekte, dava malzemesi yeniden değerlendirilmekte ve somutlaştırılmakta, belirginleştirilmekte, çelişkilerden arındırılmaktadır. Bu esasta, yasa koyucu tahkikata dönüş durumunda usuli kazanılmış hak kavramına sıkı sıkıya bağlı kalmadan uyuşmazlığın çözümüne hizmet eden kurumları işlevselleştirmektedir.

Konunun aleyhe bozma yasağı ve aleyhe karar verme yasağı bakımından değerlendirilmesi de yapılmalıdır. Kanun yoluna başvurmayan tarafın verilen hükmü zımnen onayladığı kabul edilir, kanun yoluna başvuran taraf yönünden ise kanun yolu incelemesi sadece başvuran yönünden ve onun ileri sürdüğü sebepler yönünden yapılacaktır. İnceleme sonucunda kanun yoluna başvuran taraf aleyhine de durum görülse karar başvuran aleyhine

bozulmaz ve aleyhe karar verilmez[1554]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile birlikte konu değerlendirildiğinde ise, davada aydınlanmamış bir dava malzemesi olması, belirsizlik ve çelişliklerle dolu taleplerin karara bağlanmış olması durumunda verilmiş olan ilk derece mahkemesi kararı her ne kadar kanun yoluna başvuran tarafın lehine olsa da, davadaki aydınlanmamışlığa işaret edilmelidir. Kanun yoluna başvuran tarafın başvurma gerekçesi de dikkate alınarak davada aydınlatma yapılmadan kanun yoluna başvurma sebebi hakkında karar verilemeyecekse bu durumda bozma kararı verilmesi zaten kanun yoluna başvuranın istemi ile doğru orantıda olacaktır. Ancak dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerden bir kısmı ya da cevap dilekçesindeki red istemi ile uyumlu olmadığı halde belirsiz ve çelişkili dava malzemesine rağmen karara bağlanmış ve aleyhine kanun yoluna gidilmemiş olan istemler için kanun yoluna başvuran taraf aleyhine karar verilemeyecektir, aksi tasarruf ilkesine de aykırı olacaktır.

C. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

13.5.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18.maddesiyle Anayasa'nın 148. maddesine eklenen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında Anayasaya Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu düzenlenmiştir. Madde, Anayasal temel hak ve özgürlüklerin veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden doğan hakların, kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmemesini temel bir kıstas olarak kabul ederek, bu ihlallere karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme olanağı getirmiştir. Bu başvuru yolu, öğretide kanun yolu olarak kabul edilmemektedir. Bu yargılamada, sonut olaylar ve uyuşmazlıklar arasındaki altlama faaliyeti, takdir yetkisinin kullanımı gibi olağan kanun yollarındaki incelemeler

[1554] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 467

yapılmamakta, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ındaki temel hak ve özgürlüklere dair hak ihlalleri incelenmektedir[1555].

Anayasa'da düzenlenen bu yola, yargılama sırasında temel hakların ihlal edilmiş olması nedeniyle gidilebilecektir, genel olarak adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği esası üzerinde inceleme yapılması beklenmektedir. Yargılama sırasındaki temel hak ihlali noktasında, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi, buna karşı yasa yolu arayışı sonucunda bireysel başvuru yoluna ulaşılabilmektedir[1556].

6216 sayılı yasa ile başvuru usûlü düzenlenen bireysel başvuru usûlüne göre, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için yasadaki idari ve yargısal başvuru yollarının hepsinin bireysel başvuru öncesi tüketilmiş olması gerekmektedir. Yasanın 45. maddesine göre yasama işlemleri, idarenin düzenleyici işlemleri, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışı tuttuğu işlemlere karşı bu yola gidilemeyecektir. Öğretide çoğunlukla belirtildiği gibi[1557] bu yol bir kanun yolu değil, hukuki bir çare olarak benimsenmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlali tespit edilirse, buna karşı yeniden yargılama yapılmak üzere dosya ilgili mahkemesine gönderilecektir, bu durumda mahkemece yeniden yargılama yapılmalıdır, ancak yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmamakta ise başvurucu lehine uygun bir tazminata hükmedilir. Buna rağmen tazminat miktarının tespiti ayrıntılı inceleme gerektirir ise genel mahkemelerde 6216 sayılı yasa 50. maddesi[1558] gereğince dava açma yolu vardır.

[1555] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 467, Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 773
[1556] Pekcanıtez, Usûl, C.3, s. 2853
[1557] Pekcanıtez, Usûl, C.3, s.2860; Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 751
[1558] *"Kararlar*
MADDE 50- (1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amacından yola çıkarak yaptığımız incelemelerde, adil yargılanma hakkının korunması ve yerine getirilmesi şeklinde bir sonuca varmıştık, bu esasla, gerek Anayasal, gerekse AİHS kapsamında bir hakkın ihlali hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesinden de kaynaklanmış olabilir. Bu durumda, karara etki edecek şekilde dava aydınlanmadan, örneğin adil yargılanma hakkının bir türü olan hukuki dinlenilme hakkı içerisinde yer alan ispat hakkı kapsamında başvurucu tarafın delilleri değerlendirilmeden veya delil sunma olanağı tanınmadan nihai karar verilmiş olabilir. Bu durumda verilen yanlış karar da hâkimin adil yargılanma hakkının uygulanmasını, tarafın dava malzemesi sunumundaki yetersizliğini göz ardı ederek, yasal yükümlülüğü yerine getirmemekle engellenmesi şeklinde karşımıza çıkabilecektir. Örneğin, tanık ifadelerindeki belirsizliği gidermeden davadaki ispat yükü kendisine düşen tarafın aleyhinde karar vermesi durumunda, bu yanlış tüm kanun yollarında da sürdürülmüşse Anayasa Mahkemesi huzurunda, başvuru incelenirken tanıkların dinlenmesi fiilen olanaklı ise yeniden dinlenmesi gerektiği gerekçesiyle dosyayı yerel mahkemeye iade kararı verebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nce verilen bazı kararlarda kural olarak davadaki olayların ispatlanması, hukuk kurallarının yorumu ve uygulaması, delillerin değerlendirilmesinin bireysel başvuruya konu olamayacağı ancak Anayasal temel hak ve özgürlüklerin ihlali ve açık bir keyfilik ile karar verilmesinin başvuru gerekçesi olabileceği belirtilmektedir[1559]. Ayrıca doğrudan hâkimin davayı aydınlatma ödevi ihlaline dayalı bir bireysel başvuru kararı

---

yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. (3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir. (4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir. (5) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir."

[1559] 2012/695 Başvuru nolu 12.02.2013 tarihli kararı, nakleden Karaaslan,s.232,dn.65

henüz Türk hukukunda olmasa da[1560] Alman Anayasası 103/1 maddedeki hukuki dinlenilme hakkını ihlaline göre verilmiş karar olduğu ifade edilmektedir. Gene öğretide de belirtildiği gibi, bireysel başvuru konusu olaya dair verilen kararda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesinin doğrudan etkili olması ve yerine getirilse de meydana çıkacak kararın farklı olacağının anlaşılması gereklidir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan dosya üzerindeki inceleme sonucunda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi anayasal ve uluslararası sözleşmeden doğan temel hak ve özgürlüklere aykırı bir durum meydana getirdiği bunun da verilen karara etkili olduğunu tespit ederse, yeniden yargılama yapılmak üzere dosyayı ilk derece mahkemesine irade etmesi gereklidir; zira diğer karar şekillerinde bu ödevin ihlalinin sonuçlarını giderecek bir yol söz konusu olmayabilecektir[1561]. Ancak örneğin gösterilen bir tanığın belirsizlik ve çelişki içeren ifadelerine göre karar verilmiş, fakat tanık ölmüşse ya da gaipse bu durumda yerel mahkemeye dosyanın iadesi yarar getirmeyeceğinden, başvurucunun zararının giderimine dair olarak karar verilmesi yararlı olabilecektir.

Ç.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU

18.05.1954 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanarak taraf olunan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi, kısa adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 90/5 maddesine göre iç hukukun bir unsuru konumuna gelmiştir[1562]. Medenî yargılama hukuku açısından uygulama alanı en fazla olan sözleşme maddesi ise 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkıdır. Madde metninde yer alan "hakkaniyete uygun yargılama" ve "makul sürede yargılama" koşulları içerisinde dava sürecinde hâkimin uyuşmazlığa yönelik tutumu değerlendirilecektir.

[1560] Karaaslan , s.233
[1561] Karaaslan , s. 234
[1562] Pekcanıtez, Usûl,s.2891

Adil yargılanma hakkının ihlali hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlalinden doğmakta ise, bu temelde bir kriter de AİHS 'in 35. maddesinin 3. fıkrası (a) bendindeki "açıkça dayanaktan yoksun" başvurular ile aynı maddeye 01.06.2010 tarihli 14 nolu protokol ile eklenen başvurunun önemli bir zararının bulunmaması durumlarından uzak şekilde açıkça bir hak ihlalini ve bunun bir zarar doğurması unsurlarını taşıması gerektiğidir[1563].

AİHM nezdinde yapılan başvuruda, Ön inceleme sırasında AİHS'de güvence altına alınan bir hak ihlali olup olmadığına dair açık bir görüntü ortaya çıkmıyorsa, açık dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile kabul edilmezlik kararı verilmektedir. Bu esasla AİHM, Yardımcı/Türkiye ve Balık/Çeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve Diğerleri/Türkiye, Kemmache/Fransa davalarındaki gibi özellikle AİHS tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere aykırı düşmedikçe iç hukukta mahkemelerce yapıldığı iddia edilen olayları ve hukuk hatalarını incelemeyeceğini belirtmiştir[1564]. Bu kriter karşısında hâkimin davayı aydınlatma ödevi ihlalinin, hâkimin, dava malzemeleri karşısında somut bir umursamazlık içinde olması, belirsizlik ve çelişkinin ilk incelemede fark edilebilir olması gerekecektir. Ayrıca bu durumun da davayı doğrudan etkilemesi kararda etken olmasının yanı sıra önemli bir zararı doğurması gerekecektir. Önemli zararın miktarına dair net bir kriter ise söz konusu değildir.

Bu kriterlere isabet eden bir hâkimin davayı aydınlatma ödevi ihlalinin tespiti sonucunda ihlal kararı verilir ise bu kararı açıkça HMK 375/1.b maddesi dairesinde yargılamanın yenilenmesi sebebi olacağı da açıktır[1565].

[1563] Ayrıntılı bilgi iççin bkz. Durmaz, Cüneyt, Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Nedenleri ,Bireysel başvuru İnceleme Usûlü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi),Editör: Musa Sağlam, Ankara 2013, s.225
[1564] Durmaz s.229
[1565] Karaaslan s.235

D-HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN HÂKİMİN HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUĞU İLE DİSİPLİN HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI

1-HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

HMK 46. ve devamı maddesinde hâkimin hukuki sorumluluğu şartları incelenmiştir. HUMK 573. Maddesinden farklı olarak, hâkimin "memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makbul bir sebep olmaksızın yapılmaması" hükmü HMK dışı tutulmuştur.

HMK 46. maddesinde düzenlenen hâkimin hukuki sorumluluğu sebepleri[1566] ile ilgili olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesinin bir çok bağlantısı olabilir. Gerek taraflı bir yaklaşım içinde yargılamanın sürdürülmesi, gerekse hakkın yerine getirilmekten kaçınılması şeklinde olsun, bir çok yönden hâkimin ödevden kaçınması ile meydana gelmiş olabilir. Örneğin, tanık ifadelerindeki belirsizlik karşısında hâkimin, tarafların hatırlatması, talepte bulunmuş olmasına karşın, belirsiz veya çelişkiyi dikkate almadan, ifadedeki belirsizliklere kendi zihninden önyargılar atfederek kararına esas alması karşısında verilecek karar nedeniyle sorumluluğu söz konusu olabilir.

Öğretide bu sebeplerin davadaki ağır hatalar niteliğinde olduğu fakat bu sebeplerin varlığına karşın hâkimin sorumsuzluğunun hukuk devleti ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir[1567].

1566 ***"Devletin sorumluluğu ve rücu***
MADDE 46- *(1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:*
a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.
b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.
c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması.
ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması.
d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması.
e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.
(2) Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamaz.
(3) Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder."
1567 Yılmaz,Şerh,C.1 ,s.1065

HUMK 573-576 madde hükümlerinden farklı olarak HMK 46 ve devamında birincil sorumlu devlet olarak kabul edilmiştir.

Hâkimlerin hukuki sorumluluğu yasal sebeplerini incelediğimizde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlale bağlı olarak davada uyuşmazlık veya deliller aydınlatılmadığı için hükme etkili olacak tipik sebeplerin var olabileceği buna hukuki ve fiili bir engelin de olmayacağını söylemek kanımızca mümkündür. Örneğin hâkimin duruşmada tarafın beyanlarındaki belirsizlik ve çelişkiyi gidermeden o beyanlardan kendi yasağı tahmini çıkarını esas alarak karar vermesi buna bir örnek olarak verilebilir.

HUMK 573. maddeden farklı olarak HMK 46. maddesinde "hâkimin memuriyet görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi veya kanuna göre verilen emirleri makul bir sebep olmaksızın yapmaması" olarak bir düzenleme yer almaması, HMK 31 maddenin hâkime verilen bir ödev olması karşısında, bu ödevin yerine getirilmemesini hâkimin "kusuru" olarak görüp görmeme değerlendirilmesinin nasıl yapılacağı incelenmiştir. TBMM komisyon gerekçesine atfen belirtildiği gibi hâkime emir ve talimat verilmesi yasak olduğundan, görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi de hâkimin görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir; böylece (e) fıkrasında iki sebep fiilen birleştirilmiş olduğu değerlendirilmiştir[1568]. HUMK 573. maddesinin 7. bendinin yürürlüğü döneminde zaten öğretide bu hükmün çekişmesiz yargı faaliyetleri açısından söz konusu olması ve hâkimlere kimsenin emir ve talimat veremeyeceği gerekçesi ile uygulanamaz olarak değerlendirilmekteydi[1569]. Bir başka görüş ise hâkimlerin sorumluluğunun görevlerini yapmakta ihmal ve gevşeklik halinde de olanaklı olduğu belirtilmiştir[1570].Gene benzer bir görüşe göre hâkim bir kamu görevlisi olduğu için, hem idari

[1568] Ermumcu, Osman : Hâkimin Hukuki Sorumluluğu , Konya 2011 s.72; Yılmaz-Şerh,C.1 s.1113
[1569] Günay, Erhan: Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere, C.Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlem Hakaret Suçları ,Ankara 2000, s.26
[1570] Üstündağ,Medenî Yargılama s.115

hem de yargısal faaliyetleri olduğu kabul edilmelidir. Örneğin mahkeme yargı işleri müdürü sorumluluğundaki mahkeme kasasında değerli evrak ve senetlerin saklanması gerekirken, bu yükümün ihlali ve mahkeme hâkiminin bu duruma göz yumması ile ihtiyati tedbir kararını gecikmeli incelemesi ve kararı bu nedenle geç vermesi durumu olarak örnek gösterilmiştir ki[1571], biz bu görüşe katılmaktayız. HMK 46. maddesi ve HUMK 573. maddelerde düzenlenen hakkın yerine getirilmesinden kaçınma durumu hâkimin sorumluluğu sebebi olarak düzenlenmişken, mülga HUMK 574.maddesinde bu sebep tanımlanmıştı; tanıma göre yasal olarak kabul edilebilecek bir dilekçenin gerekçesiz reddi ile görülmeye hazır olan bir davanın geçersiz mazeretler ileri sürülerek kastan görülmemesi şeklinde belirtilmiştir. HMK 'da bu yönde bir tanım kısıtlamasına gidilmemesi, HUMK 574. madde sınırlarının daha ötesinde hâkime yüklenen "dava görme" ile ilgili veya davada usûli veya esasa yönelik her türlü hakkın yerine getirilmesinden kaçınmak sorumluluk sebebi olacaktır[1572]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile hem davadaki uyuşmazlık aydınlatılarak maddi hukuktan kaynaklı bir hakkın yerine getirilmesi sağlanmakta hem de dava yönetimi anlamında delillerin ve beyanların değerlendirilmesi, yeniden sunulması taraflar lehine hâkimle aralarında usûli bir ilişki yaratmaktadır. Bunun yasal temeli olan HMK 31. madde gereğince hâkimin ödevinin gereğince bir müdahalede bulunmaması durumunda, bu ilişkinin gereği olan tarafların soru sorulma veya taraflara davanın aydınlanmadığı bilgisinin HMK 27. maddeye göre verilmemesi HMK 31. maddenin taraflara sağladığı haklardan tarafların yararlandırılmaması hâkimin hukuki sorumluluğunu doğuracaktır. HUMK sisteminden farklı olarak dava 46/1 madde gereğince devlet aleyhine açılacak son fıkra uyarınca da devlet ödediği tazminat nedeniyle sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edebilecektir.

Hâkimin sorumluluğunu doğabilmesi için öncelikle kanuni sebeplerden biri var olması gerektiği gibi, hâkimin eylemine kusur (kast veya ihmal) izafe edilebilmelidir. Ayrıca

[1571] Aydınalp,Sezai: Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu,Ankara 1997, s.142
[1572] Ermumcu,s.184

bir eylem ve işlemler ile zarar doğmuş olmadıkça, zarar ve eylem arasında illiyet bağı bulunması gereklidir[1573]. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlalinde de aynı şartlar aranmalıdır. Sebepleri ele aldığımızda, hâkimin, taraflardan birinin sunduğu dava malzemesini değerlendirirken, örneğin bir sözleşme metnini algılayamadığı, sunan tarafa sadece bir soru ile anlayabileceği halde sormaması, bununla birlikte de dava dosyasını değerlendirirken de bu belgenin geçerli olmadığını, anlaşılamadığını belirterek sözleşmeyi sunanın aleyhine karar verirken, aydınlatma faaliyetinden kaçınırken kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması söz konusu olabilir, buna benzer şekilde, 31.maddeden doğan ödevini yerine getirmemesi ya da doğru ifa edilmemesi,sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle söz konusu olmakla, bunun sonucunda da kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması sorumluluğun kaynağı olarak karşımıza çıkabilecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesinde hâkimin HMK 27. maddesi gereğince tarafların da bu aydınlanmayı algılamaması, gerek ispat gerekse açıklama haklarını kullanamamaları nedeniyle beklenmedik kararların ortaya çıkması söz konusu olabilir. Burada belirtmek istediğimiz 46. Maddenin (ç) bendi gereğince

"duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması" sorumluluğu doğurabilir. Örneğin, bilikişinin raporu ile ilgili olarak sorgulanması sırasında açıkladığı, fakat raporunda işaret etmediği bir teknik bilgi davayı aydınlatsa bile tutanaklarda yer almamış olabilir. Hâkim, bu bilgiye hiç atıfta bulunmadan bilirkişinin değiştirdiği görüşüne göre karar vermiş olabilir. Bu durumda hâkimin tarafların beklemediği, hâkime maddi gerçeğe dair açıklamada bulunma, bilirkişi mütalasına karşı itiraz etme olanağı tanınmadan bir karar verilmesi durumunda bu yönden de sorumluluk doğabilecektir.

[1573] Tanrıver- Usûl s.286

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi ya da getirilmemesi sırasında doğabilecek bir diğer sorumluluk sebebi ise 46.maddenin (d) bendinde düzenlenen, "Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması." koşuludur. Hâkimin, özellikle,tarafların ya da tanıkların, bilirkişilerin, uzman görüşü sunan uzmanların dinlenilmesi sırasındaki beyanlarını kendi algısında, zihninde değerlendirirken tamamen sübjektif bir bakışla algılayıp, karar verirken "buna dayanılmış" olması, tamamen aydınlanmamış dava malzemesinin hâkimin öznel dünyasındaki hatalı değerlendirmesinin hâkimi sorumluluk altına sokmasına neden olacağını göstermektedir. Örneğin bir hizmet tespit davasında, tanık olarak dinlenen işçilerden biri, iş arkadaşı ile ilgili olarak "ben işe başladığımda iş yerinde davacı da çalışıyordu, ben işten çıktığım sırada ise o gün yoktu, o nedenle şu anda hatırlayamadım" demesi üzerine, hâkimin bu ifadeyi davacının sadece o gün işyerinde olmadığı olgusu ile o tarihte iş sözleşmesinin sona ermiş olduğu olguları arasında bir ayrım yapmak üzere değerlendirmesi, tanığa bu ayrımı sorması gereklidir. Hâkim karar verirken, bu belirsizliği, "belirli" sayarak, gerekçeli kararında " tanık beyanında kendisinin iş yerinden iş sözleşmesi sonra ererek ayrıldığı tarihte davacı işçinin orada çalışmadığını, onun da iş sözleşmesinin sürmediğini" gerekçe göstererek davada karar verilen hizmet sürelerinin yanlış olarak değerlendirilmesi de sorumluluk gerektirmelidir.

II. HÂKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ihlalinin hâkimin hukuki sorumluluğunu doğurabileceği öngörülmekle birlikte, hâkimin bu eylem veya eylemsizliğin suç oluşturup

oluşturmadığının değerlendirilmesi gereklidir. Her ne kadar hâkimin hukuki sorumluluğu için eylemin suç oluşturması koşul olarak aranmayacağı HMK 46. Maddesinde belirtilmişse de özellikle hakkın gene getirilmekten kaçınılmasının TCK 257/2 madde gereği suç teşkil edeceği değerlendirilmektedir[1574]. Madde metni incelendiğinde bu tespite katılmamak mümkün değildir düşüncesindeyiz. Maddede "(1) kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevinin gerçeklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetlerine veya kamunun zararına neden olan ya da kişi ve haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat, sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Madde değerlendirildiğinde hâkime yasakoyucu tarafından verilen bir görev olan davayı aydınlatma ödevinin ihmalen veya kasten yerine getirilmemesi halinde eylemin TCK 257/1 ve 2. maddeler yönünden suç olacağını düşünmek kanımızca yanlış olmayacaktır. Zira hâkim bir kamu görevlisidir; hâkimlik mesleği de kamu görevidir. Fail yönünden tereddüt yaratmayacak şekilde hâkimin suçun eylemini gerçekleştirebileceği açıktır. Eylemde "görevin gerğini yerine getirmemek" noktasında, HMK 31. maddenin verdiği "ödevi" yerine getirmemekle oluşmuş olacaktır, bu halde tipiklik unsuru içinde kalınmaktadır. TCK 6.maddesi gereği hâkimin cezai sorumluluğunda, hâkim yönünden cezada ağırlaştırıcı nitelik vardır[1575].2802 s. K. 82 vd. gereği soruşturma ve kovuşturması özel hükümlere bağlıdır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile bu konudaki somut bağlantıya işaret eden, bizim de katıldığımız görüşe göre, dilekçeler aşaması sona erdikten sonra, somutlaştırma yüküne dair bir eksiklik varsa, hâkim, aydınlatma ödevini yerine getirmemiş olduğu gibi, ön inceleme

[1574] Yılmaz-Şerh,C.1,s.1114
[1575] Tanrıver-Usûl,s.298

nedeniyle de, görev ve sorumluluğu söz konusu olacaktır. HMK 137.maddesi gereğince uyuşmazlık konusu tam olarak tespit edilmeden, ön inceleme aşaması tamamlanmamış olacak ve tahkikata geçilemeyecektir, 140.maddeye göre uyuşmazlıkta tarafların karşılıklı olarak anlaştığı ya da anlaşamadığı noktalar da tespit edilmiş olmalıdır. Bunlar yapılmadan belirsizlikler ve çelişkiler içindeki dava malzemesine göre verilen karar da görevi ihmal suçunu teşkil edecektir[1576].

III-HÂKİMİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Hâkimin, davanın görülmesi sırasında, aydınlatma ödevini yerine getirmesi gereken durumlarda yerine getirmemesi, ya da getirirken hâkimlik mesleğinin kurallarına aykırı bir yaklaşımda bulunması halinde, bu tutumun disipline edilmesi, mesleki kurallara uygun olarak aydınlatma ödevinin ifasının sağlanması gereklidir.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda hâkimlerin disiplin sorumluluğunu gerektiren durumlar düzenlenmiştir. Bu düzenleme, cezadan yola çıkılarak, verilecek disiplin cezasının sebebi oluşturacak eylem türlerini içermektedir. 2802 sayılı yasa 62-70 maddedeki arasındaki hükümler incelenerek hâkimin davayı aydınlatma ödevi ihlali durumunda disiplin sorumluluğu doğurup doğurmayacağına dair bir sonuç çıkarmak kanımızca olanaklı olabilecektir. Bu kapsamda, Türk hukukunda, yargı etiği yönünden, ilgili mesleki ilkeler, *Türk Yargı Etiği Bildirgesi* adı ile 14.3.2019 tarihli 30714 sayılı Resmi Gazete'de Hâkim ve Savcılar Kurulu Kararı olarak yayınlanmıştır. Bu konuya kısaca yukarıda hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak yaptığımız incelemelerde değinmiştik[1577]. Anılan ilkeler, meslek kuralı olarak, 2802 sayılı yasada hüküm bulunmayan durumlarda değerlendirilmeli, özellikle ahlaki, soyut değerlere yapılan atıflarda esas alınmalıdır.

[1576] Özekes-Dilekçe, s. 295
[1577] Bkz. yuk. § 2/B/II/1-2.kısımlar

2802 sayılı yasa 62.maddesine göre; hâkim ve savcılara; sıfat ve görevleri gereklerine uymamaları halinde; Uyarma, Aylıktan kesme, Kınama, Kademe ilerlemesini durdurma, Derece yükselmesini durdurma, Yer değiştirme, Meslekten çıkarma cezalarının verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Yasanın 63.maddesine göre; hâkim; görevde kayıtsızlık ve düzensizlik, meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş sahiplerine karşı kırıcı davranmak[1578], kanun ve diğer mevzuat ile karar ve talimatlarda açık olarak belirtilen konularda, işi uzatacak şekilde davranışlarda bulunmak, yazı ve tekitleri zamanında cevaplandırmamak, bilirkişi seçimi ve görevlendirmesi sırasında kanunlarla belirlenen kurallara uymamak durumunda uyarma cezasına çarptırılacaktır.

Hâkim, yargısal görevlerini gereği gibi ve mesleğe yakışır şekilde ve uslüpta yerine getirmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunamaz[1579]. Ancak mesleğini icra ederken, özellikle çalışma konumuz dışına çıkmadan, hâkim, davayı aydınlatma faaliyetinde bulunurken, taraflarla karşılıklı konuşma ve müzakerelerinde tarafın tutumuna göre, makamının onurunu ve saygınlığını sağlayacak bazı ses ve tavır şekillendirmeleri yapabilmelidir. Kendisini ifade etmekte aşırı derecede zorlanan bir dava tarafına, tanığa ya da bilirkişiye, üzerindeki durgunluğu giderici şekilde yaklaşabilir. Tanığın basit mantık yürüterek bir açıkça ortada olan çelişkileri karşısında, bilgi gizleme, bilgiyi gerçek dışı sunma ya da sunmama çabasını mesleki deneyimi ile fark eden bir hâkimin tanığa yönelik olarak "sen

[1578] "Kırıcı davranış", öğretide, nezaket kurallarına uymayan davranış olarak tanımlanmıştır; Ercan, İsmail, Hâkim ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 41, mevzuatta bu terimin açıklğa kavuşturulmamış olması, aslında hâkimlerin disiplin cezası baskısına da açık olmasına neden olabilecektir, Hâkimlik yapısı itibariyle taraflarla kimi zaman iletişim çatışmaları yaşamaya uygun bir zeminde icra edilen bir meslektir. Haksızlğa uğradığını iddia eden bir tarafın adalet umudu ile ve bazen kendisini haklı sanarak hâkim kürsüsü önüne geldiğinde, yaşadığı duygusal zihin eylemi sonucu öfke kontrolü yaşaması, örneğin kendi aleyhine bir ara karar verildiğinde dosyasını ya da kağıtlarını taraf olarak bulunduğu masanın üzerine atması, ya da elindeki kalemi yere fırlatması olabilen, görgü kuralları ile bağdaşmasa da psikolojik olarak beklenebilen davranışlardır. Hâkimin bir anlık dişilin sağlama çabası ile "terbiyesizlik etme, haddini bil kim oluyorsun sen?" gibi bir ifade kullanması, kimi yorumculara göre kırıcı, kimi yazarlara göre de mesleğe ve makama saygıyı koruyucu bir tavır olarak yorumlanabilir. Hâkime etkin bir rol veren yasa koyucu, bu kadar öznel bir ölçüt getirmekle hâkimlik mesleğini icra edişi de kimi zaman zorlaştırıyor denebilir.

[1579] Ercan, İsmail: Hâkim ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 40

bizimle alay mı ediyorsun, çocuk mu var karşında, birazdan bunun bedelini nezarethaneye kolluk ile indiğinde ödersin" gibi bir ifade kullanarak şok etkisi yapmak istediğinde, aydınlatma ödevi ve kırıcılık çakışmış olacaktır. Ancak böylesi bir çakışmada, disiplin hukuku mu, yoksa uyuşmazlığın çözülmesi amacı mı seçilecektir? Üstün yarar teorisi somut olayda değerlendirilmeli ve insan hakları başta olmak üzere hukuka uygun olmak üzere yapılacak gerçek arayışı disiplin hukukuna feda edilmemelidir kanısındayız. Nitekim, burada insan onurunun çiğnenmesi, aynı zamanda Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin ilk maddesine ve 7.2 maddesinde düzenlenen mesleğe yakışır şekilde davranışta nezaketin esas olması kurallarına da açık aykırılık teşkil edecektir.

Hâkim yönünden, uyarma cezasının koşullarını doğuran bir disiplin suçu da, "kanun ve diğer mevzuat ile karar ve talimatlarda açık olarak belirtilen konularda, işi uzatacak şekilde davranışlarda bulunmak, yazı ve tekitleri zamanında cevaplandırmamak" şeklinde yasada yukarıda incelendiği gibi belirtilmiştir. Özellikle, hâkimin, usûl ekonomisi ilkesini ihlal ederek belirsiz ve çelişkili dava malzemesini davada karar verebilecek zihinsel berraklığa ve anlaşılırlığa getirebilecek çalışmaları tarafların istemde bulunmasına rağmen bile yerine getirmediğinde, karar verebilmek için özel ve teknik bilgiye gereksinimi olduğu halde, bu gerekliliğe yarayacak tespitleri yapmadan dosyayı bilirkişiye gönderdiği durumlarda, ya da bir başka hâkimin gördüğü davayı aydınlatmak için bir diğer hâkimden yardım istediğinde, örneğin bekletici mesele yapılan bir davayı diğer dosyanın çözümlenmemesi için bilerek uzun araları olan duruşma günleri tayin ettiğinde, böylesi davranışlar, aydınlatma ödevini yerine getirmeyi engelleyici eylemler olarak karşımıza çıkacaktır. Hâkimin, bir dava aydınlandığı halde, aydınlatma araçlarına gereksiz yere ve davayı aydınlandığı halde aydınlanmamış gibi sürekli olarak uzatmak amacıyla ya da uzatmak sonucunu önemsemeden kullanması halinde bu da bir disiplin suçu oluşturabilecektir. Bu tutum, aynı zamanda hâkimlerin meslektaşları arasındaki işbirliğinin korunması, verimli bir iş ortamının oluşturulması esasını düzenlenen

Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin 7.5.maddesine de aykırı bir yaklaşım olacak, mesleki etik ile bağdaşmayacaktır. Örneğin, dava dosyasında başka tanık ifadeleri davayı aydınlatmaya yeterli olduğu halde sadece bir tanığın hâkimce seçilip, doğruyu söyleyip söylemediğinin tespiti için pskiyatri anabilim dalında bir yıl gözlem altında tutulmasına karar verilmesi gibi bir ara karar davayı da gereksiz yere uzatabilecektir.

Yasanın 65. maddesine göre ise; meslektaşlarına, emrindeki personele, görevi nedeniyle muhatap olduğu kişilere veya iş sahiplerine kötü muamelede bulunursa, görevin işbirliği ve uyum içerisinde yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlarda bulunursa kınama cezası alacaktır. Bu yukarıda belirttiğimiz Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin 7.5.maddesine aykırı olan bir başka tutum olacaktır. Örneğin davanın aydınlatılması sırasında soru sorarken, açıklama yapılmasını isterken hâkimin sorunun muhatabı olan kişinin, yani taraf, tanık, bilirkişi ya da uzmanın açıklama yaparken ya da yanıtlarken duraksama içinde olduğu anlarda "seni mi bekleyeceğiz, konuş yanıt ver" gibi olumsuz bir üslup içinde olması, tarafın soruya yanıt vermek isterken hâkimin sorusunu tekrar etmesini hâkimden isterken, hâkimin "duysaydın, senin için bağırmam mı gerekiyor" demesi, kanımızca bu normlara aykırılık teşkil edecektir.

Yasanın 68. maddesine göre; kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmesi, Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırması, hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmışsa, hâkim bulunulan bölgenin en az bir derece altındaki bir bölgeye o bölgedeki asgari hizmet süresi kadar kalmak üzere atanmak suretiyle görev yerinin değiştirilmesi cezasına mahkum edilecektir. Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin 3.2.maddesine de aykırı bir yaklaşım olacaktır ki, hâkimin "taraflılık kanısı" uyandırması dahi etik dışı sayılmıştır.

Yasanın 64. maddesindeki aylıktan kesme cezası ile 66. maddesindeki kıdeme ilerlemesini durdurma cezası, 67. maddesindeki derece yükselmesini durdurma cezaları ile 69. maddesindeki meslekten çıkarma cezalarının hâkimin davayı aydınlatma ödevi ihlali ile bağlantısını düşündürecek sebepleri olmadığını düşünmekteyiz.

Yasanın yukarıda belirttiğimiz 63,65 ve 68. maddelerindeki suç ve cezalar yönünden ise kanımızca hâkimin davayı aydınlatma ödevi ihlali durumunda disiplin cezası uygulanabileceği düşüncesine ulaşmak mümkündür. Örneğin, hâkimin davayı aydınlatmamaktaki tutumunun ardındaki neden kayıtsızlığı olabileceği gibi, davayı aydınlatması için tarafların taleplere kırıcı bir tutumla yaklaşarak istemleri reddetmesi davayı aydınlatırken bilirkişi seçiminde özel ve teknik bilgiden yoksun olduğu anlaşılan kişileri ataması veya doğrudan davayı aydınlatması için hukukçu bilirkişi tayini gösterilebilir. Farazi bir olay üzerinden bu disiplin sorumluluğu değerlendirilebilir; hâkim A, dava dilekçesindeki dava taleplerinin "maddi ve manevi tazminat olarak 100.000 TL" olduğu yönünde olduğunu okuduktan sonra Ön inceleme aşamasında gene davalının belirsizliğe işaret etmesine rağmen hâkim kayıtsız kalabilir. Hâkim tarafından duruşmalarda tarafların veya tanıkların beyanlarındaki belirsizlik ve çelişki haline rağmen yapmaya çalışılan açıklamaları özensizce duruşma tutanağına geçirmeyebilir ya da Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkesini uygularken tanıkları veya tarafları sorgularken kötü davranıp, azarlayabilir, hakaret edebilir hatta şiddet uygulayabilir; böylesi durumlarda konu TCK açısından suç oluşturmakla beraber, disiplin hukuku açısından da kınama cezasını gerektirebilecektir. Hâkim gene aydınlatma ödevini yerine getirdiği sırada ihsası reyde bulunsa ya da taraflara yol gösterse, bu hem hâkimin reddi sebebi oluşturacak hem de 2802 sayılı yasa 68. maddesine muhalefet oluşturacaktır; ki bu durumda hâkimin yer değiştirme cezasına maruz kalmasına neden olacaktır.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası 3. maddesi, hâkim ve savcıların disiplin sorumluluğunu düzenlerken adli yargıda, mahkeme başkan ve üyelerini, hâkimleri, Yargıtay tetkik hâkimleri ile Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda idari görevlerde çalışan hâkimleri kapsamaktadır. Memurlardan ayrı olarak, hâkim ve savcılara derece ilerlemesini durdurma, yer değiştirme ve bazı kamu görevlileri için söz konusu olan meslekten çıkarma gibi disiplin cezaları düzenlenmiştir. Memurlar için aylıktan kesme cezası, kınama cezasına göre daha ağır bir cezayken hâkim ve savcılar için kınama cezası daha ağır bir cezadır[1580].

SONUÇ

Hâkimin davayı aydınlatma ödevini, gerek mehaz hukuklardaki gelişmeleri tarihsel bir süreçte, gerekse Türk Hukukundaki gelişmelerin bir sonucu olarak ele alarak, bu ödevin yargılamaya egemen bir ilke olarak HMK 31. maddesindeki düzenlenişinin isabetine de katılmakla, çalışmamızda temel tartışmaları incelemiş bulunuyoruz.

Yasa koyucu hâkime, mevzuatta bir çok görevler yüklemiştir. Başta gelen görevi olan kendisinin önüne gelen bir davaya bakma görevi olup, bu görev kapsamında, öncelikle davayı, yani davayı oluşturan dava malzemesini karar vermeye yeterli olacak derece doğru

[1580] Ercan, s.39

algılamalı ve anlamalıdır. Bu itibarla, çalışma konumuz temelde, bu algı ve anlamanın doğru olması amacıyla, hâkimin, aydınlatma ödevini hangi kapsam ve sınırlar içinde gerçekleştireceğinin incelenmesi üzerine olmuştur.

Davanın maddi anlamda yürütülmesi sırasında, hâkim, davayı aydınlatma ödevi ile tarafların dikkatini dava malzemesine yönlendirerek, davanın unsurlarının algılanması ve anlaşılması yönünde faaliyette bulunmuş olmaktadır. 19. yüzyılın klasik izleyici ve sadece karar veren hâkim modelinin terk edilmesi ile davada etkin olan ve tarafları da davada daha fazla etkinliğe sevk eden bir hâkim modeline geçilmiştir. Böylece, çalışma süresince incelenen ve davada dava malzemesini algılaması için ödevli görülen hâkim, algılayamadığı, anlamadığı bir dava malzemesini yok sayamayacak, anlamadığını belirsiz ya da çelişkili gördüğünü geçersiz sayarak kararda esas almaktan kaçınamayacaktır. Hâkim, önündeki dava malzemesi yığınından, hukuku doğrudan kendisi uygulayacağından doğru malzemeyi seçerken tarafların da yardımından yararlanabilecek, işbirliği yapabilecektir. Yasa koyucunun hâkimden beklediği, taraflarla pazarlık etmesi değildir. Arabuluculuk sürecinde olduğu gibi, hâkimin tarafları uzlaştırmak, tarafları görüşme masasında tutmak ve karşılıklı kazanımlı bir çözüme gitmekte ikna etmek gibi görevleri yoktur. İşbirliği ve müzakere ödevi, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamında değerlendirilmesi gereken alt ödevler olduğu yasa koyucu tarafından gerekçede belirtilmiş olmakla, aydınlatma ödevinin uygulamasında yerini alırken, taraflarla hâkimin ilişkisi, hâkimin taraflara göre konumu önem kazanmaktadır. Hâkim, tarafların sunduğu dava malzemesi karşısında, uyuşmazlığın algılanması ve anlaşılması noktasında yardımlaşacaktır. Önemli olan burada, hâkimin taraf iradelerini doğru algılaması, beyanlarını, dilekçelerinde belirttiği olayları, istemleri, olay unsurlarını ve karar vermesinde yararlı ve yeterli tüm malzemeleri duraksamayacak derecede anlamasıdır. Hâkim, taraflarla belirsizlik ya da çelişkiye dair kendi kanaatini belirtip, yapılması gerekenlere dair taraflarla değerlendirme yaparken, örneğin davacının aslında istemini haklı gösterecek kanaati

hâkimde uyandıracak delile sahip olmadığını anladığında, davacıyı istemini haklı kılacak dava malzemesini getirmeye teşvik edemeyecektir. Dava sebebi olarak sunduğu bir olayda, olayın bütününü hâkimin görerek uygulayacağı soyut normu seçmek ve buna göre akıl yürütmede bulunması gerekecektir. Burada, taraf ile karşılıklı olarak ikna olmadığını belirtip, ima yolu ile bile olsa kendisini ikna edecek delilleri sunması veya olayı davayı kazanmasına yarayacak şekilde değiştirerek sunması, ya da olayı, delillere göre yeniden sunmasını istemesi hâkimin hem yol göstermesi hem de ihsası reyde bulunmuş olması nedeniyle aydınlatma ödevinin sınırları dışında değerlendirilecek ve ödev kapsamında sayılmayacaktır. Burada, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, aslında hâkime yönelik olarak yasa koyucunun bir anlamda "doğru anla, doğru algıla, tarafları da doğru algının oluşturulmasında işbirliğine sevket" emri olduğunu anlamak olanaklıdır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin yasal metninde, "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir" şeklinde normu düzenlerken çalışmamız sürecinde ayrıntılı değinmeye çalıştığımız üzere, madde metni ile sınırlı kalmadan, bir çok hükümde bu hükmün yansımasını düzenlemiş, "egemen ilke" olan bu ilkenin uygulamasını konu bazında değişiklik gösterebilmekle, farklı bir çok maddede somutlaştırmıştır. Bu somutlaştırmanın en açık örneklerinden biri de isticvap kurumudur. Başka yansımalarını da hem çalışmamız içinde hem de sonuç kısmında değinmiş bulunuyoruz.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, tarihsel süreçte, hâkimi, eylemsizlikten çıkartıp, aktif bir hale getirirken, İsviçre Hukuku, Alman Hukuku ve Anglo Sakson Hukukunda yakın zamanlı reformlar ile kendisini göstermiştir. İngiliz Hukukunda, Alman Hukuku kadar etkinleştirme gerçekleşmese de, İsviçre ve Alman Hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevi, sonuçta ödevin ifasının dava dosyasında yazılı olarak kanıtlanmasının gereğini

düzenleyerek, hâkime ödevini ifa ettiğini kanıtlaması gerektiğini düzenlemiş ve böylece hükmün uygulamasını da sağlama almak istemiştir. ZPO 139. maddesinin 4. fıkrasında bu durum norm altına alınmıştır. Hatta Alman Hukuku, uygulamada duraksamaları gidermek için hâkimin davayı aydınlatma ödevine dair belli başlı hükümleri ZPO 139. Maddesi içinde toplamıştır. Türk Hukuku açısından HMK 31.madde metni üzerinde yapılmasını önerdiğimiz değişiklik ve gerekçelerini Sonuç kısmımızın en sonunda sunmak isteriz.

Hâkim, davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken aydınlattığı unsur açısından yani maddi olay veya delil açısından taraflardan ilgili dava malzemesini getiren ve bu malzemedeki çelişkisi ve belirsizlik nedeniyle, bu ödev uygulanmadığında hak kaybına uğrayacak taraf lehine bir çaba içinde olacağını yadsımak olanaksızdır. Bu çaba gösterilirken, en önemli yaklaşım da hâkimin bağımsız ve tarafsız bir tutumu benimsemesi olacaktır; zira aydınlatma ödevi, hâkimi, etkin olurken adeta kaygan bir algı ve iletişim zemininde hareket etmeye yönlendirmekte, taraflarla iletişim kurarken, müzakereyi doğru algı amacı ve uygulamasından, işbirliği ve işaret etmeyi de gene aynı şekilde doğru anlama temelinden uzaklaştırmamalıdır. Hâkimin, sıradan bir yurttaş hatta sıradan bir hukukçu gibi davranmaması, davadaki tarafsızlığının, bağımsız tutumunun aslında hâkimlik mesleği yönünden bir varlık sebebi olduğunu unutmaması gerekecektir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirirken, algıladığı ve anlayabildiği dava malzemesini, belirsiz veya çelişkili olduğunu düşündüğünü taraflara bildirip, bu konuda açıklama veya delil istemesi, tarafsızlığına da aykırı olarak yorumlanabilir. Davayı uzatmak, karardan kaçınmak ya da bir tarafı davayı ispatlayamamış bir konuma sürüklemek için hâkimin taraflı bir yaklaşımı söz konusu olabilir. Böylesi durumlar için Alman Hukukundaki gibi, Türk Hukukunda da aydınlatma ödevinin yerine getirilmesinin yazılı bir şekilde örneğin duruşma zaptına durumun tespiti ile gerçekleştirilmesi isabetli olabilir.

Hâkimin bağımsızlığı temelinde bir başka yapılacak tespit de, Anayasa Hukuku temelindedir. Bir davadaki belirsizlik veya çelişki söz konusu iken yürütme ve yasama organının bu belirsizliği veya çelişkiyi fark etmesi üzerine mahkemeye bu belirsizliğin giderimine dair bildirimde, emir veya talimatta bulunamayacağı sonucuna varmak Anayasa'nın 138. Maddesi temelinde de olanaklı olmuştur. Aksi yöndeki davranışın ise, hâkimi bağlayıcı nitelikte olmayacağı, hâkimin bu emir ve talimat etkisinde kalıp kalmadığının ispatı gerekmeksizin yokluk ile değerlendirileceğini düşünmekteyiz. Hâkimin dış bağımsızlığını oluşturan böylesi normatif düzenlemelerin yanı sıra, iç bağımsızlığının da sağlama alınması, algısının bozulmaması gereklidir. Hukuki temel olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, sosyal devlet ilkesinden doğrudan kaynaklanan bir ilke olmasa da işlevsel açıdan sosyal devlet düşüncesinin gerçekleşmesine, hâkimin kamusal konumu nedeniyle hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

Hâkim, aydınlatma ödevini yerine getirirken sürekli olarak, tarafsızlık emrini dikkate almak zorundadır. Çünkü hâkimin uyarıları her zaman bir tarafın lehine karşı tarafın aleyhine etki yapabilir fakat bu uyarıların hep aynı tarafın üstün gelmesine yardımcı olmaması ve tarafsızlık emrini hiçbir zaman çiğnememesi gerekir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi arasındaki ilişki incelendiğinde ise, ilkenin, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile çelişik bir uygulama içinde olamayacağı, hâkimin gene dava malzemesi sunan tarafın hak kaybına uğramaması için belirsizlik ve çelişkiyi, sunulan dava malzemesi üzerinden giderme yoluna gideceği, kendiliğinden olay ve delil ekleyemeyeceği değerlendirilmiştir. Bu anlamda, hâkimin etkinliği, bu ilkenin daha işlevsel uygulanmasına dair olacaktır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile, tasarruf ilkeleri arasındaki ilişkisinin incelenmesinde, ilk tespitimiz, dava hakkının kullanılmasında etkili bir hukuki korunma

sağlaması için istem içeriğinin anlaşılır ve istemi yargılama araçlarını harekete geçirilebilir nitelikte olması için hâkimin belirsizlikleri, çelişkileri giderici bir işlevinin de olması yasa koyucudan beklenmiştir. İlkeler arası ilişkide hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasında sınır oluşturacak bir özellikte ve tarafın iradesini somutlaştırmakta ve gerçek hak talebini davada belirginleştirmekte işlevsellik katıcılık yönünden bir ilişki olarak kabul edilmesi gereklidir. Tasarruf ilkesinin tarafa verdiği serbestinin iradi yönünün anlaşılmaması davada talebi de belirsiz kılacak ve davanın sürmesi daha en baştan olanaksızlaşacaktır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile taraf talepleri ile bağlılık ilkesinin ilişkisinin incelenmesi sonucunda, davadaki tarafların gerçek iradesi ve buna bağlı olarak ileri sürülmüş talebi ile bağlı olarak hâkim, öncelikle bu talebi belirli ve yasa yollarında da denetlenebilir duruma getirmesi gerekliliği sonucuna varılmıştır.

Hukuki dinlenilme hakkı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki ilişkinin incelenmesinde ise, öncelikle hukuki dinlenilme hakkının unsurları incelenmiş, HMK 27. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hukuki dinlenilme hakkı, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermekte olduğundan ve madde gerekçesinden hareketle ilkeler arası ilişkinin bir birinin tamamlayıcısı olduğu değerlendirilmiştir.

Usûl ekonomisi ilkesi ile, hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki ilişki de incelenmiştir. İlkeler arasındaki ilişki incelendiğinde, aralarındaki ilişkinin bir birinin işlevini kolaylaştırıcı olduğu düşünülmüştür, buna gerekçe olarak da, usûl ekonomisi ilkesinin tüm unsur ve yararları ile gerçekleştirilmesinin hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile daha işlevsel olacağı kanısına varılmıştır. Belirsiz dava malzemesinin çözümlenmesinde, tarafların

açıklamaları ya da yeni getirecekleri deliller, davanın hızlanmasını, gereksiz gider yapılmamasını sağlamada işlevsel bir durum yaratmaktadır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile silahların eşitliği ilkeleri arasındaki ilişki incelendiğinde ise, adil yargılanma hakkının en etkin hukuki korunma olarak uygulanmasının gereği doğduğunda aralarındaki ilişki kendisini göstermektedir. Tarafların kendilerini ifade etmekte veya delillere ulaşarak davaya katmalarında eşit fırsatlara sahip olması sağlanmadığı sürece, medenî yargılama hukuku da amacına ulaşamayacaktır. Sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olarak tarafların entelektüel bilgi, ekonomik durum gibi farklılıklarına rağmen mahkeme önünde dengelenmesi ile kendilerini eksiksiz ifade etmeleri ve doğru şekilde delil sunabilmeler için fırsat verilmesi gereklidir. Hem silahların eşitliği ilkesi hem de hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ulaşmak istediği amaç örtüşmektedir. İlkeler arasında bir birinin işlevini artırıcı, bir birinin kendi amacına ulaşmasını sağlayan bir ilişkileri olduğu tespitine ulaşılmıştır.

Doğrudan doğruyalık ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki ilişki incelendiğinde ise, bu iki ilke arasında temelde doğru kanıya ulaşarak karar vermeden hâkimi duraksamadan kurtarmak yönünden benzer amaçların olduğu, fakat iki ilkenin sadece karar verecek hâkim ve delil arasında bir başka kişinin girmemesi düşüncesine hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir istisna getirerek, istinabe olunan hâkimin de HMK 31. maddesinden kaynaklanan ödevin yerine getirilmesinde yetkili olabileceği, bunun da ilkeleri ayıran önemli bir kıstas olduğunu söylemek olanaklı olmuştur.

Iura Novit Curia ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasında bir ilişki olup olmadığı da incelenmiştir. Hukuki sebebin, dava sırasında veya dava dilekçesinde ya da cevap dilekçesinde gösterilmemiş olması, belirtilen dilekçeyi sakatlamamaktadır. Hukuki sebep olarak bir gerekçe sunulsa bile, hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ile bu sebep

değişebilir, sonuçta istenen talebi karşılayacak bir başka normdan hareket edilebilecektir. Bu anlamda, hâkim, sunulan dava malzemesinden olaya dair bir kanıya varamadığında taraflardan hukuki sebep olarak göstermek istedikleri ifadeleri alarak, gene kendisi karar verebilecektir. İlkeler arasında işlevsellikten doğan bir ilişki olduğu söylenebilecektir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile taraf yükümlülükleri ile ilişkisi incelenmiş; sonuç olarak, özellikle somutlaştırma yükü ile ilişkisinde, temel alınan dava malzemesinin ayını olduğu, hâkimin toparlayıcı yaklaşımına karşılık tarafın üzerine düşen yükümlülüğün somutlaştırma yükü ile açıklanabileceğini belirtmek olanaklıdır. Aynı şekilde, ispat yükü ile olan ilişkisinde, sunulan dava malzemesindeki kanıtlardan bir olaya dair düşünce elde etmek olanağı doğmamışsa, ispat yükü kendisine düşen tarafa HMK 31. maddesi gereği delil sunulması için süre verilecektir. Somutlaştırma yükü ve ispat yükü, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin muhatabını tespit yönünden tamamlayıcı öneme sahiptir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin amaçları, çalışma konumuz içinde incelenmiştir. Bu kapsamda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin adil veya maddi olarak doğru karar ve maddi hukukun gerçekleştirilmesi ve yine usûl ekonomisi hedefine ulaşılması olduğu, davadaki amacın nasıl ki mahkemenin, uygun sınırlar içinde maddi bakımdan doğru ama aksi ispatlanabilir bir kararla tekil bireyin sübjektif hakkını korumak ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi, sosyal devlet ilkesinin uygulanması olarak kendisini gösterdiği ifade edilebilmektedir. Ayrıca, bir davada hem öznel hukuk hem de davadaki nesnel hukuk tüm taraflar yönünden korunmak zorundadır.

Çalışmamızda, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, dava içerisindeki tüm beyanları, tüm dilekçe ve delilleri kapsam içine aldığı belirtilmiştir; zira, bu sayıların hepsi dava malzemesi kavramı içindedir. Dava sürecindeki bu unsurlar ayrı ayrı belirsizlik ve çelişki içerdiğinde, davaya olan olumsuz etkisi nedeniyle hâkim algısında ve anlayışındaki eksiklik,

gene HMK 31. maddesi araçları ile giderilebilecektir. Çalışmamızda, bu unsurlar ayrı ayrı incelenmiş, her birinde bu sonuca varılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde özellikle incelenen bir başka konu da, isticvap kurumu ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arasındaki ilişkidir. Bu kurumlar arasındaki ilişki ile ilgili olarak, sonuçta, isticvabın, her ne kadar özel kurallara tabi olarak tarafın kendisi aleyhine olacak bir sorgulamaya tabii tutulması ve bu sorgulamadan kaçınması halinde sorgu konusunu ikrar etmiş sayılacağı yasada düzenlense de, bu özellikleri ile isticvabın davanın aydınlanmasına hizmet eden bir özel hüküm niteliğinde olduğu, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin özel bir uygulaması niteliğinde bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

İsticvap kurumu incelenirken, öğretide, isticvaptan bazı yazarlarca ikrar elde etme amacına ulaşılmak istendiği düşünüldüğünden, bu görüşe katılmasak da, ikrar üzerinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin olup olmayacağı da araştırılmış, ikrar türlerine göre ayrı ayrı değerlendirilmiş ve gene ikrardaki belirsizlik ve çelişkilerin de hâkimin davayı aydınlatma ödevinin konusu olabileceği sonucuna varılmıştır.

Dava sürecinde ortaya çıkabilecek olan iki sorun konusunda da yani bekletici sorun ve ön sorun ile ilgili de, hâkimin davayı aydınlatması için işlevsellik açısından önem taşıyan araçlar olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bir olayın gerçekliğinin tespitinde beklenmesi gereken bir dava veya işlem varsa veya mahkemece bu yolda bir işlem ile somut olayın anlaşılmasına hizmet eden bir faaliyet olarak kabul edildiğinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanmasında özel görünümler olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Teksif ilkesi ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi arası ilişki incelenmiştir. Bu inceleme, HMK dönemi ve HUMK dönemi karşılaştırılarak yapılmıştır. HUMK döneminde, delil ile olay arasındaki bağlantının somutlaştırılması zorunluluğu olmadığından bu kapsamda genel ve soyut olarak sayılan delillerin dosyaya getirilmesi, “sair deliller” gibi bir ifade yolu

ile teksif ilkesinin aşılabilmesi olanaklı iken, HMK sisteminde delil-olay bağlantısının somutlaştırılması zorunluluğuna ilave olarak HMK 145. maddesi ile sonradan ileri sürülen delilin amacının yargılamayı uzatmamak özelliğinde olması ya da ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmaması gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Teksif ilkesi ile, gelen dava malzemesinin en verimli kullanımı ve ilkenin yaratabileceği olası kısıtlı ispat olanakları karşısında, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, ilkenin sakıncasını giderici bir rol oynadığı ileri sürülebileceği düşünülmüştür.

Sürpriz karar yasağı ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilişkisi de incelenmiştir. Sürpriz Karar yasağına dair, HMK 27. maddesi gerekçesi dışında bir normatif atıf yer almasa da, HMK 31. madde gerekçesindeki davanın maddi anlamda sevk ve idaresi içinde müzakere ilkesinin, davanın olgusal ve hukuki yönünden taraflarla birlikte ele alınmasına dair ifadelerin, her iki ilkenin de Türk Hukuku'ndaki yerini almasında önemli olduğu, Alman Hukuku gibi, Türk Hukuku'nun açıkça müzakere ilkesi ve sürpriz karar yasağını yasa metni içine almamış olması, gerekçeyi yorumlamakta kolaylaştırıcı hale getirmesinin temelde belirsizlik yarattığı, öğretide, bu sakıncaya karşın, sürpriz karar yasağının HMK 31. maddesinde, açıkça bir düzenleme ile giderimi önerilmiş olmakla, biz de bu görüşe katılmış bulunuyoruz. Özellikle, hâkimin belirsizlik ve çelişkiye işaret etme ödevinin ifası ve bu belirsizlik ve çelişki karşısında tarafların üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi üzerine aleyhlerine hüküm verilmesi, kendileri için şaşırtıcı olmayacaktır. Ancak hâkimin, belirsiz ve çelişkili dava malzemesi karşısında sessiz ve pasif kalması halinde, tarafın da öngörüde bulunamaması nedeniyle kendi aleyhine bir sonuçla karşılaşması, sürpriz karar yasağını da içeren üst norm olan hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır.

İspat ölçüsü ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilişkisi incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda, ispat ölçüsünün öneminin, HMK 31. maddedeki delil sunulmasının istenilebilmesi için, teksif ilkesinin sınırlarındaki çıkılırken, nesnel olarak dava aydınlandığı bir durumda,

hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa, delil sunulmasını istediği, başka delil sunulmadığı durumda, anılan taraf aleyhine davanın sonuçlanması durumunda kendisini göstermekte olduğu anlaşılmıştır. Bu incelemelerde, sadece ispat türleri değil, gerçekleşme olasılıkları da incelememize dahil edilmiş, ağır basan olasılık kavramının bu konuda kriter olarak alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Hâkimin, davada vakıanın toplanan deliller ile aydınlanmadığını HMK 27. maddesi gereği taraflara bildirmesi, belirsizlik içeren kısmı belirsizliğini açıklamalıdır. Buradan hareketle, HMK 31. madde gereği bu belirsizliğin giderimi için ispat yükü kendisine düşen tarafa delil sunmalarını istemesi gereklidir. Hâkim, burada, davacı taraf keşfe dayanmış ise, davayı aydınlatma ödevinin de gereğini yerine getirerek, keşif delili ile olay yerinde dinlenen tanıkları yeniden dinleyebileceği gibi, tarafları isticvap edebilecektir. Burada, ispat yeterliliği-ispat yükü ilişkisi temelinde HMK 31. Maddesinden doğan yeni delil istenebilmesinde, hâkimin anayasal olarak kendisine tanınan vicdani kanaate ulaşana kadar delil sunulmasını isteyebileceği, ancak kesin delil ile ispatı zorunlu olan bir davada HMK 200. maddesinin bir sınır oluşturacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca, ispat ölçüsüne dair hâkim kanaatinin derecelendirilmesinde, taraf görüşleri ile pozitif bilimlerin dayanak alındığı bir algı durumunun esas alınması gerektiği kanısındayız. Tarafların bir algıda uyuşamaması, hâkimi kendi dünyasında bırakmamalı, kanısını bilimsel temelli nesnel verilere dayandırmalıdır.

Delilden vazgeçme ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilişkisi noktasında ise, davanın henüz aydınlanmadığı ve dosyadaki mevcut deliller ile de aydınlanmayacağının anlaşıldığı bir aşamada hâkimin HMK 27. madde gereğince davadaki ispat derecesini ve bu dereceye mevcut deliller ile erişilemeyeceğini de taraflara bildirmesi gerektiği, buna rağmen delilden vazgeçme yoluna gidilmekte ise, tasarruf ilkesi ve taraflarca dava malzemesinin getirilmesi ilkeleri gereğince hâkimin dosya içeriğine göre karar vermesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırlarından biri de ihsası reyde bulunma yasağıdır. Hâkim, taraflarla müzakerede özellikle yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu sınıra dikkat etmek zorundadır. Aksi durumda, reddedilebilecektir. Aynı içerikte bir başka sınırın da olduğu sonucuna varılmıştır ki, o da hâkimin taraflara yol göstermesi öğüt vermesi yasağıdır. Yargılama sırasında hâkimin taraflara beyan ve delillerdeki belirsizlik ya da çelişkilere işaret ettikten sonra sunması gereken delil veya olayı işaret etmesi de reddedilme yaptırımına neden olacaktır.

Tarafların, aydınlatma faaliyetlerine katılırken dikkat etmeleri gereken sınırlar da incelenmiştir. İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, hâkimin açıklama istemesi, soru sorması halinde tarafın yeni ve hak doğuran bir vakıa eklemesine neden olmamalıdır. Bu konuda tarafın beyanını engelleme olanağı olmayacağından, sunulan yeni vakıanın diğer tarafın açık muvafakati olmadığı bir durumda dikkate alınmaması gerekir.

Bir diğer sınır da ikinci tanık listesi verilmesi yasağıdır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi açısından ikinci tanık listesi yasağının ilgisi, hâkimin HMK 31.maddesi gereğince yeni delil sunulmasını istediğinde, davada tüm tanıklar dinlenmiş olmasına karşın tarafa delil sunulması için süre verdiğinde bu delilin tanık delili olup olamayacağı yönünden önem taşımakta olmasından kaynaklandığı değerlendirilmiş, konu ile ilgili incelemelerimiz sonucunda aynı vakıa için olmamak şartı ile farklı vakıalar için farklı tanık listelerinin aynı davada verilebileceğine kanaat getirildiği ve bu konuda baskın görüş haline geldiği anlaşılmıştır. Hâkim tarafından davanın aydınlanmadığı gerekçesi ile ikinci tanık listesinin sunulmasının istenmesinin kabul edilebilmesi için ilk tanıkların taraf ile görüşme olanağının olmamış olması, bunun hâkim tarafından HMK 31. Maddeyi, kendisine verilen bir ödev olması nedeniyle kendiliğinden ilk tanıklar ile yaptığı sorgulamalarda tespit edebilmiş olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin uygulanması araçları incelenmiştir. Soru sorma, açıklama yaptırma ve isticvap kurumları ile yeni delil sunulmasının istenilmesi araçları ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, açıklama yaptırma aracının, değiştirme, tamamlama ve açıklama işlevleri de inceleme kapsamında detaylı olarak değerlendirilmiştir. Bu inceleme sırasında soru türleri ve uygulaması da inceleme konusu yapılmıştır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlalinin, tüm yasa yollarında gerekçe olarak sunulabileceği, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ve AİHM'e bireysel başvuruda da adil yargılanma hakkı ihlali temelinde konu edilebileceği sonucuna varılmıştır. HMK 31. madde hükmünün açık bir ödev yani görev olması kapsamında ihlalinin hâkimin hukuki sorumluluğunu ve dolayısıyla mağdur olan tarafın devletin sorumluluğu yoluna gidebileceği, eylemin hâkime yasakoyucu tarafından verilen bir görev olan davayı aydınlatma ödevinin ihmalen veya kasten yerine getirilmemesi halinde eylemin TCK 257/1 ve 2. maddeler yönünden suç olacağı kanısında varılmış, ayrıca mesleki anlamda da disiplin suçu teşkil edeceği sonucuna varılmıştır.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevini Türk Hukukunda düzenleyen HMK 31. maddesinde yapılacak kısmi bir değişiklik ile uygulamasında daha bir belirlilik ve özellikle gerekçesinde yollama yapılan müzakere ödevi, işaret ödevi ve HMK 27. maddesindeki sürpriz karar yasağı ile işbirliği ilkeleri somut bir şekilde düzenlemeye tabi tutulabileceği kanısındayız.

Bu durumda, aşağıdaki şekilde maddenin değiştirilmesini öneri olarak sonuçta getirmenin yararlı olacağını düşündük :

MADDE 31-

(1) Hâkim, davada sunulan delilleri değerlendirirken delillerdeki maddi veya hukuki açıdan belirsiz ve çelişkili konular ile ilgili olarak taraflarca getirilme ilkesini ihlal

etmemek üzere gerekli araştırma ve incelemelerde bulunabilir, sorular sorabilir, açıklatma yaptırabilir.

(2) Hâkim, davanın her aşamasında ve davanın her unsurunda ortaya çıkan maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü konularda taraflara duruşma sırasında derhal, duruşma dışı hallerde yazılı olarak muhtıra ile belirsizlik ve çelişki içeren unsura dair gerekçesi ile ilgili açıklama yapmalıdır. Bu açıklama tutanağa geçirilmelidir. Taraflar ve müdahil olanlar bu açıklama üzerine beyanlarını sözlü veya yazılı olarak mahkemeye sunabilirler. Bu beyanların da hâkim tarafından değerlendirilmesi gereklidir.

(3) Hâkim tarafından yapılan açıklama üzerine, taraflar ve müdahiller tarafından sunulması halinde beyanlar da değerlendirildikten sonra, belirsizlik ve çelişkinin giderimine dair izlenecek yola dair uyarı hâkim tarafından duruşmada yerine getirilmemesi halinde ilgili tarafın uğrayacağı sonuçlarını ve ilgili yolun gereğini ve taraflara düşen yükümlülük varsa yerine getirme süresini tutanağa geçirilmek suretiyle, duruşma dışında tespit edilmesi halinde de, yerine getirilmemesi halinde ilgili tarafın uğrayacağı sonuçlarını ve ilgili yolun gereğini taraflara düşen yükümlülük varsa yerine getirme süresini açıklayıcı muhtıra ile taraflara ve varsa müdahillere bildirilir. Hâkim tarafından süre verilmemiş olması durumunda, söz konusu süre iki hafta olarak verilmiş sayılır.

(4) Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırmalıdır; soru sormalıdır; delil gösterilmesini istemekle ödevlidir.

Kanımızca, hâkime yukarıda şekilde yazılı olarak kanıtlama olanağı tanınan bir faaliyet yolu tanındığı zaman, red sebepleri ile itham edilmesinin de önüne geçilebilecektir.

KAYNAKÇA

I- Basılı Kaynaklar

- Akcan, Recep, Hâkimin Vasıfları, Ankara 2013
- Akıncı, Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2008
- Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016
- Akil, Cenk, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yeminin Konusu ve Yemin Delilinin Hatırlatılıp Hatırlatılamayacağı Meselesi , Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- Akil, Cenk, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilmeyeceği Meselesi, GÜHFD, C.XVI, Y.2012, S. 4
- Akil, Cenk, Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 3, s. 1 – 32
- Akil, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010
- Akgündüz, Ahmed, İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyâtı: Birinci Cild: Kamu Hukuku, C.I,Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011
- Akkan, Mine, Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Ankara 2010
- Akkan, Mine; Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Yıl 2007, C.3, S.6
- Akkaya, Tolga, Delillerin Hasrı, Eskişehir 2003

- Aksakal, Ramazan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Basit Yargılama Usulü, Ankara 2015
- Aktepe Artık, Sezin, Medenî Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014
- Akyazan, Ahmet Emrah, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yöneltme, Ankara 2009
- Akyol Aslan, Leyla, Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011
- Akyol, Aslan, Leyla, Medeni Usûl Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları, Ankara 2019
- Alangoya, H. Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis, 7.Baskı, İstanbul 2009
- Alangoya, Yavuz, Anayasanın Medenî Usûl Hukukuna Etkisi, Makaleler, İstanbul 2012
- Alangoya, Yavuz, Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979
- Alangoya,Yavuz Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Alangoya,Yavuz Makaleler İstanbul 2012
- Alangoya, Yavuz, Medenî Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973
- Algur, Zeynep Vildan, Ticari Defterler ile İspat, Ankara 2020
- Alper, Gül/ Er, Nurhan/ Uçar Boyraz, Fatma, Görgü Tanıklığında Bellek Hataları, Olay Sonrası Bilginin ve Tuzak Soruların Hatırlama ve Kaynak İzleme Üzerindeki

Etkisi, Türk Psikoloji Yazıları, C.10, S.20, Türk Psikoloji Derneği Yayınları, Ankara 2007

- Anıl, Yaşar Şahin, Osmanlı Düzeninde Kadılık, İstanbul 2015
- Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usûlleri, Ankara 1960
- Ansay, Sabri Şakir, Sulh, AÜHFD, 1944, C. 1, S. 2
- Aras, Bahattin, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014
- Aristotales, Metafizik, Eski Yunancadan Çeviren Y. Gurur Sev, Pinhan Yay., İstanbul 2018
- Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015
- Arndt, Adolf, Das rechtliches Gehör, NJW 1959
- Asrav Hızır, Asma, Sulh Sözleşmesi, Ankara 2019
- Arsel, İlhan, Anayasa Hukuku (Demokrasi), Ankara 1964
- Arslan, Aziz Serkan, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel, Medenî Usûl Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2018
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel, Medenî Usûl Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2019
- Arslan, Ramazan, Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989

- Arslan, Ramazan, Dava ve Cevap Dilekçelerinin Hazırlanması ve Ön İnceleme, Bankacılık Dergisi, S. 80, İstanbul (Mart) 2012
- Arslan, Ramazan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri, X.Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2012
- Aşık, İbrahim, Medenî Usûl Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012
- Aşık, İbrahim, Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Ankara 2019
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018
- Atalı, Murat, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışı Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması, Doç.Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009
- Atalı, Murat, Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014
- Ayad, Patrick, Optimierung des Rechtsschutzes und effektiverer Richtereinsatz, ZRP 2000, S. 299 ff
- Aydemir, Fatih: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017
- Aydın, Ayten, Eğitim Psikolojisi,Gelişim-Öğrenme-Öğrenim, Ankara 2014
- Aydınalp, Sezai, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu,Ankara 1997
- Badura, Bernhard, Sprachbarrieren zur Soziologie der Komminikation, Stuttgart 1973
- Başaran, Başar, Adil Yargılanma Hakkı, Yüksek lisans tezi, Ankara 2007

- Baumbach, Adolf/ Lauterbach, Wolfgang/ Albers, Jan/ Hartmann, Peter, Zivilprozessordung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen,66. Aufl, München 2008
- Bathe, Heinrich Theodor, Verhandlungmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, Berlin 1977
- Bayraktaroğlu, Suzan, Medeni Usul Hukukunda Keşif, İzmir 1997
- Baysal,Mustafa.AİHM'e Başvuruların İnceleme Süreci ve Sürecin Etkin Kılınmasına Yönelik Uygulamalı Bireysel Başvuru, Editör Musa Sağlam AY Yayınları Ankara 2013
- Becker-Eberhard, Ekkehard, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, Der. M. Kamil Yıldırım, İstanbul 2006
- Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1940
- Belgesay, Mustafa Reşit, Hakem Kararlarının Hukuki Niteliği (Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler-Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965
- Bernhard, Wolfgang, Die Aufklaerung des Sachvehalts im Zivilprozess, Beitracze zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum 70. Geburstag von Leo Rosenberg, München und Berlin, 1949
- Bilge, Necip, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye Ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C: 8, İstanbul 2010

- Blomeyer, Arwed, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, çev. Turgut Akıntürk, AÜHFD, C.XV,S.3-1
- Blomeyer, Arwed, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Bası, Berlin 1985
- Bolayır, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014
- Bolayır, Nur, Medeni Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi, İstanbul 2019
- Börü, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016
- Börü, Levent/ Koçyiğit, İlker, Ticari Dava, Ankara 2013
- Brazil, Wayne, The Adversary Character of Civil Discovery, A Critique and Proposals for Change, 31 Vanderbilt Law Review, 1978
- Brehm,Wolfgang, Die Bindung des Richters an der Parteivortrg- Grenzenfreier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982
- Bröhmer, Jürgen, Transparenz als Verfassungsprinzip, Habil., Saarbrücken 2002
- Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol, Medenî Usûl Hukuku, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara 2018
- Budak, Ali Cem, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medenî Usûl Kanunu ve Alman Medenî Usûl Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011
- Budak, Ali Cem, Medenî Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000

- Bulur, Alper, E-İspat, ABD, Y.66, S.2, Bahar 2008
- Budak, Ali Cem , Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Türkiye Bankalar Birliği, Ocak 2013
- Coith,O.,Das richterliches Fragerecht, ZZP-27(1900)
- Çon, Ömer, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Ankara 2013
- Dedeağaç, Ender, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Ticari Defterlerin Delil Olma Özellikleri, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Görev ve Yetki, Ankara 2011
- Demir, Abdullah, Medenî Yargılama Hukukunda Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010
- Demircioğlu, Yaşar, Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007
- Demirtaş, Abdurrahman, Ansiklopedik Matematik Sözlüğü, Ankara 1986
- Demren Dönmez, Burcu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, 1.Baskı, Ankara 2007
- Deren Yıldırım, Nevhis, Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB yayınları, Ankara 2004
- Devellioğlu,Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklobedik Lugat, 29.baskı, Ankara 2012
- Dinç, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği, TBB Dergisi, S. 27,y.2005

- Dökmen, Üstün, İletişim Çatışmaları ve Empati, İstanbul 1994
- Dörr,Dieter, Fairas Verfahren- Gewährleistung im Grudgesetz der Bundesrepublik Deutschland-Kehl am Rhain, Strassburg 1984
- Duman, İlker Hasan, Uygulamalı ve Karşılaştırmalı Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 1985
- Durmaz, Cüneyt, Esasa İlişkin Kabul Edilmezlik Nedenleri ,Bireysel başvuru İnceleme Usûlü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi),Editör: Musa Sağlam, Ankara 2013
- Düzgün, Metin, Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Ankara 1992
- Edis, Seyfullah, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, AÜHFD, C.30, S.1,Y.1973
- Ege, Önder, Medeni Usûl Hukukunda Keşif, Ankara 2014
- Ekelöf, Peri, Beweiswürdigung, Beweislat und Beweis des ersten Anscheins (ZZP, 1962, 289)
- Ekinci, Ekrem Buğra, Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri, Yeni Türkiye, Ocak-Şubat 2000, Y.6, S.31
- Ekşi, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK md. 407-444), İstanbul 2019
- Ercan, İbrahim, Bir Yargıtay Kararı Işığında Mahkeme Dışı İkrarın Nitelendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010
- Ercan, İsmail, Hâkim ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, İstanbul 2008

- Erdönmez, Gülay, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İstanbul Barosu Dergisi, Eylül-Ekim 2013, C.87, S.2013/5
- Erem,Faruk, Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi, Usûl Psikolojisi, Mahpusun Psikolojisi, Ankara 1997
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017
- Ermenek, İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön inceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl: 2011, C. 2, S. 1
- Ermenek, İbrahim, Medeni Usûl Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009
- Ermumcu Osman,Hâkimin Hukuki Sorumluluğu ,Konya 2011
- Ercan, İbrahim, Bir Yargıtay Kararı Işığında Mahkeme Dışı İkrarın Nitelendirilmesi, Prof.Dr.Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010
- Ercan, İsmail, Hâkim ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, İstanbul 2008
- Ersoy, Rıfat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1966
- Eyüpoğlu, Ceren, Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3
- Fasching, Hans, Lehrbuch des österreichhiscen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Wien 1989
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara 2010
- Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002
- Gafner, Max, Die Parteibefragung im schweizeriche Zivilprozessrecht, Dss. Bern 1919

- Gaul, HansFriedhelm, Fragenach dem Zivilprozzesses, (AcP 168), 1968
- Gaul, Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu, Çev. Nevhis Deren Yıldırım, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, Der. M.Kamil Yıldırım, İstanbul 2006
- Göksu, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak), MİHDER, 2009/2, S.13
- Gölcüklü, Feyyaz/ Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2003
- Görgün, L. Şanal / Börü, Levent/ Toraman, Barış/ Kodakoğlu, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2018
- Gören Ülkü, Nazlı, Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Reddi, İstanbul 2013
- Greger, Reinhard, Beweis und Wahrsscheinlichkeit, Berlin-Bonn-München 1978
- Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Aufl., Bielefeld 1974 ders.,Zivilprozessrecht, 12.Aufl.,München 2006
- Grunsky, Wolfgang, RechtskraftvonEntscheidungsgründenundBeschwer ZZP Band 76, 1963
- Günay Erhan,Yargısal Görevlerinden Dolayı Hâkimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hâkimlere,C.Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlem Hakaret Suçları ,Ankara 2000
- Belgin Güneş, Derya, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019

- Gür, A.Refik, Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Müessesesi, İstanbul 2015
- Güralp, Ayşe Gülin, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması, İzmir 2010
- Gürdoğan, Burhan, Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, SBFD, Y.1956, C.IX,S.3
- Hahn, Bernhard, Kooperationmaxime im Zivilprozess?, Köln/Berlin/Bonn 1983
- Hanağası, Emel : Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi, Ankara 2001
- Hanağası, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009
- Hanağası, Emel, Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara 2016
- Hancı, İ. Hamit, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, 1.Baskı, Ankara 2003
- Hannich,Rolf/ Meyer-Seitz, Christian/ Engers, Martin, ZPO-Reform: Einführung Texte- Materialien, Köln, 2002
- Henckel, Wolfram, Prozessrecht und materielles Recht, Gottingen 1970
- Heskel,Wolfram, Das Rechtauf Entscheidung in angemessener Frist und den Amspruch auf rechtliches Gehör- Art 6. Abs.1,Satz. 1, EMRK und das deutsche zivilgeichtliche Verfahren, in: Verfahrengaratien im nationalen und internationalen Prozessrecht: Festschrift für Franz Matscher zum 65. Geburstag, hrsg. von Oskar Ballon und Johan Hagen, Wien 1993
- Holzhammer, Richard, Österreichisches Zivilprozessrecht, Viyana 1976

- Huber, Michael, Das Beweismass im Zivilprozess, Köln,Berlin, Bonn, Münschen, 1983
- İlhan, Cengiz, Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm'ı Adliye), Ankara 2014
- İnceoğlu, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Hâkimin Davranış İlkeleri, İstanbul 2008
- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2005
- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2008
- İyilikli, Ahmet Can, Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi, TBB Dergisi, Y.2013
- Jacob, Jack, The Fabric of English Civil Justice, London 1987
- James, Fleming/ Hazard, Geoffrey, Civil Procedure, 5.Edition, New York 2001
- Jaunernig, Othmar, Zivilprozessrecht, 28. Bası, München 2003
- Junker, Abbo, Discovery im deutschen- amerkanischen Rechtsverkehr, Heidelberg 1987
- Karaaslan, Varol, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2019
- Karafakih, İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları, Ankara 1952
- Karakocalı, Ahmet, Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu, Ankara 2011

- Karan, Hakan, Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof.Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001
- Karslı, Abdurrahim, Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, İstanbul 2011
- Kırmaz, Birol , Avrupa Birliği Sürecinde Türk Anayasasında Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Konya 2008
- Kiraz, Taylan Özgür, Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2017
- Kitapçı, Hakan, Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanununda Yargılama Yetkisi Kavramı Ve Tahkim Mahkemesinin Yargılama Yetkisinin Sınırları, Konya 2016
- Klein, Franz, Zeit- und Geistesströmungen im Prozess, Dresden 1901
- Klein, Franz/ Engel, Friedrich, Der Zivilprozess Österreichs, Mahheim, Berlin, Leipzig, 1927
- Klein, Franz/Engel Friedrich, Der Zivilprozess Österreichs, Mannheim, Berlin, Liepzig 1927
- Kocaoğlu, Sinan, Müdafi, Ankara 2011
- Koch, Melanie, Die richterliche Prozessförderrungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, Hamburg 2003
- Kodakoğlu, Mehmet, Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale, Ankara 2018 (Asli Müdahale)

- Kofmel, Sabine, DasRechtaufBeweis im Zivilverfahren, Bern Heidelberg 1992
- Korucu, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim, Erzincan 2015
- Kurt, Nesibe, Medenî Yargılama Hukuku'nda Doğrudan Doğruyalık İlkesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008
- Konca Kurt, Nesibe, Medeni Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016
- Konuralp, Haluk, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009
- Konuralp, Haluk, Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Tıpkıbasım, Ankara 2009
- Korkmaz, Adil, Olasılık Kuramının Doğuşu, AÜSBFD, 60-2, Ankara 2005
- Koussolis, S., Bewiesmassprobleme im Zivilprozessrecht, Festscrift für K.H. Schwarb zum 70. Geburtstag, München 1990
- Kummer, Kommentar zum ZGB, Einleitung, Art 8, Bern 1962
- Kurt, Nesibe, Medenî Yargılama Hukuku'nda Doğrudan Doğruyalık İlkesi, Prof. Dr.Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medenî Usûl Hukuku, 25.Baskı, Ankara 2014
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Hukuku, İstanbul 2001
- Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2016

- Kuru, Baki, Usûli Müktesep Hak, Dr. A.Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974
- Küçükay, Alper, Tanık İfadesi ve Çapraz Sorgu, Psikolojik Bir Bakış, TAAD, Y.7, S.32, Ekim 2017
- Lampe, Ernst-Joachin, Richterliche Überzeugung, Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln-Berlin-Bonn-München 1988
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.aufl., Berlin/Heidelberg 1979
- Laumen, Hans-Willi, Das Rechtsgespräch im Zivilprozess, Diss., Köln/Bonn/ München 1984
- Leipold, Dieter, Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980)
- Levin, Ludvig, Richterliche Prozessleitung und Sitzungspolizei, Berlin 1913
- Liu, Ming-Sheng, Die richterliche Hinweispflicht Dogmatik und Rechtskultur, Frankfurt 2009
- Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Artikel 1-19, Aufl., München 2005
- Matsch, Richard, Vom rechtgenügenden Beweis, Zur Entscheidungvon zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfestschellung, Berlin 1983
- Mazlum, İsmet, Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale, Ankara 2019
- Mebrouk, Hodda, Senetle İspat Konusunda Fransız Hukuku'ndaki Geliştirmeler, Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma, Ankara 2012

- Meraklı Yayla, Deniz, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014
- Meriç, Nedim, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C.II,Özel Sayı 2009,Y.2010 (Aydınlatma)
- Meriç, Nedim, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011
- Michael, Verfassungrecht und zivilrichterliche, Aufklärungspflichten, Regensburg 2004
- Musielak, Hans- Jachim, Das Överviktsprinzip, Festschrift für Kagel, Frankfurt 1977
- Musielak, Hans- Jachim, Kommentar zur Zivilprozessordung, 5.Aufl., München 2007
- Nowak, Erwin, Richterliche Aufkläurungspflicht und Befangenheit, Diss., Bochum 1990
- Ormrod, Jeanne Ellis, Öğrenme psikolojisi (Human Learning,Sixth edition) çev; Mustafa Baloğlu, Ankara 2013
- Ortaylı, İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, İstanbul 2018
- Ott, Michael, Verfassungrecht und zivilrichterliche, Aufklärungspflichten, Regensburg 2004
- Önen, Ergun, Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972
- Önen, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979
- Özbek, Mustafa Serdar, Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı, Ankara 2013

- Özbek, Mustafa Serrdar, Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (2019/2)
- Özekes, Muhammet, Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009 (Hukuki Sebep)
- Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995
- Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003
- Özekes, Muhammet, HMK Bakımından Dava Dilekçesindeki Eksiklikler Halinde Yapılması Gereken İşlemler, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan (Dilekçe)
- Özekes, Muhammet, HMK Bakımından Dava Dilekçesindeki Eksiklikler Halinde Yapılması Gereken İşlemler, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C.1
- Özer, Tülay, HUMK'tan HMK'ya Medenî Usûl Kanunu Tasarıları, İstanbul 2012
- Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden,Kesin Hükmün Objektif Sınırları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007
- Özmen, Necmettin, Adil Yargılanma İlkesinin Gelişim Süreci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2007
- Özmumcu, Seda, Re'sen Araştırma İlkesi, SDÜHFD Mihbir Özel Sayısı Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı –XII, C. 4, S. 2, Isparta, 2014

- Parlar, Ali/ Hatioğlu, Muzaffer/ Yüksel ,Erol Güngör, Açıklamalı İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara 2008
- Pawlowski, Hans-Martin, Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80, 1967
- Peckham, Robert, A Judicial to the Cost of Litigation: Case Management, two Stage Discovery Plannig and Alternative Dispute Resolution, 37 Rutgers Law Review, 1985
- Pekcanıtez, Bekletici Sorun- Meselei Müstehire, DEÜHFD,C1, S.1, İzmir 1980
- Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 2.Bası, Ankara 2014
- Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7.Bası, Ankara 2019
- Pekcanıtez, Hakan, Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992
- Pekcanıtez, Hakan, Medenî Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2
- Pekcanıtez, Hakan, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2017
- Pekcanıtez, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107), Ankara 2011
- Pekcanıtez, Hakan, Tahkim İlk İtirazı, Makaleler, C. 2 İstanbul 2016
- Peters, Egbert, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess, Tübingen 1983
- Peters, Wachsende, Beactung der richterlichen Hinweispflicht, Festschrift für K.Buys, C.I, 2003
- Polat, İrem İlayda, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015

- Postacıoğlu, E.İlhan, Davanın ve Kazıyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, Dr. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974
- Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 7.Baskı, İstanbul 2015
- Prütting, Hans, Die materielle Prozessleitung, Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70.Geburstag, München 2004
- Prütting, Hans, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wondal der Gezetgebung, NJW. 1980
- Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku, İstanbul 1997
- Rechberger/ Simotta, Zivilprozessrecht, Erkanntnisverfahren, 5.Auflage, Wien 2001
- Rensen, Hartmunt, §139 ZPO n.F-Stärkung der ersten Instanz oder alles beim Alten, AnwBl 2002
- Rensen, Hartmunt, Die richterliche Hinweisplicht, Bielerfeld 2002
- Rimmelspracher, Bruno, Verbesserung des zivilgerichtlichen Verfahrens erster Instanz, ZR 1999
- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz /Gottwald, Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aulf., München 2004
- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz, Zivilprosessordung, 10.Auflage, München 1969
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 16.,neubearbeitete Auflage, München 2004

- Rosenberg,Leo,Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse, ZZP 49, 1925
- Rüzgarkesen, Cumhur, Medenî Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013
- Sabır, Serkan, Cumhuriyet Savcısının Hukuk Davalarında Yer Alması, Ankara 2019
- Sağlam, Vedat/ Sağır, Murat/ Yücesoy, Erdinç, Olasılığa Giriş, Kavram-Tanım-Uygulama, Ankara 2018
- Saldırım, Mustafa: Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005
- Sancak,Yusuf/ Kıyak, Emre, Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ, Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, SÜHFD, C.22, S. 2, Y.2014
- Sarısözen, M.Serhat, Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü), Ejder Yılmaz Armağanı, C.2, Ankara 2014
- Sarısözen, Murat Serhat, Usûl Ekonomisi İlkesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Yansımaları, FÜHFD,C.1,S.1, İstanbul 2013
- Sarısözen, Murat Serhat, Medenî Usûl Hukukunda Soru Yöneltme ve Çapraz Sorgu, Ankara 2016
- Sarısözen, Murat Serhat, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, İstanbul 2005
- Schilken, Eberhard, Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü, çev. Nevhis Deren Yıldırım, İlkeler Işığında İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, Der. M.Kamil Yıldırım, İstanbul 2006

- Schilken,Eberhard, Zivilprozessrecht 5., neubearbeiteteAuflage Köln, Berlin, München 2006
- Schmidinger, Anton, DieeidlicheVernehmung der Partiennach dem Entwurfeiner Zivilprozessordung, vergleichen mit dem Parteieid der Reichzivilprozessordungund der österreicischenZivilprozessorung, Erlangen 1933
- Schmidt, R., Die ausserferichtlichen Wahrnehmungen des Prozessrichters, Sächs, Arch, Bd.2, 1892
- Schmidt,Eike, Der ZweckdesZivilprozessesundseineökonomie, Frankfurt 1973
- Schmidt,Eike, Partei und Amstmaxime im Zivilprozess, DRİZ 1988
- Schneider, Egon,Befangenheitsablehung des Richters im Zivilprozess, 2.Aufl., Bonn 2001
- Schreiber, Klaus, DieDispositionsgrundzats im Zivilprozess, Jura 1988
- Schumann, Ekkehard, Die Prozessökonomie als rechtsethies Prinzip, Festscrift für Karl Larenz zum 70.Geburstag, München 1973
- Selçuk, Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2017
- Sever, Ömer, Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007
- Shelton, Gregory, Don’t let the trerabyte you: new E-Discovery Amendments to the Federal Rules of çivil Procedure, 73 Defense Counsel Journal 324, 2006
- Simil, Cenk, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2013

- Simil, Cemil, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, DEÜHFD, C.16, y.2014
- Soner, Lütfü, Hukuk Davalarında Yemin, AD 1971
- Spickhoff, Andreas, Richterliche Aufkläurungpflicht und materielles Recht, Stuttgart 1999
- Spohr,Tilman, die richterliche Aufklärungspflicht (§139 ZPO) im zivilprozess, Diss., Göttingen 1969
- Stein, Friedrich., Das Privatewissen des Richters, Leipzig 1893
- Stein, Friedrich/ Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 12.Aufl, Tübingen 1925
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Zivilprozessordung, 22.bask.B.1, Tübingen 2005 (Stein/Jonas/Leipold)
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin/ Berger, Christian, Zivilprozessordung, 21. Auflage, 1999
- Sticken, Gunnar, Die Neue Materalle Prozessleitung (§139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, Diss. Kiel 2004
- Stürner, Rolf, Die richterliche Aufklarung im Zivilprozeβ, Tübingen 1982
- Stürner, Rolf, DieAufklärungpflicht Der ParteiendesZivilprozesses, Tübingen 1976
- Sungurtekin Özkan, Meral, Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medenî Yargılama Hukuku, Bilge Umar Armağanı Özel Sayı, DEÜHFD,C.11,2009

- Şahbaz, İsmail, Yargı Bağımsızlığı ve Hâkim Güvencesi Açısından Mesleki Sorunlar, Ankara 2010
- Şimşirgil, Ahmet/ Ekinci, Ekrem Buğra, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul 2008
- Tanrıver, Süha, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, Y.2004, S.33
- Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takiplerinin Dayanağı ve İcranın İadesi, Ankara 1996
- Tanrıver, Süha, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Makaleler I, Ankara 2005 (Sulhler)
- Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, C.I, Ankara 2016
- Tanrıver, Süha, Medenî Yargıda Bilirkişilik, Ankara 2016
- Tanrıver, Süha, Şartlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilmeyeceği Sonucu, BATİDER, s. 1998/2
- Taşkın, Âlim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005
- Taşkın, Âlim; Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar vermesi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, GÜHFD, C. 2, S. 1-2, Haziran- Aralık 1998
- Taşkın, Âlim, Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması (Fransız Tahkim Reformuna Dair Kararname ve Uluslararası Tahkim Kuralları ile Karşılaştırılması), Ankara 2019

- Taşpınar Ayvaz, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013
- Taşpınar, Sema, Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999
- Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001
- Tercan, Erdal, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenilmesi, s.4, MİHDER,C:7,S.18,2001 (Tercan, Aydınlatma)
- Tercan, Erdal, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), 1.Baskı, Ankara 2001
- Tercan, Erdal, Medeni Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans/ Reichold, Klaus, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz u.a., 28.Aufl., München 2007
- Topal, Ömer, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015
- Topuz, Gökçen, Medenî Usûl Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara,2012
- Toraman, Barış, Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde), Ankara 2017
- Tuluay, Metin, Usûle İlişkin Kazanılmış Hak, DÜHFD, 2 / 2 (Ekim 1984)
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2009
- Türkmen, Ali, Özel Hukuk Mahkemesinde Tahkikat Aşaması, Ankara 2016

- Uçakhan Güleç, Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 2017
- UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 yılında revize edilmiş şekliyle), çev. Ergun Özsunay, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2014
- Ulukapı, Ömer, Medenî Usûl Hukuku, 3.Baskı, Konya 2015
- Ulukapı, Ömer, Yargıtay Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukuna Hâkim İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C.VI, y.1998
- Ulutaş, Tevfik Barbaros, Adil Yargılanma ve Yargılamada Silahların Eşitliği Problemi, Ankara 2008
- Ulusoy, Erol, Modern Türk Hukukunun Oluşumu Ve Gelişimi (Aufbau Und Entstehung Des Modernen Türkıschen Rechts), (http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/Ulusoy.html, erişim tarihi 05.08.2019)
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 1.Basım, Ankara 2011
- Umar, Bilge: Türk Medenî Yargılama Hukukunun . Ana Kaynağı 1925 Tarihli Neuchâtel Yasası İle Onun Yerini Alan Yasa Arasında Karşılaştırma, YÜHFD, C. IV, S.1, Yıl 2019
- Üstündağ, Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967
- Üstündağ, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, Cilt1-2, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7.Baskı, İstanbul 2000
- Veziroğlu, Çetin, Çapraz Sorgu, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C.2, Ankara 2000

- Vollkommer, Max, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, Festshrift für Ekkehard Schumann, Tübingen 2001
- Wach, Adolf, VortrageüberdieReichscivilprozessordung, 2.Aufl,Bonn 1896
- Waldner, Wolfram, Der Anspruch auf rechliches Gehör, Köln/Berlin/Bonn/Müncchen, 198
- Walter, Gerhand, Frei Beweiswürdigung, Tübingen 1979
- Wassermann, Rudolf, Der Soziale Zivilprozess, Neuwies Damstadt 1978
- Werner, Fritz, Der Beruf des Richters, DRİZ 1958
- Wieser, E., Die Interventionswirkung, nach §68 ZPO, 22 P. 79
- Witzhum, Hermann, Die Falsche Parteiaussage der Partei nach Art.306 st.GB, Dis. Zurich 1974
- Woolf, Lord, Access to Justice- Report to the Civil Procedure Rules in England and Wales, Rn.30, http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap5.htm
- Wörterbuch der Rechts und Wirstschaftssprache, Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü, Osman Nazım Kıygı, Almanca- Türkçe, Münschen 1999
- Yalabık Teomete, Fulya, Devlet Yargılamasında Hâkimin, Milletlerarası Tahkimde Hakem Heyetinin Tanıkların Mahkemeye Çağrılmasında ve Sorgulanmasındaki Rolü, MiHDER, Y.2017, s.37
- Yalabık Teomete, Fulya, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016

- Yardımcı, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, Erzurum 2017
- Yargılama Sürecinde Kalite, Tüsiad, İstanbul 1998
- Yavaş, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009
- Yavaş, Murat, Mehaz Kanun İle Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Ve Hakimin Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007
- Yenisey, Feridun/ Ziyalar, Neylan, Çapraz Sorgu Teknikleri, http://ceza-makale.blogspot.com.tr/2006/10/capraz-sorgu-teknikleri.html; erişim tarihi 30.7.2016
- Yıldırım, M. Kâmil, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990
- Yıldırım, Kamil, Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilme İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler, SÜHFD,C.V,S.1-2
- Yılmaz, Ejder, Hakem Kararlarının Denetimi ,Makaleler (1973-2013) C. 2, Ankara 2014
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Cilt 1-2-3, Ankara 2017
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001
- Yılmaz, Ejder, Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2010
- Yılmaz, Ejder, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2012

- Yılmaz, Ejder, Usûl Ekonomisi, AÜHFD, Y.2008,c.57,S.1
- Yılmaz, Ejder, İstinaf, Ankara 2005
- Yılmaz, Ejder, Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nn Bu Konuda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi, Türkiye Bankalar Birliği, Ocak 2013
- Zettel, Günther, Der Beibringungsgrundsatz, seineStrukturundGeltung im deutschenZivilprozessrecht, Berlin 1977
- Zöller, Richard, Zivilprozessordung mit Gerichtsverfassunfsgesetz, 26.Aufl., Köln 2006

II- İnternet Kaynakları :

- www. kazanci.com.tr (Çalışmamızdaki tüm Yargıtay içtihatları bu siteden temin edilmiştir. Erişim son tarihi: 04.08.2019)
- https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html, erişim tarihi : 25.7.2019
- https://de.wikisource.org/wiki/Civilproze%C3%9Fordnung._Zweites_Buch#%C2%A7._464.,erişim tarihi 25.7.2019
- https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_Z.html, erişim tarihi : 25.7.2019
- www. sozluk.adalet.gov.tr/Deyn, erişim tarihi :1.8.2019
- http://ayseerkanihl.meb.k12.tr/meb_iys_dosyalar/34/06/752231/dosyalar/2018_04/16145200_25125215_MECELLE_ilk_100_MADDE_VE_TAM_METiN.pdf?CHK=a28e3b08af4f4e829bd136926f7760f1, erişim tarihi: 1.8.2019
- https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm, erişim tarihi 1.8.2019

- https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, erişim tarihi 5.7.2019
- https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1059705&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorInternetLogged=c3c3c3# (erişim tarihi :03.08.2019)
- www.notoku.com/olasilik-hesaplama, erişim tarihi :5.6.2019
- www.tdk.gov.tr, erişim tarihi :22.5.2016
- www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-turkish.pdf, erişim tarihi 19.5.2016
- www.web.itu.edu.tr/index_dosyalar>DERS5, erişim tarihi 25.6.2016

ÖZET

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan bir yargılamaya egemen ilke olarak çalışmamız içerisinde incelenmiştir. Hâkimin, tarihsel süreç içinde pasif bir konumdan etkin bir konuma geçişi ile birlikte, dava sürecinde eksiklik ve çelişkilere işaret eden, taraflarla yer yer kararını açıklamadan, tarafsız ve bağımsız konumunu yitirmeden müzakere eden bir hâkim modeli benimsenmiştir. Bu gelişmeler önce Kıta Avrupası Hukuk düzenlerinde kendisini göstermiş, daha sonradan da Anglo Sakson Hukuk sistemlerine geçmiştir. Özellikle, hâkim algısında nesnelleşmeyi ve Alman Hukuku'ndaki gibi algının ve aydınlatmanın belgelenmesini savunmaktayız. Çalışmamız sürecinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin Medenî Yargılama Hukuku'nun amacı ile bağlantısı tarihsel gelişimi, diğer egemen ilkeler ile ilişkisinden sonra, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamı, bu esastan, dilekçeler, beyanlar ve deliller üzerindeki durumu ile dava sürecindeki diğer yansımaları, ilkenin amacı, incelenmiştir. Özellikle, ispat ölçüsü ile hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilişkileri, öğretide tartışmalı olan avukatlı ve avukatsız davalarda ödevin durumu, sürpriz karar yasağı ile bağlantısı konuları ayrıntı ile değerlendirilmiştir. Son bölümde ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırları, ihlal edilmesi durumunda yasa yolları, hâkimin hukuki, cezai ve disiplin yönünden durum değerlendirilmiştir. Çalışmamızın sonuç kısmında ise tüm çalışma konusu kapsamında elde edilen çıkarımlar, görüşlerimiz ve yasada meydana getirilmesi halinde yararlı olacağını düşündüğümüz değişiklik önerisi sunulmaktadır.

SUMMARY

The case of the judge to illuminate the case, take part in Turkish Code of Civil Procedure at artical 31 as a sovereign principle. Is this study, we investigate about this subject, also we evaluate German, UK and American Law. The judge's role, in historical period, has changed by law makers, to passive to aktive behavior. In this role, the judge, points out to deficiencies and discrepancies; but he shall be in awareness about objectivity in case. In this status, the judge, negotiate about all facts, unless give opinion about his last decision. These system, firstly started in Continental Europe Law, then reverberated to Anglo Saxon Law. During our study, we assert as in German Law that, the Judge, should authenticate the work of illimination. In our studying process, we investigate and study about the relationship between the purpose of Civil Process Law and the case of the judge to illuminate the case; principle's historical period and evolution, the relationship between other sovereign principle's of procedure law, principle's content, effects on evidences and petitions, the goal of the principle and other reflections to the rules of Civil Procedure Law. Particularly, we investigate about measure of proof, the principle's status in cases which has been representated by lawyer or not. Also we evaluated the relationship between surprise decision in Case and the study issue. In the last part of our thesis, we studied about limits of stud issue principle, appeal ways, status of judge's about, legal, criminal and discipline rules. At he conclusion part, we submit the results which we obtained during our thesis and we put forth a proposal about change in Turkish Code of Civil Procedure at artical 31.