

II. OTURUM

HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI İLKESİ İLE HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ ARASINDAKİ İLİŞKİ^H

Yrd. Doç. Dr. Varol KARAASLAN*

ÖZET

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

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

ABSTRACT

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

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

GİRİŞ

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

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

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

I. Kavramlar

A) Hâkimin Tarafsızlığı

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

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

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

¹ Öden, s. 61.

² Taştan, s. 54.

³ Krş. Öden, s. 64; Ergül, s. 249; Taştan, s. 40 vd. Alman hukukunda da hâkimin tarafsızlığı Alman Medeni Usul Kanununda açıkça düzenlenmemiş olup, Alman Anayasası’nın hâkimin bağımsızlığını düzenleyen 97., hukuk devleti ilkesini düzenleyen 20., eşitlik ilkesini düzenleyen 3. ve kanunî hâkim ilkesini düzenleyen 102. maddelerine dayandırılmaktadır. Krş. Rensen, s. 111; Koch, s. 151.

⁴ Tanrıver, s. 198.

⁵ AİHM Langborger-Isveç kararı (İnceoğlu, s. 205, dn. 393).

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

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

⁶ İnceoğlu, s. 188.

⁷ Meyer-Ladewig, EMRK, m. 6, kn. 76.

⁸ Meyer-Ladewig, EMRK, m. 6, kn. 76.

⁹ İnceoğlu, s. 190.

¹⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 40.

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

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

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

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

¹¹ Koch, s. 150.

¹² AYM E. 2001/309, K. 2002/91 T. 15.10.2002, 12.12.2003 tarih ve 25314 sayılı RG.

¹³ AYM E. 2005/55 K. 2006/4 T. 05.01.2006, 20.11.2007 tarih ve 26706 sayılı RG.

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

B) Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ Krş. **Yılmaz**, Islah, s. 67.

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

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

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

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

II. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Kapsamı

A) Maddî Vakıalar Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

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

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

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

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

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

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

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

²² **Alangoya**, Dava Temeli, s. 286.

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

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

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

²³ Yargıtay HGK E. 1960/6-56 K. 1960/38 T. 14.9.1960 (**Kuru**, Usûl, C. II, s. 1719).

²⁴ Krş. Alangoaya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 238.

²⁵ Krş. Alangoaya, İlkeler, s. 108; **Tercan**, Tarafların Dinlenmesi, s. 29.

²⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 375; **Tercan**, Tarafların Dinlenmesi, s. 29.

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

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

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

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

²⁸ Dittmar, s. 56; Laumen, s. 218.

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

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

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

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

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

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

³⁰ Peters, s. 116 vd.; benzer görüşte MüKo ZPO/Wagner, m. 139, kn. 22 vd., 37.

³¹ Musielak/Stadler, m. 139, kn. 9; Rensen, s. 180 vd.

³² Krş. Kuru, Usûl, C. II, s. 1721.

³³ Nowak, s. 71.

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

Geçerlilik kazanması için irade beyanında bulunulmasını gerektiren itiraz sebeplerine bakılacak olursa, burada da öncelikle “yenilik doğuran hak” kavramına değinmek yerinde olacaktır. Özel bir hukukî duruma istinaden hak sahibine tek taraflı irade beyanında bulunarak hukukî bir sonuç meydana getiren yetki yenilik doğuran hak olarak adlandırılmaktadır. Bu haklar, sahibine, bir hukukî ilişkiyi kurma (kurucu yenilik doğuran hak), üzerinde değişiklik yapma (değiştirici yenilik doğuran hak) veya ortadan kaldırma (bozucu yenilik doğuran hak) imkânı vermektedir.³⁵ Kural olarak yenilik doğuran hakların kullanılabilmesi için bir dava açmaya gerek yoktur. Bu durumda, yenilik doğuran hakların şartları gerçekleşmişse, diğer tarafa ulaşması gerekli bir irade beyanı ile bu haklar gerçekleşir. Ancak, karşı tarafın yenilik doğuran bir beyanın geçerliliğine ilişkin itirazı varsa, bu hakkı kullanmak isteyen kişi bir tespit davası açabilir.³⁶ Konumuzla ilgili olan yenilik doğurucu haklar bozucu yenilik doğurucu haklar olan fesih, rücû ve iptaldir. Fesih, geçerli olarak kurulmuş bir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir nedenle ileriye etkili olmak üzere sona erdirilmesi (örneğin kira sözleşmesinin, kira ilişkisinin devamını taraflardan birisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda feshedilmesini düzenleyen TBK m. 331); sözleşmeden dönme, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması (satış sözleşmesinde, satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcının temerrüde düşmesi halinde satıcının sözleşmeden dönebileceğine ilişkin TBK m. 235/1); iptal ise, sözleşmenin geçerlilik unsurlarının tarafların yararı için arandığı durumlarda, bunların eksikliğinin belli bir süre içinde taraflarca ileri sürülmesi³⁷ (örneğin gabinde zarar görenin sözleşme ile bağlı olmama hakkını düzenleyen TBK m. 28, sözleşme kurulurken esaslı hataya düşen tarafın iptal hakkını düzenleyen TBK m. 30) anlamlarına gelmektedir.³⁸ Alman hukukunda

³⁴ Stürmer, kn. 76; Schelhammer, kn. 416.

³⁵ Oğuzman/Barlas, kn. 555 vd.; von Tuhr, s. 23.

³⁶ Von Tuhr, s. 25; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 470.

³⁷ 6098 sayılı TBK'da “bağlı olmama” olarak ifade edilmiştir.

³⁸ Kılıçoğlu, s. 87 vd.

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

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

a) Takas Bakımından Değerlendirme

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

³⁹ Stürmer, kn. 77; Musielak/Stadler, m. 139, kn. 9.

⁴⁰ Hermisson, s. 2561; Peters, s. 134; Laumen, s. 221.

⁴¹ Hermisson, s. 2561.

⁴² Peters, s. 134; Nowak, s. 72; Laumen, s. 221; MüKo ZPO/Wagner, m. 139, kn. 36.

⁴³ Oğuzman/Öz, s. 120.

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 584.

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

b) Zamanaşımı Bakımından Değerlendirme

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

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 538.

⁴⁶ Peters, s. 87; Stein/Jonas/Leipold, m. 139, kn. 54; Prütting/Gehrlein/Mannebeck, m. 42, kn. 31; Reischl, s. 113.

⁴⁷ Bu görüşte **MüKo ZPO/Wagner**, m. 139, kn. 36; **Laumen**, s. 221; **Nowak**, s. 72.

⁴⁸ Hermisson, s. 2561.

⁴⁹ Schelhammer, kn. 416.

⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 845.

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

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

⁵² **Oğuzman/Öz**, s. 603.

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

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

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

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

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

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

⁵⁶ Krş. Meriç, Zamanaşımı, s. 687 vd.

⁵⁷ Krş. Yılmaz, Şerh, s. 415.

B) Deliller Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

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

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

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

⁵⁸ **Yılmaz**, Şerh, s. 362 vd.

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

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

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

⁶⁰ Alangoya, İlkeler, s. 168 vd.

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

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

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

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

⁶⁵ Alangoya, İlkeler, s. 175; aynı yazar, Dava Temeli, s. 293 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 290.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise, Yargıtay'ın HUMK m. 75/3'ü gerekçe göstererek, dava dosyasına usûlüne uygun biçimde girmiş olan belgelerde adı geçenlerin, mahkemece, kendiliğinden tanık olarak dinlenebileceğine ilişkin kararlar verdiği görülmektedir.⁶⁶ Hukukî uyuşmazlıkla ilgili olarak düzenlenmiş tutanaklar, dava dosyasına usûlüne uygun bir şekilde iddia ve savunma vasıtası olarak girmiş olmaları kaydıyla uyuşmazlığın aydınlatılması için mahkemece getirilmelidir. Bunun için tarafların istekte bulunmuş olması şart değildir.⁶⁷ Yine bir senedin sahteliğinin iddia edilmesi durumunda, senette tanık olarak imzası bulunan kimseler mahkemece re'sen dinlenebilir.⁶⁸ Yani, yargılamaya usûlüne uygun bir şekilde sunulmuş iddia ve savunma vasıtalarında, re'sen başvurulacak delillere işaret eden dayanak noktaları mevcutsa, hâkim bu delillere re'sen başvurabilecektir. Dosyadan anlaşılamayan delillere ise hâkimin re'sen başvurusu mümkün olmayacaktır. Davacı ve davalının sunduğu deliller hukukî uyuşmazlığı çözmeye yetmiyorsa, hâkim, iki tarafın iddia sınırları içinde kalmak kaydıyla gerekli olan delillerin gösterilmesini isteyebilir.⁶⁹ Taraflar, iddia ettikleri vakıalar hakkında eksik delil göstermişlerse, hâkimin müdahalede bulunarak delillerin tamamlanmasını istemesi gerekir.⁷⁰ Yargıtay bir başka kararında, taraflara delillerinin sorulmamasını ve delil ibraz etmeleri imkânı tanınmamasını savunmayı

⁶⁶ Yargıtay 4. HD E. 2002/7810 K. 2002/12411 T. 06.11.2002 (Kazancı); Yargıtay 4. HD E. 2003/2424 K. 2003/6935 T. 26.5.2003 (Kazancı).

⁶⁷ Yargıtay 4. HD E. 2003/2424 K. 2003/6935 T. 26.5.2003 (Meşe İctihat). Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasıyla açılan bir manevî tazminat davasında, davalının bu konuda bir talebi olmasa da, haberin dayanağı olduğu anlaşılan MİT raporunun getirilmesi gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 4. HD E. 2000/11832 K. 2000/10914 T. 30.11.2000 (Hukuktürk). Burada bugünkü uygulama bakımından akla HMK m. 195 gelmektedir. Ancak bu madde metninden, ilgili resmî makam ve üçüncü kişilerin ellerinde bulunan delillerin getirilmesine karar verilmesi için tarafların bu delillere dayanmış olmaları gerektiği anlaşılmaktadır.

⁶⁸ Yargıtay 13. HD E. 1979/3947 K. 1979/4118 T. 12.10.1978 (**Kuru**, Usûl, C. II, s. 2136, dn. 206). Kıdem tazminatına ilişkin bir davada davalı tarafından ibraz edilen ibranamenin altında imzası bulunan kişilerin tanık olarak dinlenmesi gerektiği hakkında bir karar için bkz. Yargıtay 9. HD E. 2001/797 K. 2001/13909 T. 18.9.2001 (Hukuktürk).

⁶⁹ Alangoya, İlkeler, s. 175 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 290; Yılmaz, Şerh, s. 362 vd.

⁷⁰ Yargıtay 18. HD Kat Mülkiyeti Kanunu'na ilişkin bir davada, ortak yerlerden olan kapıcı dairesinde oturan kişinin kim olduğu, kapıcılık hizmeti verip vermediği, onunla kira sözleşmesi yapıp yapılmadığı ve kira bedeli alınıp alınmadığı hususlarının araştırılmadığı, davaya konu taşınmazın kapıcı dairesinde oturan kişinin usûlüne uygun olarak çalıştırılan kapıcı veya kira akdine dayalı kiracı mı olduğu hususlarının taraflardan delilleri sorulup araştırılarak hüküm verilmesi gerektiğine karar vermiştir (E. 2009/7318 K. 2010/522 T. 25.1.2010, Meşe İctihat). Ölüncüye kadar bakma akdine dayanan bir davada, ancak kendi borcunu yerine getiren bakma sorumlusunun sözleşmeyi yerine getirmeyi istemek hakkı olacağına, bu nedenle bakma borcunun yerine getirildiği hakkında davacıdan delil istenmesi gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 14. HD E. 1974/504 K. 1974/493 T. 13.3.1974 (Meşe İctihat). Sunulan delillerin davacının dayandığı tapunun neresi kapsadığını tespit etmeye yetecek nitelikte olmaması halinde, davacıdan şahitleri ve başka delilleri sorularak tapunun nereye ait olduğunun tespit edilmesi gerektiği hakkında bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK E. 1951/118, K. 1951/115 T. 11.7.1951 (**Umar**, s. 429).

kısıtlayan ve hükmün sonucunu etkileyen önemli bir usûl hatası olarak nitelendirmiştir.⁷¹ Yine hangi delillerin gösterildiği konusunda “ve sair deliller”, “diğer kanunî deliller” gibi ifadeler nedeniyle belirsizlik bulunuyorsa, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu belirsizliğin giderilmesi için taraflardan hangi delillere dayandıkları konusunda açıklama yapmalarını istemesi gerekir. Ancak, bu durumda hâkim, tarafa özellikle yemin deliline başvurabileceğini hatırlatmalıdır.⁷²

İspat yükü kendisine düşmeyen tarafça da iddia edilen vakianın aydınlatılması için delil gösterilmiş ve gösterilen deliller ile vakıalar yeteri kadar aydınlanmışsa ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, gösterilen deliller iddia edilen vakıalar hakkında hâkime tam bir kanaat vermemişse, ispat yükünün kimde olduğunun tespiti önem arz edecektir.⁷³ Bu durumda hâkim, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü açıklamalı ve o taraftan uyuşmazlık konusu vakıayı ispat etmesini istemelidir.⁷⁴ Hâkim, ispat yükünü yanlış tespit etmiş ve yargılama devam ederken bu hatasını anlamışsa, hangi tarafın hangi vakıayı ispat etmesi gerektiğini taraflara bildirmeli, bu konuda tarafları uyarmalıdır. Çünkü ispat yükünün yanlış tespit edilmiş olması bir usûl hatasıdır.⁷⁵ Yargıtay bir kararında, yapılan bir basın açıklaması nedeni ile kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu iddiasıyla açılan bir manevî tazminat davasında, kişilik haklarına saldırı içeren sözlerin davalılar tarafından söylenip söylenmediği konusunda ilk derece mahkemesinin hiç bir delil toplamadığını, hâlbuki HUMK m. 75/3 gereği hâkimin bir vakianın

⁷¹ Yargıtay 2. HD E. 2000/5003 K. 2000/6679 T. 22.5.2000 (Hukuktürk).

⁷² Örneğin Yargıtay 13. HD E. 2004/10203 K. 2005/1185 T. 01.2.2005 (Kazancı); Yargıtay 15. HD E. 2010/5473 K. 2011/6415 T. 02.11.2011 (Kazancı). **Kuru**, HUMK bakımından bu uygulamayı doğru bulmaktadır. Yazara göre, iddiasını veya savunmasını başka delillerle ispat edememiş tarafa yemin teklif etme hakkının hatırlatılması gereklidir. Çünkü taraflar iddialarını önce başka delillerle ispatlamaya çalışırlar. İspat edemezlerse, son çare olarak başarı şansı çok düşük olan yemin deliline başvurmak istenmesi, tarafın iddia veya savunmasını ispat etmeye çalışmasındaki davranışına dâhildir (**Kuru**, Usûl, C. II, s. 2503; sonuç olarak benzer görüşte **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 346). **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, sadece tarafların göstermesi durumunda başvurulabilecek delillere bu şekilde başvurulmasının ne HUMK ne de HMK bakımından mümkün olduğu kanaatindedir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 506 vd.; HMK bakımından benzer şekilde **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 407).

⁷³ **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1972 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 354 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 310; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 676 vd.

⁷⁴ **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1973 vd. Haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat davasında zarar görenin ancak haksız fiil nedeniyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlularından isteyebileceğine, karşı taraftan tahsili istenen tazminatın bir bölümünün davacının kendi çalıştırdığı işçilere ve araç sürücülerine ödediği ücretler ile araçların yakıt giderlerine, bir başka deyişle genel idare giderlerine ilişkin olduğunun anlaşıldığına, hâlbuki bu giderler kural olarak haksız fiil meydana gelmeseydi dahi yapılacak giderler olduğuna, bu nedenle eğer hasarın giderilmesi için özel olarak bu giderler yapılmış ise mahkemenin bunların kanıtlanması için davacı tarafın delillerini sorup saptaması gerektiğine ilişkin bir karar için bkz. Yargıtay 7. HD E. 2009/8423 K. 2010/1773 T. 30.3.2010 (Meşe İhtihat).

⁷⁵ **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1974, dn. 19.

ispatlanamamış olması durumunda, ispat yükü kendisine düşen tarafa başkaca delili olup olmadığını sorması gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁶

Senetle ispatı gereken bir hukukî işlem hakkında ispat yükü kendisine düşen taraf tanık deliline başvurmuşsa, hâkimin karşı tarafa senetle ispat zorunluluğunu hatırlatarak tanık dinlenmesine muvafakat edip etmediğini sorması gerekir (HMK m. 200/2). Eğer ortada bir delil başlangıcı bulunuyorsa (HMK m. 202) veya somut olayda senetle ispat zorunluluğunun istisnaları mevcutsa (HMK m. 203), hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa tanık dinletme hakkı olduğunu hatırlatması gerekir.⁷⁷

⁷⁶ Yargıtay 4. HD E. 1998/7013 K. 1998/10038 T. 10.12.1998 (Hukuktürk). Belirtmek gerekir ki, kararda yer alan "Her ne kadar taraflarca, tanık listesi verilmemiş ise de, davacının kanıtları arasında "vs. deliller" demek suretiyle, tanıkların da delil olarak sunulabileceği kabul edilmek gerekir. Özellikle somut olayın durumu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 75. maddesi de dayanak yapılmak suretiyle bu yola başvurmayı gerekli kılmaktadır. Öte yandan dava basın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı olup, bir kamu görevlisinin görevini yöntemine uygun yapmadığı olgusuna dayanmaktadır. Böyle bir yayın ve olgu, taraflarla birlikte özellikle kamuyu yakından ilgilendirmektedir. Kamu görevlisinin kişiliğinin bilinmesi, kamuyu yakından ilgilendirmektedir. Çünkü bunda yararı vardır. Kamu yararının bulunduğu hallerde de, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 75/3 maddesi uyarınca hareket edilmesi zorunludur" ifadeleri ne HUMK ne de HMK sistemine uygundur. Çünkü her iki kanunda da dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi benimsenmiştir. Şahsî bir hakkın söz konusu olduğu bir manevî tazminat davasında "kamu görevlisinin görevini yöntemine uygun yapmadığı" olgusuna dayanılarak kamu yararından da söz edilemez. Ayrıca, taraf egemenliği ilkesini benimsenmiş bir hukuk yargılaması sisteminde, hâkimin re'sen başvurabilecekleri hariç olmak üzere, tarafların başvurulmasını istedikleri delilleri usûlüne uygun bir biçimde mahkemeye bildirmeleri gerekmektedir. Somut olayda tanık listesi dahi verilmemiş olmasına rağmen mahkemenin re'sen tanık deliline başvurması taraflarca getirilme ilkesinden ziyade kendiliğinden araştırma ilkesini çağrıştırmaktadır.

⁷⁷ Davacının, damadı ile birlikte adi ortak olarak birlikte inşaat yaptıklarını, davalının ortaklığı inkâr ettiğini ileri sürerek, adi ortaklığın tespitine ve maddî tazminata ilişkin açtığı dava, ilk derece mahkemesince, adi ortaklığın yazılı delillerle ispat edilemediği, bu nedenle dinlenen tanık beyanlarına da itibar edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiş, Yargıtay, taraflar arasındaki akrabalık ilişkisi nedeniyle tanık beyanlarının dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur (Yargıtay 13. HD E. 2005/17906 K. 2006/2004 T. 20.2.2006, Hukuktürk). Bu kararda dikkat çeken nokta, ilk derece mahkemesinin bir taraftan hukukî uyumsuzluğun senetle ispat edilmesi gerektiği düşüncesinde olması, öte taraftan ise tanık dinlemesidir. Senetle ispatı gereken bir hususta karşı tarafın da rızası bulunmuyorsa tanık dinlenmesi mümkün değildir. Bir diğer davada, davacı, ev eşyalarının davalı tarafından taşınması sırasında personelin dikkatsiz ve özensiz davranması sonucu eşyalarda hasar meydana geldiğini ileri sürerek, zararın tahsili istemiyle dava açmış, davalı, davacı ile aralarında taşımaya ilişkin bir sözleşme bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir. İlk derece mahkemesi, taraflar arasında yazılı nakliye sözleşmesi bulunmasa da, sözleşmenin varlığının tanık beyanları ile ispatlandığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Yargıtay, taşıma sözleşmesinin varlığının HUMK'un 288. maddesi gereğince tanık dinletme konusunda karşı tarafın açık muvafakatı bulunmuyorsa senetle ispat edilebileceğini, yine HUMK'un 203/4. maddesinde "halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muamelelerde" tanık dinlenebileceğini, bu hüküm gereğince mahkemece hukukî işlemin yapıldığı yerde dava konusu taşımaya yapıldığı dönemde şehir içi evden eve nakliyatlarında yazılı sözleşme yapılmaması konusunda teamül olup olmadığı araştırıldıktan sonra tanık dinlenebileceğine hükmetmiştir (Yargıtay 11. HD E. 2005/1417 K. 2006/1277 T. 13.2.2006, Hukuktürk). Bu davada da görüldüğü gibi, mahkeme, öncelikle tanıkla ispatın mümkün olup olmadığını tespit etmeli, bunun için gerekirse o hukukî işlemin şimdi HMK m.

Yargıtay kararlarında açıkça belirtildiği üzere, mahkeme, hangi vakıaların ispatı için delil gösterileceğini ve gösterilen delillerin neler olduğunu tespit ettikten sonra, taraflardan delillerini göstermelerini istemelidir. Mahkemece hangi delillerin ibraz edileceği açıklanmadan, soyut bir ifadeyle delillerin bildirilmesinin istenmesi yetersizdir. Delil ibrazı için mahkemece verilen sürenin de, istenilen delillerin ibrazını temine uygun, elverişli bir süre olması gerekir.⁷⁸ Mahkemece ispat yükü kendisine düşen davacıya yalnız “bütün delillerini getirmesi” şeklindeki ara karar gereğince kesin süre verilmiş olması ve bu ara kararın gereğinin yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması doğru değildir.⁷⁹ Yine, kıdem tazminatına ilişkin bir davada, feshin haklı bir fesih olup olmadığının tespiti bakımından mahkemeye sunulan ve bir kısmında davacının imzasının bulunmadığı aylık ücret bordrolarının ne ölçüde gerçeği yansıttığı araştırılmalı ve bu şekilde istifa tarihine kadar davacıya ait ücretlerin ödenip ödenmediği tespit edilmelidir. Ayrıca, mahkemece istifa belgesinin aslı da celp edilmelidir.⁸⁰

HMK m. 119/1 b. f'ye göre, dava dilekçesiyle davacı iddia edilen her bir vakanın hangi delillerle ispat edileceğini, m. 129/1 b. e'ye göre de, cevap dilekçesiyle davalı, savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakanın hangi delillerle ispat edileceğini bildirmelidir. HMK m. 31'de de, aydınlatma ödevinin bir parçası olarak, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü

203/1 b. l'de düzenlendiği üzere senede bağlanmamasının teamül olarak yerleşmiş bulunup bulunmadığını saptamalı, böyle bir teamülün varlığı ortaya çıkmışsa aydınlatma ödevi gereği tarafa tanık dinletebileceğini hatırlatmalıdır.

⁷⁸ Yargıtay 13. HD E. 2002/13515 K. 2003/1964 T. 27.2.2003 (Meşe İçtihat); Yargıtay 13. HD E. 2001/12918 K. 2002/2272 T. 08.3.2002 (Meşe İçtihat). “Belirtilmelidir ki, kanıtlama yükü kendisine ait olan tarafın, o yolda delil bildirmekten vazgeçmiş ve dolayısıyla iddiasını kanıtlayamamış olduğunun kabul edilebilmesi için, mahkemece kendisine bu konuda açık, tüm yükümlülükleri gösteren kesin bir sürenin verilmiş olması, vekille temsil edilse dahi, verilen kesin sürede bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde usûl hukuku açısından doğacak sonuçların da açıklanıp ihtar edilmesi ve buna rağmen o tarafın kesin süre içerisinde uygun delillerini bildirmemiş olması gerekir. Eş söyleyişle, salt, o tarafın belirli bir delile dayanmadığı ve o delilin toplanmasına gerek bulunmadığı şeklindeki beyanları esas alınarak, bu beyanlar karşısında, verilse bile kesin sürenin sonuçsuz kalacağı varsayımından hareket edilemez... Böyle durumlarda mahkemece yapılması gereken iş; kanıtlama yükünün kendisine ait olduğu usûl hukuku kuralları çerçevesinde tespit edilmiş olan tarafa, öncelikle bu yükümlülüğü çerçevesinde hangi tür kanıtları sunabileceği bildirilip, varsa bu nitelikteki delillerini bildirmesi için gerektiğinde kesin süre vermek; bu süre içerisinde kanıtların bildirilmesi durumunda ise, bunların toplanması için yatırılması gereken masraf tutarını kalemler halinde tek tek açıklamak; masraf yatırılması konusunda yine gerekirse kesin süre vermek, ayrıca, verilen kesin sürede masrafların ödenmemesi durumunda usûl hukukunun buna bağlayacağı sonuçları açıklayıp, ihtar etmektir. İlgili taraf, ancak mahkemenin bütün bu usûlî gerekleri yerine getirmesine rağmen, uygun tutumu benimsemediği takdirde bunun sonuçlarından sorumlu tutulabilir.” (Yargıtay HGK E. 2003/13-536 K. 2003/558 T. 08.10.2003, Hukuktürk).

⁷⁹ Yargıtay 1. HD E. 1977/1764 K. 1977/1788 T. 25.2.1977 (Kuru, Usûl, C. II, s. 2025).

⁸⁰ Yargıtay 9. HD E. 2002/1169 K. 2002/9215 T. 29.5.2002 (Meşe İçtihat).

hususlar hakkında, taraflardan delil gösterilmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, delillerin eksik bildirilmiş olduğunu veya hangi vakianın hangi delille ispatlanacağı konusundaki somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğini tespit eden hâkimin bu eksikliklerin tamamlanması için taraflara makûl bir süre vermesi yerinde olacaktır.⁸¹

Tahkikat aşamasında da iddia edilen ve ispatı gereken vakialara ilişkin yeni deliller elde edilebileceği için, HMK m. 145 sonradan delil gösterilmesine belli şartlar altında izin vermiştir. Burada taraflar, hâkimin izni ile yeni deliller göstermektedir. Dikkat edilecek olursa, bu madde kapsamında gösterilecek delillerin tarafların dilekçeler aşamasında bildirdikleri deliller olması şart değildir. Taraflar böylece tahkikat aşamasında da HMK m. 145'teki şartlar yerine geldiyse her türlü yeni delili ileri sürebileceklerdir.⁸² Bu şekilde yeni delil sunulabilmesi hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir.⁸³

Her ne kadar davanın ispatı için delil ikamesi gerekiyorsa hâkimin bunları taraflara açıklayarak süre vermesine ilişkin HUMK m. 217/2 hükmü HMK'da bulunmamakta ise de, HMK m. 31 hâkimi, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda delil gösterilmesini istemekle yükümlü kılmıştır. Kanaatimce yalnızca hâkimin taraflardan yeni delil göstermelerini istemesi değil, aynı zamanda hangi vakıaların ispatı için delil gösterilmesi gerektiği ve bu vakıaların ispatının hangi delillerle olabileceği konularında tarafların aydınlatılması, delillerin ibrazı için yeterli sürenin tanınmış olması ve ibraz edilen deliller arasında çelişki bulunması durumunda bu çelişkinin giderilmesine işaret edilmesi de hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamı içinde ele alınmalıdır.

Dava dosyasına usûlüne uygun bir şekilde girmiş bulunan bilgi ve belgelerden anlaşılabilir, taraflarca getirilme ilkesine tâbi bir davada kişilerin hâkim tarafından re'sen tanık olarak davet edilmelerinin ise mümkün olmadığı kanaatindeyim.⁸⁴ Bu şekilde tanık deliline başvurmanın HMK m. 25/2'de yer alan "Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz" hükmüne de aykırılık oluşturacağı fikrindeyim. Belirtmek gerekir ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimin esasen hangi durumlarda bir delile re'sen başvurabileceği veya taraflarca gösterilen bir delile hâkim

⁸¹ Krş. **Umar**, s. 353 vd.; **Karşlı**, s. 564; **Erdönmez**, s. 21.

⁸² Krş. **Yılmaz**, Şerh, s. 906. Benzer bir düzenlemenin yer aldığı HUMK'un 244. maddesi şöyleydi: "İkame ve beyan olunan delillerin tamamen istima ve tetkikinden sonra iki yüz yirmi birinci madde hükmüne tevfikân ayrıca tahkikat icrasına karar verilmeyen meselelerde iki taraftan her biri yeni delil ibraz ve ikamesini isteyebilir. Hâkim muvafık görürse bu talebi kabul eder."

⁸³ Bkz. HMK m. 145'e ilişkin Hükümet Gerekçesi.

⁸⁴ HMK bakımından da, hâkimin dava dosyasındaki bilgilerden olayla ilgili olduğu anlaşılan kişileri tanık olarak dinleyebileceği görüşü için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 364; **Erdönmez**, s. 51.

tarafından başvurulmasının gerekli olup olmadığını belirleyen bir müessese değildir.⁸⁵ Aydınlatma ödevi, daha ziyade, ispatı gereken bir vakıya ilişkin delil ibraz edilmemiş olması, ikame edilen delillerin yetersiz veya çelişkili olması ya da delillere nasıl ulaşılabileceğine ilişkin bilgilerin eksik olması durumunda, bir de, ispat yükünün kime düştüğü noktasında önem arz edecektir. Ancak, tarafların hâkimce re'sen başvurulacağı beklentisinde oldukları bir delile hâkim başvurmak niyetinde değilse, bu durumun taraflara bildirilmesi aydınlatma ödevinin gereği olarak ele alınabilir.⁸⁶

Bütün bunların sonucunda, deliller bakımından aydınlatma ödevinin gereği olarak, hâkimin, uyumsuzluğun aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda taraflardan delil göstermelerini isteme yetkisi bulunmaktadır. Ancak iki tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda geçerli olan taraflarca getirilme ilkesi gereği hâkim bazı delillere re'sen başvuramayacaktır. Hâkim, sadece kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda tüm delillere re'sen başvurabilecektir.⁸⁷ Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından dosyaya usûlüne uygun bir şekilde sunulmuş bilgi ve belgelerden anlaşılan ancak tarafların dayanmadıkları delillere hâkimin re'sen başvurabileceği şeklinde bir istisna Kanunda mevcut değildir. Hâkim, yalnızca, bu bilgi ve belgelerden anlaşılan delillere başvurmak isteyip istemediğini taraflara sormalı, söz konusu delilleri yargılamaya dâhil etmek konusundaki karar taraflara ait olmalıdır. Bu, tarafların sunduğu delillerle iddia ve savunmanın net bir biçimde kanıtlanamamış olması durumunda aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Kuşkusuz, burada belirleyici olan, iki tarafın iddia ve savunma sınırları içerisinde bu faaliyetin yürütülmesidir.⁸⁸

Sonuç olarak, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda da, hukukî uyumsuzluğun aydınlatılması ve adalete uygun bir karar verilebilmesi için hâkim taraflardan delil göstermelerini isteyebilecektir.⁸⁹ Ayrıca, deliller

⁸⁵ Nitekim Alman hukukunda da, bu konuların Alman Medenî Usûl Kanunu'nun hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin 139. maddesinin düzenleme alanı içerisinde olmadığı belirtilmektedir, bkz. **Stein/Jonas/Leipold**, m. 139, kn. 46.

⁸⁶ Stein/Jonas/Leipold, m. 139, kn. 46.

⁸⁷ Bu konuda yanlış bir karar için bkz. Yargıtay 22. HD E. 2011/947 K. 2011/2762 T. 13.10.2011 (**Yılmaz**, Şerh, s. 361). Yargıtay bu kararında, işe iade davasında iş sözleşmesinin fesih sebebi olarak gösterilen, işçi hakkında şikâyetle bulunan kişinin ifadesine hâkim tarafından başvurulmamış olmasını bozma nedeni saymış, bu kararını hâkimin olayı aydınlatma ödevi bulunduğu gerekçesine dayandırmıştır. Hâlbuki hâkimin olayı aydınlatma ödevi şeklinde bir ödevi bulunmamaktadır. Bir tanığın ifadesine hâkim tarafından re'sen başvurulması ise hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gereği değildir. Bu, sadece kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olabilir. İşe iade davalarında da taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu hakkında bkz. **Aktepe**, s. 81 vd.

⁸⁸ Krş. **Yılmaz**, Şerh, s. 362 vd.

⁸⁹ **Yılmaz**, Şerh, s. 362.

arasında bulunan çelişkilere işaret etmek⁹⁰ ve ispat yükünün hangi tarafta olduğunu belirleyerek bunu taraflara bildirmek de hâkimin davayı aydınlatma ödevinden kaynaklanan diğer görevleridir. Bir diğer husus da, ispat konusunda karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin, hangi vakıaların ispatlanması gerektiği, ispat yükünün kime ait olduğu ve şimdiye kadar ikame edilen delillerle bir vakıanın ispatlanıp ispatlanmadığı konusundaki görüşünü taraflarla paylaşması sonucu, bu konuda mahkemeden farklı bir kanaate sahip olan taraf belli bir vakıanın ispatlanması gerektiği, ispat yükünün kendisinde olduğu veya gösterdiği delillerin o vakıanın ispatı için yeterli görülmediğini öğrenerek buna göre yargılamaya devam edecek, gerekirse yeni deliller ikame etmek isteyecektir. Böylece taraflar, mahkemenin bu konudaki kanaatinden yargılamanın bitiminde değil, dava devam ederken haberdar olacaklardır. Sonuç olarak, davayı kazanmak bakımından, tarafın veya vekilinin, bir vakıanın ispatının gerekli olup olmadığı veya mahkemenin delilleri nasıl değerlendirdiği konusundaki tahmin yeteneği değil, o tarafın haklı olup olmadığı belirleyici olacaktır.⁹¹ Bütün bunlar için hâkim taraflarla hukukî müzakerede bulunarak kendi hukukî değerlendirmeleri konusunda tarafları bilgilendirmelidir.

C) Talep Sonucu Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından biri de talep sonucudur (HMK m. 119/1 b. ğ). Bu nedenle, davacı talebinin ne olduğunu açıkça belirtmelidir. Mahkeme de hüküm verirken bu talebi dikkate almak zorundadır.⁹² Buradan anlaşılacağı üzere talep sonucunun açık ve anlaşılır olması davacının sorumluluğunda olan bir husustur. Ancak talep sonucundaki eksiklik, belirsizlik ve çelişkiler hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile

⁹⁰ Bir tescil davasında, ilk derece yargılamasında yerel bilirkişi ile davacının gösterdiği tanıklar dava konusu taşınmazın özel mülkiyet konusu yerlerden olup, tarım arazisi durumunda bulunduğunu, davalı Hazine tanığı ise, dava konusu taşınmazın eskiden mera niteliği taşıdığını, buraya davacı tarafından daha sonra ağaç dikilmiş olduğunu beyan etmiş, Yargıtay 8. HD E. 1986/9922 K. 1986/10333 sayı ve 28.10.1986 tarihli kararında, şahit beyanları arasındaki aykırılığın giderilmesi için HUMK'un 378. maddesi uyarınca tanıkların çağrılıp yeniden dinlendikten sonra karar verilmesi gerektiğine hükmetmiş, yerel mahkemenin direnme kararı üzerine dosya önüne gelen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Özel Dairenin bozma kararını haklı bulmuştur (Yargıtay HGK E. 1987/8-390 K. 1987/875 T. 25.11.1987, Kazancı). Bir hizmet tespit davasında, hükme esas alınan kurum kayıtları, vergi kayıtları, işyeri kayıtları, işyerinden verilen bordrolarda dava edilen dönemde çalışmış bordro tanıkları ile komşu işyeri tanıkları arasındaki çelişki giderildikten sonra karar verilmesi gerektiği hakkında bir karar için bkz. Yargıtay 10. HD E. 2004/13250 K. 2005/2948 T. 21.3.2005 (Meşe İçtihat); kamulaştırma bedelinin artırılması davasında Belediye Başkanlığı ile Tapu Sicil Müdürlüğünden gelen yazılar arasındaki çelişkinin giderilmesi hakkında bir karar için bkz. Yargıtay 18. HD E. 2002/6064 K. 2002/6759 T. 12.6.2002 (Meşe İçtihat).

⁹¹ Spohr, s. 154 vd.; Laumen, s. 197.

⁹² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 284 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 508 vd.; Pekcanitez, Belirsiz Alacak, s. 13 vd.

giderilmelidir.⁹³ Örneğin, kiralayanın kira bedeline ilişkin açtığı bir davada, davanın kira bedelinin tespiti davası mı, yoksa kira alacağı için açılan bir eda davası mı olduğu belli değilse, hâkim, davacıya bu hususu açıklattırmalıdır.⁹⁴

HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde doktrinde hayat olayı ile uyumlu olmayan talep sonucunun değiştirilmesi konusunda hâkimin bir görevi olmadığı,⁹⁵ bunun hem davayı değiştirme ve genişletme yasağına aykırılık teşkil edeceği, hem de hâkimin tarafsızlığından şüpheyi haklı kılan bir ret nedeni olacağı ifade edilmekteydi.⁹⁶ Hâkimin tarafların gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabileceği ifadesi HMK m. 31'de değil, bu maddenin gerekçesinde yer almaktadır. Yine, hukukumuz bakımından talep sonucunu artırma ve değiştirme davayı değiştirme sonucunu beraberinde getirecek, bu da dilekçeler aşamasından sonra ancak karşı tarafın açık muvafakati veya ıslah ile mümkün olacaktır (HMK m. 141). Bu nedenlerle, Türk hukukunda uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesini sağlama konusunda hâkimin bir ödevi bulunmamaktadır.

Hâkimin talep sonucunda değişiklik yapılması gerektiğine işaret etmesini öngören bir kanunî düzenleme bulunmamasına rağmen, Yargıtay bazı kararlarında ek bir dava yoluyla talep sonucunun hayat olayına uygun hale getirilerek karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Örneğin, tescil talebini ihtiva etmeyen tapu kaydının iptali davasında mahkeme davacıya mehil vererek ayrıca tescil davası açmasını sağlamalı, davacı bu davayı açtığı takdirde her iki dava birleştirilmelidir. Yargıtay bu kararını, sadece tapu kaydının iptaline karar verilmesinin taşınmazı kayıtsız bırakacağı, bunun da dolu pafta sistemi ile bağdaşmayacağı ile gerekçelendirmiştir.⁹⁷

Olması gereken hukuk bakımından talep sonucunu artırma ve değiştirmenin söz konusu hukukî uyumsuzluğu esastan çözümlenmeye hizmet edeceği durumlarda hâkime dava değişikliğine izin verme yetkisi verilmesi gerektiği kanaatindeyim. Böylece hâkim usulî olarak yanlış ifade edilmiş bir talep sonucunun değiştirilmesi noktasında taraflara uyarıda bulunabilecektir. Bu

⁹³ **Kuru**, Usûl, C. II, s.1608; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.285; **Yılmaz**, Şerh, s.817; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.374 vd., 509; İsviçre hukuku bakımından aynı şekilde **Berner Kommentar/Hurni**, m. 56, kn. 14 vd.

⁹⁴ **Tercan**, Tarafların Dinlenmesi, s. 27. İsviçre hukukunda da, talep sonucu konusundaki belirsizlikler hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında giderilmelidir. Örneğin, davacı tarafın birden çok kişiden oluştuğu bir davada, davalının davacıya belli bir miktar tazminat ödemeye mahkûm edilmesi şeklindeki bir talep sonucunda hâkim, davacıardan hangisine tazminat ödenmesinin istendiğini açıklattırmalıdır (**Berner Kommentar/Hurni**, m. 56, kn. 14).

⁹⁵ Alangoya, İlkeler, s. 155; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 287.

⁹⁶ **Tercan**, Tarafların Dinlenmesi, s. 28.

⁹⁷ Yargıtay I. HD E. 2006/11989 K. 2006/13071 T. 26.12.2006 (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 287, dn. 13a).

değişiklik yapıldığı takdirde, dava dilekçesinde yer alan vakıalar davacının talep sonucunu haklı çıkarmamakla birlikte, davacı aynı vakıalara dayanarak başka bir talepte bulunma imkânına sahipse ve yeni talep sonucu davacının dava açmadaki iktisadî gayesine hizmet ediyorsa hâkim talep sonucu değişikliğine işaret edebilecektir. Burada dava dilekçesinde ifade edilen talep sonucu ile ulaşılmak istenen iktisadî sonuç göz önüne alındığında yeni talep sonucunun da aynı iktisadî sonucu sağlaması gerekli ve yeterli olacaktır. Tapu sicilinde başkası adına kayıtlı olan bir taşınmazın gerçek malikinin bu durumun düzeltilmesi amacıyla istihkak davası açması durumunda bu dava, davacı zaten taşınmazın maliki olduğu için reddedilecektir. Davacının burada açması gereken dava tapu sicilinin düzeltilmesi davası olup açtığı dava ile amaçladığı iktisadî sonuç taşınmazına kavuşmaktır. Bu nedenle hâkim, davacıya, istihkak davası olarak açtığı davasını tapu sicilinin düzeltilmesi davasına dönüştürmesi gerektiği konusunda işaretle bulunabilecektir. Burada hâkimin müdahalesinin nedeni, hukukî bilgisi yeterli olmayan davacıya doğru usûlî yolu göstermektir. Bu durum, aynı zamanda, aydınlatma ödevinin amaçlarından olan usûl ekonomisi ilkesine de uygunluk arz edecektir. Böylece aynı konuda ikinci bir dava açılmasının da önüne geçilmiş olacaktır. Bunun için hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin HMK m. 31'in değiştirilerek söz konusu maddeye "hâkim, tarafların gerekli taleplerde bulunmalarını sağlar" şeklinde bir ekleme yapılması ve davayı değiştirme yasağının bu madde ile uyumlu bir biçimde değiştirilmesi gerekmektedir. Böylece hem kanunî dayanak noktasındaki eksiklik ortadan kalkacak, hem de hâkim açıkça Kanundan kaynaklanan bir görevi ifa edeceği için tarafsızlığını da ihlâl etmemiş olacaktır.

Dava devam ederken, dava konusu şeyin üçüncü bir kişiye devri halinde, davacı davasına üçüncü kişiye karşı devam etme veya temlik eden kişiye karşı tazminat davası olarak devam etme şeklinde bir seçim hakkına sahiptir (HMK m. 125). Burada her ne kadar bu hak Kanundan kaynaklanıyor olsa da, HMK'da, tarafa bu hakkı olduğunun hatırlatılması şeklinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, haklı olarak, tarafın söz konusu hakkı konusunda bilgilendirilmesi ve davaya ona göre devam edilmesi gerektiği görüşündeydi.⁹⁸ Kanaatimce bu durum, aydınlatma ödevi kapsamında talep sonucunun değiştirilmesine işaret edilmesine örnek teşkil etmektedir. Çünkü talep sonucu değiştirilmeden yargılamaya devam edilmesi halinde, hayat olayı ile talep sonucu arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmış olacaktır. Hâkim bu hatırlatma ile söz konusu uyumsuzluğun giderilmesini sağlamakta, yani hayat olayına uygun bir talep sonucuna işaret

⁹⁸ Bkz. Yargıtay 1. HD E. 2011/7181 K. 2011/8902 T. 19.9.2011 (Kazancı), Yargıtay 1. HD E. 2011/8204 K. 2011/9060 T. 21.9.2011 (Kazancı); Yargıtay 1. HD E. 2011/5795 K. 2011/6407 T. 30.5.2011 (Kazancı).

etmektedir. Burada hâkim tarafından işaret edilen değişiklik kanunen karşı tarafın rızasını gerektirmediği için olan hukuk bakımından hâkimin bu şekilde bir uyarıda bulunmasına engel bir durum da söz konusu değildir.

Talep sonucu bakımından hâkimin davayı aydınlatma ödevi bahsinde son olarak belirtmek gerekir ki, hukukumuzda geçerli olan iddia ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağı bazı durumlarda maddî hakikate ulaşılmasını engellemekte ve usûl ekonomisine aykırı şekilde hukukî uyumsuzluğun çözümü için başka yargılamaları gerekli kılmaktadır. Bu nedenlerle, olması gereken hukuk bakımından, hâkimin uyumsuzluğun esasının çözümlenmesi bakımından dava değişikliğini uygun görmesi halinde talep sonucunun değiştirilmesinin mümkün olması ve bunun için karşı tarafın muvafakati şartının aranmaması gerektiği görüşündeyim. Bu, aynı zamanda, yargılamanın amacı olan maddî gerçeğe ulaşılmasını da kolaylaştıracaktır.⁹⁹ Böylece, davayı değiştirme yasağını aşabilmek için davacıya ek dava açması imkânının hatırlatılarak bunun için süre verilmesi ve daha sonra her iki davanın birleştirilmesi şeklindeki çözüme gerek kalmaksızın hukukî uyumsuzluk aynı dava içinde tüm yönleriyle ele alınıp sonuçlandırılabilir.

III. Sonuç

Aslında hâkimin tarafsızlığı ilkesi ile aydınlatma ödevinin birbiriyle ilişkisi noktasında cevaplanması gereken temel soru, hâkimin taraflardan bir açıklama ve delil gösterilmesini istemesi ve talep sonucundaki belirsizliğe işaret etmiş olmasının hangi durumlarda aydınlatma ödevi sınırları içinde kabul edileceği, hangi durumlarda ise hâkimin bu sınırı aşmış sayılarak reddinin istenebileceğidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, temel olarak maddî gerçeğin bulunması amacıyla hâkime verilmiş bir ödevdir. Bu şekilde adil bir karar verme ihtimali artacaktır. Hâkimin, taraflardan birisine aydınlatma ödevi çerçevesinde talep ettiği hukukî korumanın ne olduğunu açıklaması, dilekçesindeki çelişkilere dikkat çekmesi, açıklama yaptırması ve soru yöneltmesi, doğal olarak o tarafın davayı kazanma şansını artıracak, diğer tarafın kazanma şansını da azaltacaktır. Ancak bu, hâkimin maddî gerçeğe ulaşmak için yaptığı ve kanundan kaynaklanan bir faaliyettir. Bu nedenle, aydınlatma ödevini yerine getiren bir hâkimin tarafsızlığını tehlikeye düşüren bir durum söz konusu değildir. Zaten, hâkim bu faaliyeti kanun gereği yapmak zorundadır. Hâkimin kanun gereği yapması gereken bir faaliyetin, davanın taraflarından birinin lehine olduğu için reddine sebebiyet vermemesi gerekir. Bu nedenle, aydınlatma ödevi

⁹⁹ Krş. Yılmaz, HMK Tasarısı, s. 193; aynı yazar, Islah, s. 40, dn. 81; aynı yazar, Taraf Değişikliği, s. 572; Akil, Vakıaların İleri Sürülmesi, s. 19.

çerçevesinde bir faaliyette bulunmuş hâkimin reddinin gerekeceğini iddia etmek doğru olmayacaktır.¹⁰⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu aydınlatma ödevi konusunda hâkime bir takdir hakkı tanımamış, madde başlığından açıkça anlaşıldığı üzere bunun hâkim tarafından yerine getirilmesi gerekli bir ödev olduğunu tespit etmiş, yani hâkime bu konuda bir yükümlülük yüklemiştir.¹⁰¹ Hâkime kanun tarafından yüklenmiş bir yükümlülüğün icrası, hâkimin reddi sonucunu doğurmamalıdır. Aksinin kabulü, hâkimin kanunen yerine getirmesi gereken bir ödevin icrasının kanunun bir diğer maddesine aykırı olacağı anlamına gelir ki, bu bir çelişkidir.¹⁰²

Medenî usûl hukuku bağlamında, özellikle gerçeğe ulaşmak yargılamanın amaçlarından biri olarak kabul edildiğinde, hâkimin tamamen pasif bir şekilde, bir hakem gibi hareket ettiği bir yargılamanın ideal bir yargılama olmayacağı ortadadır. Bir defa, taraflar, taleplerini net bir şekilde ifade edememiş olabilirler veya tarafların iddialarının tam olarak ne olduğu hâkim tarafından anlaşılmamış olabilir. Pasif bir hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirmesi mümkün değildir. Kanunun kendisine tanıdığı yetki sınırları içerisinde hareket eden bir hâkimin tarafsızlığından şüphe etmeyi gerektirecek bir durum da söz konusu olmayacaktır. Bu noktada, aydınlatma ödevini yerine getiren hâkimin tam tersine aktif bir hâkim olması gerekmektedir. Tarafların iddia ve savunma vasıtalarında eksiklik ve belirsizlikler bulunabileceği gibi, taraflar, iddia ettikleri maddî vakıaları kanıtladıkları düşüncesinde olup, hâkim aksi kanaatte de olabilir. Yine, taraflar ispat yükünün kimde olduğuna ilişkin bir yanlışlık içinde de olabilirler. Son olarak, hâkim, hükmünü, iki tarafın dayandığı hukukî sebeplere değil de, tamamen başka bir hukukî sebebe dayandırmak niyetinde olabilir. Tüm bu durumlarda hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yapacağı müdahale tarafsızlığını tehlikeye düşürmeyecek, tam aksine, aydınlatma ödevini yerine getirmemesi halinde verilecek hükmün uyuşmazlığı esastan çözen ve tarafları tatmin eden bir hüküm olarak tanınıp kabul edilmesi zorlaşacaktır.

Hâkimin yargılama esnasında işaret ettiği bir husus veya sorduğu sorunun hangi durumlarda aydınlatma ödevi sınırlarını aşarak hâkimin tarafsızlığını tehlikeye düşürecek bir durum haline gelebileceği noktasında şu tespit yapılabilir: İlk olarak hâkim aydınlatma ödevini yerine getirirken silahların eşitliği prensibine riayet etmelidir. Hâkim, aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflar arasında eşit ve objektif davranmıyorsa, yani tarafların birisinin dava malzemesinde çelişkili gördüğü hususları açıklattırıyor, yeni

¹⁰⁰ Krş. **MüKo ZPO/Gehrlein**, m. 42, kn. 32.

¹⁰¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 285.

¹⁰² **Deubner**, Gedanken, s. 86; **MüKo ZPO/Wagner**, m. 139, kn. 10; **Stein/Jonas/Leipold**, m. 139, kn. 21.

deliller ibraz etmesini istiyor, ancak diğer tarafa bu anlamda herhangi bir uyarıda bulunmuyorsa, tarafsızlık yükümlülüğünü ihlâl etmiş demektir. Bu durumda, hâkim, davanın taraflarından birisi için aydınlatma ödevinin gereklerini yerine getirmiş, diğer taraf bakımından ise aydınlatma ödevini yerine getirmemiş olması nedeniyle tarafsızlığını ihlâl etmiş olacaktır. İkinci olarak, hâkim, tarafların tasarruf ve karar verme yetkilerine müdahalede bulunup onlara belli bir dava stratejisi izlemelerini dayatıyorsa, bu, aydınlatma ödevinin sınırlarını aşacak ve tarafsızlığının ihlâli olacaktır.¹⁰³ Çünkü hâkim, eksik ve belirsiz gördüğü hususlarda işarette bulunabilir, uyarılar yapabilir, açıklama isteyip sorular sorabilir. Ancak, tarafların yerine geçerek onların ne yapmaları gerektiğine karar veremez. Taraflarca getirilme ilkesi gereği, hâkimin yaptığı uyarıları yerine getirip getirmemek tarafların insiyatifindedir. Bu nedenle aydınlatma ödevi gereği hâkimin taraflardan birine yaptığı uyarıların gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, ısrarla bu uyarının tekrarlanması ve yerine getirilmesinin istenmesi, hâkimin o dava bakımından belli bir sonucu arzu ettiği izlenimi verir ki, bu da tarafsızlığın ihlâli anlamına gelecektir.¹⁰⁴ Üçüncü olarak, hâkim, tarafların iddia ve savunmalarını yorumlayıp anlam verebilir, ancak onların yeni iddia ve savunma vasıtaları sunmalarını sağlayacak şekilde hatırlatmada bulunamaz. Buradaki temel nokta şudur: Hâkimin, tarafların yargılamanın o aşamasına kadar dayandıkları iddia ve savunma vasıtalarını açıklattırıp netliğe kavuşturması maddî gerçekliğe ulaşılması amacıyla aydınlatma ödevi çerçevesinde bir faaliyettir. Ancak, hâkim, bu sınırı aşarak, tarafların şimdiye kadar dayanmadıkları yeni iddia ve savunma vasıtalarını mahkemeye sunmaları telkininde bulunuyorsa, bu durum hâkimin tarafsızlığına gölge düşürecektir.¹⁰⁵ Hâkimin, taraflardan birisine bu şekilde telkinde bulunması, taraflara mesafeli davranma kuralının ihlâli anlamına gelecek ve hâkim, bu şekilde, kendisini bir anlamda, yeni iddia ve savunma vasıtalarını mahkemeye sunması konusunda telkinde bulunduğu taraf ile özdeşleştirmiş olacaktır. Kuşkusuz, bunun da hâkimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektiren bir durum olarak değerlendirilmesi gerekir.¹⁰⁶ Fakat tarafların iddia ve savunma vasıtası olarak ileri sürdükleri hususlara zımnen dâhil olan vakıaların ortaya çıkarılması aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Hâkim bu durumda, taraflara, tam olarak ne kastettiklerini sorup açıklatmalıdır.¹⁰⁷

¹⁰³ Berner Kommentar/Hurni, m. 56, kn. 50.

¹⁰⁴ MüKo ZPO/Gehrlein, m. 42, kn. 33.

¹⁰⁵ Bu konuda **Yılmaz** şöyle demektedir: “Örneğin, zamanaşımı def’inde bulunmayan davalıya hâkimin zamanaşımı def’inde bulunma hakkının olduğunu hatırlatması veya hâkimin davacıya “şu şekilde bir iddiada bulunursa” davayı kazanabileceğini söylemesi, hâkimi ret (veya çekilme) sebebi oluşturur.” (**Yılmaz**, Şerh, s. 415).

¹⁰⁶ Krş. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 375; Stürner, kn. 24 vd.; Musielak/Stadler, m. 139, kn. 5.

¹⁰⁷ **Stürner**, kn. 24; **Stein/Jonas/Leipold**, m. 139, kn. 52; **Schumann**, s. 185, dn. 62.

Hâkimin, aydınlatma ödevine ilişkin uyarılarını, taraflardan birine duruşma harici yapması halinde de tarafsızlığını ihlâl edeceği belirtilmelidir. Diğer tarafa bilgi verilmeksizin yapılan ve yazılı tutanağa geçirilmeyen uyarılar hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasını haklı kılacaktır.¹⁰⁸

Burada tartışılması gereken bir diğer sorun da, hâkimin tarafsızlığı ilkesinin aydınlatma ödevini mi sınırladığı, yoksa tam tersi, tarafsızlık ilkesinin sınırları belirlenirken aydınlatma ödevinin mi belirleyici olacağıdır. Kanaatimce, temelde hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yapacağı faaliyetler bir ret sebebi teşkil etmez. Yani, aydınlatma ödevi, hâkimin tarafsızlığının sınırlarını tayin eder. Aksi görüşün kabulü, uygulamamızda çokça görüldüğü gibi, oldukça pasif bir hâkimi beraberinde getirecektir. Hâlbuki aydınlatma ödevi ile hedeflenen, maddî gerçeğe uygun ve tarafları tatmin edecek bir karara ulaşılmasını, yani hükmün adil olmasını sağlamaktır. Hâkim, reddedileceği düşüncesiyle aydınlatma ödevini ihmal etmemeli veya bu ödevine ilişkin faaliyetlerini kısıtlamamalıdır.¹⁰⁹ Bunun için de, aydınlatma ödevi çerçevesinde hâkimin yapacağı faaliyetlerin ret sebebi teşkil etmeyeceğinin kabul edilmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk: Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü, DEÜHFD 2010, C. 12, s. 1-23

Aktepe, Sezin: İşe İade Davalarının Medenî Usûl Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, 2009, C. 11, s. 63-101

Alangoya, Yavuz: Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 (Alangoya, İlkeler)

Alangoya, Yavuz: Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Makaleler, İstanbul 2012, s. 283-331 (Alangoya, Dava Temeli)

Alangoya, Yavuz / **Yıldırım**, M. Kâmil / **Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009

Deren-Yıldırım, Nevhis: Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 2003, s. 267-284

¹⁰⁸ Berner Kommentar/Hurni, m. 56, kn. 50.

¹⁰⁹ Peters, s. 109; Wiezcorek/Schütze/Smid, m. 139, kn. 64.

Deubner, Karl G.: Gedanken zur richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht, FS für Gerhard Schiedermaier, Münih 1976, s. 79-92

Dittmar, Rolf: Anmerkung zu OLG Frankfurt Beschluß vom 3. 3. 1970, NJW 1971, s. 56

Erdönmez, Güray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD C. 87, S. 5, 2013, s. 15-53

Ergül, Ozan: Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı, TBBD, 2004, S. 54, s. 245-257

Hausheer, Heinz / **Walter**, Hans Peter: Berner Kommentar, B. 1, B. 2, Bern 2012

Hermisson, Vollrath: Richterlicher Hinweis auf Einrede- und Gestaltungsmöglichkeiten, NJW 1985, s. 2558-2562

İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3. Bası, İstanbul 2008

Karlı, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012

Koch, Melanie: Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, Hamburg 2003

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Bası, C. II, III, İstanbul 2001

Kuru, Baki / **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder: Medenî Usûl Hukuku, 24. Bası, Ankara 2013

Laumen, Hans-Willi: Das Rechtsgespräch im Zivilprozess, Köln-Berlin 1984

Liu, Ming-Scheng: Die Richterliche Hinweispflicht, Frankfurt am Main 2009

Meriç, Nedim: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, 2009, C. 11, s. 377-424 (Meriç, Davayı Aydınlatma)

Meriç, Nedim: Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medenî Yargılama Hukuku Meseleleri, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, C. 1, s. 679-704 (Meriç, Zamanaşımı)

Meyer-Ladewig, Jens: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Bası, Baden Baden 2011

Musielak, Hans-Joachim: ZPO, 10. Bası, M n h 2013

Kr ger, Wolfgang / **Rauscher**, Thomas: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 4. Bası, M n h 2013

Nowak, Erwin: Aufklärungspflicht und Befangenheit, Bochum 1991

Oğuzman, M. Kemal / **Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, 19. Bası, İstanbul 2013

Oğuzman, M. Kemal / ** z**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 11. Bası, İstanbul 2014

 den, Merih: Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İŞe Bakamaması, AÜHFD, 1993, C. 43, S. 1-4, s. 61-124

Pekcanitez, Hakan: Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011 (Belirsiz Alacak)

Pekcanitez, Hakan / **Atalay**, Ođuz / ** zekes**, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu H k mlerine Göre Medenî Us l Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013

Peters, Egbert: Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess, Tübingen 1983

Prütting, Hanns / **Gehrlein**, Markus: ZPO Kommentar, Köln 2010

Reischl, Klaus: Der Umfang der Richterlichen Instruktionst tigkeit – Ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO-, ZZP 116 (2003), s. 81-117

Rensen, Hartmut: Die richterliche Hinweispflicht, Bielefeld 2002

Schelhammer, Kurt: Zivilprozess, 14. Bası, Heidelberg-M n h 2012

Schneider, Egon: Anmerkung zu OLG Frankfurt Beschluß vom 3. 3. 1970, NJW 1970, s. 1885

Schumann, Ekkehard: Die Absolute Pflicht zum richterlichen Hinweis (§ 139 Abs. 2 ZPO), FS für Dieter Leipold, Tübingen 2009, s. 175-200

Spohr, Tilman: Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozess, Göttingen 1969

Stein, Friedrich / **Jonas**, Martin: Zivilprozessordnung, 22. Bası, Tübingen 2005

Stürner, Rolf: Die Richterliche Aufklärung im Zivilprozess, Tübingen 1982

Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, 2004, S. 53, s. 191-215

Taştan, Asuman Zeynep: Hâkimin Tarafsızlığı, Ankara 2005

Tercan, Erdal: Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001 (Tercan, İsticvap)

Tercan, Erdal: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, MİHDER, C. 7, S. 18, s. 1-56 (Tercan, Tarafların Dinlenmesi)

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011

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

Üstündağ, Saim: Die Sammlung des Prozesstoffs im Türkischen Zivilprozessrecht und Die Damit Verbundenen Probleme, FS für Hans F. Gaul, Bielefeld-Giesecking 1997, s. 751-757 (Üstündağ, Die Sammlung des Prozesstoffs)

Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2 (Çev. Edege, Cevat), Ankara 1983

Wassermann, Rudolf: Der Soziale Zivilprozess, Neuwies-Darmstadt 1978

Wernecke, Frauke: Die Einrede der Verjährung- Schnittpunkt zwischen materiellem Recht und Zivilprozessrecht, JA 2004, s. 331-335

Wieczorek, Bernhard / **Schütze**, Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 3. Bası, B. 2, Teilband 1, Berlin-New York 2007

Yılmaz, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda Islah, 3. Bası, Ankara 2011 (Yılmaz, Islah)

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013 (Yılmaz, Şerh)

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Notlar, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s. 169-197 (Yılmaz, HMK Tasarısı)

Yılmaz, Ejder: Davada Taraf Değişikliği, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 569-596 (Yılmaz, Taraf Değişikliği)

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ediyorum. Elbette medeni usul hukukuna hakim olan ilkeler, Kanun'un ruhunu, felsefesini ve yorum yapılırken de son derece dikkatle ele alınması gereken kırmızı çizgileri oluşturuyor. Ancak bu çizgiler zaman içinde değişebiliyor; değişmek de zorunda. Bugün tasarruf ilkesine verilen anlam belki elli sene önceki verilen anlamdan daha farklı bir boyuta geldi. Bugün ilkeler çerçevesinde bu değişiklikler olurken hakimin yükümlülükleri ya da ödevi bakımından da aynı şeyin mevcut olduğunu görebiliyoruz. O yüzden bu davayı aydınlatma ödevi, göreceksiniz üzerinde -özellikle genç meslektaşlarım için söylüyorum- gelecekte çok daha fazla tartışılacak bir ödev olarak kendisini gösterecek. Bu konuda elbette bizim hukukumuzdaki şu andaki düzenlemenin oldukça muhafazakar bir düzenleme olduğunu açıkça beyan etmem gerekiyor. Çünkü herşeyden önce bizim iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı çerçevesinde bu ödevi daha ileri götürmek konusunda ciddi bir sınırimız var. Ancak buna rağmen yorum yoluyla pekçok şeyin davayı aydınlatma ödevini genişletme yönünde getirilebileceği kanısındayım. Herşeyden önce kullanmadığımız kurumlar hiç bugüne kadar kullanmadığımız kanun maddeleri var. Bunların en başında da isticvap geliyor. Biz isticvap müessesesini maalesef hiçbir şekilde yargılamada kullanamıyoruz. Çünkü bu konuda bir zaman da ayrılmıyor. Beşer dakikalık veya üçer dakikalık veya içeri girip çıkılacak şekilde düzenlenen duruşmalar hakimin isticvap yapmasını ve bu konuda bir tecrübe sahibi olmasını maalesef mümkün kılmıyor. 1980'li yılların sonuna doğru İlhan Postacıoğlu Hoca'mızın -genç meslektaşlarım için söylüyorum- bugün yaşayan bir abidedir.

Baki Kuru Hoca'mız. Hemen hemen aynı dönemin en ünlü hukukçularından olan İlhan Postacıoğlu Hoca'mızı Dokuz Eylül Üniversitesi'ne davet ettiğimde dedi ki "Benim bu kadar yıllık meslek yaşamımda anlattığım ama uygulamada göremediğim bir müesseseyi anlatacağım. Belki İzmir'deki öğrenciler bunu meslek yaşamlarında kullanırlar uygularlar diye" o da isticvaptı. İstievabı hiç kullanmıyoruz.

Bakın Ceza Muhakemesi Hukuku'nda çapraz sorgulama geldi o kadar sevindik ki işte bizde de Anglo Sakson Hukuku'ndaki gibi çapraz sorgulama olacak diye. Ama bugüne kadar hiçbir çapraz sorgulama olayına ben tanık olmadım. Çünkü bilmiyoruz. Çapraz sorgulamayı bilmiyoruz. Nasıl sorulacağı konusunda sorunun bilgi sahibi değiliz. Ne lisansta bunun eğitimini alıyoruz ne de mezun olduktan sonra bir staj döneminde bunu dikkate alabiliyoruz ve öğrenebiliyoruz. Dolayısıyla bu konuda elbette davayı aydınlatma ödevine gelecekte çok daha geniş bir perspektiften bakılacak. Yine Kanun'un hazırlanışı sırasında Alman Hukuku'nda o zaman yürürlüğe giren ama bizim almadığımız

bir hakimin maddi anlamda hakimin davayı sevk yetkisi vardı. Bu maddi anlamda sevk yetkisi önemli ölçüde davayı aydınlatma ödevine cesaret veren ve onu bir adım daha ileri götüren bir düzenleme. Biz bunu almadık, alamadık çünkü cesaret edemedik. Çünkü bu konuda hala iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağını muhafaza etme ihtiyacını hissettik.

Bunun da zaman içinde değerlendirilebileceğini ve tartışılabilirliğini söylüyorum. Özellikle bugün Avrupa'da Alman Hukuku'nda Fransız Hukuku'nda tartışılan ve yeni yazılan tezlerden bir tanesi hakimin daha aktif hale getirilebilmesi o büyük ölçüde davayı aydınlatma ödeviyle de ilgili. Şimdi bir arkadaşımız İngiltere'de bu konuyla ilgili çalışma yapıyor.

Yine Marmara'dan Gülcan Hanım'ı biliyorum hakimin maddi anlamda davayı sevk yetkisini yazdığını biliyorum. Zaman içinde bunlardan da etkileneceğimizi düşünüyorum ve bu gelecekte zannediyorum aydınlatma ödevine daha farklı bir bakış bir boyut getirilecek.

Elbette sayın Karaarslan'ın tezi de Türk Hukuku'na yeni bazı kazanımlar getirecek diye düşünüyorum. Ancak söylediği son cümleye izninizle kısaca değinmek istiyorum. O da sürpriz karar verme yasağı. En çok sürpriz karar veren kurumlardan bir tanesi şu anda Yargıtay oldu. Yargıtay çok sürpriz karar vermeye başladı. Hatta kararlarında cesaretle kararın sürpriz bir karar olduğunu da ifade ediyor. Diyor ki; mesela bir kararımı ifade edeyim: Biz diyor yaklaşık üç yıldır istikrarlı olarak o görüşe göre karar verdik ama artık o görüşü değiştirdik. Şimdi biz bundan sonra tam tersine bir içtihat oluşturduk. Bunu kararında da açıkça yazıyor. Bu tipik sürpriz karar verme yasağının ihlalidir değerli meslektaşlarım. Çünkü istikrarlı bir içtihadı Yargıtay dairesi değiştirmek istiyorsa bunu kendi başına yapamaz. Yargıtay Kanunu, bu konuda içtihadı birleştirme yoluna başvurması gerektiğini söylüyor. Hocamızın kitabında zannediyorum 15 ya da 16. madde, bu açıkça söylenmiştir. Mutlaka böyle olması söylenmiştir. Ben Hocam bugüne kadar bir tane bu türde içtihadı birleştirme kararına tanık olmadım. Yani Yargıtay bir dairesi benim bugüne kadarki görüşüm bu idi ama şimdi değiştireceğim İctihadın birleştirilmesini talep ediyorum şeklinde bir talepte bulunmadı. Bu da şunu ifade ediyor: Sürpriz karar vermek ki adil yargılanma hakkının unsurudur son derece tehlikelidir insan hakları mahkemesi önüne Anayasa Mahkemesi önüne gittiği zaman mutlak bir bozma sebebidir, yargılamanın iadesi sebebidir insan hakları açısından. Dolayısıyla bu sürpriz karar verme yasağını artık gündeme getirmemiz lazım ve bunu çok titiz bir şekilde uygulamamız lazım. Siz hukuki güvenlik ilkesi bir hukuk devletinde güvendiğiniz bir içtihada göre dava açıyorsunuz ama temyize geldiği zaman temyizde deniliyor ki biz artık içtihadımızı değiştirdik. Bunu yapamazsınız enazından tek başınıza yapamazsınız diye söylemek istiyorum. Evet hemen ikinci konuşmaya geçiyoruz. Aziz Serkan Aslan