

**DAVAYA BAKMAKTAN YASAKLI HÂKİMİN
GÖREVSİZLİK KARARI VERMESİNİN MÜMKÜN OLUP
OLMADIĞI VE DAVAYA BAKMAKTAN YASAKLI
YARGITAY ÜYESİNİN KULLANDIĞI OYLA KESİNLEŞEN
HÜKME KARŞI HUKUKÎ ÇARELER**

Arş. Gör. Emre KIYAK*

**POSSIBILITY OF GIVING DECISION OF LACK OF
JURISDICTION BY JUDGE WHO MUST WITHDRAW FROM
CASE AND LEGAL REMEDIES TO JUDGEMENT WHICH
HAS BECOME RES JUDICATA WITH CASTING VOTE OF
MEMBER OF HIGH COURT WHO MUST WITHDRAW
FROM CASSATION REVIEW**

ÖZET

Bu çalışma, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 34 üncü maddesinde gösterilen sebepler dolayısıyla davadan çekilmek zorunda olan hâkim tarafından görevsizlik kararı verilme imkânına ilişkin tartışmalara katkı sağlamak ve anılan maddede gösterilen sebepler dolayısıyla temyiz incelemesinden çekilmek zorunda olan yüksek mahkeme üyesinin belirleyici oyuyla ilk derece mahkemesinin

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

kararını kesin hüküm yapan yüksek mahkeme kararına karşı herhangi bir hukuki çarenin mevcudiyetini irdelemek üzere hazırlanmıştır.

ANAHTAR KELİMELELER: *Medeni Usul Hukuku, Hâkim, Davadan Çekinme, Temyiz İncelemesi, Kesin Hüküm, Görevsizlik Kararı, Yargılamanın İadesi.*

ABSTRACT

This study has been prepared to contribute to discussing related to possibility of giving decision of lack of jurisdiction by judge who must withdraw from case based upon reasons which are shown in art. 34 of Civil Procedure Law No. 6100 and scrutinize the availability of any legal remedy for the decision of high court, which makes the decision of court of first instance definitive judgement with casting vote of member of high court who must withdraw from the cassation review based upon reasons which are shown in mentioned regulation.

KEYWORDS: *Civil Procedure Law, Judge, Withdrawing from Case, Cassation review, Definitive Judgement, Decision of Lack of Jurisdiction, Revision.*

GİRİŞ

Hâkimlerin, davanın yanları (veya çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan ile ilgililer)¹ karşısında *tarafsız* kalmasını sağlamak üzere

¹ Hâkimlerin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümlerin dava olarak nitelendirilemeyen (itirazın kaldırılması gibi) talepler ile çekişmesiz yargı işlerinde de geçerli olmasından şüphe etmemek gerekir (KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 1)*, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 80). Zira söz konusu talepler için de *talepte bulunan ve ilgililer* açısından hâkimin bu talebi *tarafsız bir şekilde* incelemesine yönelik menfaatin mevcut olacağı açıktır. Bu gibi durumlarda genellikle bir hak dağılımından bahsedilmese de, özellikle talebin sürüncemede bırakılmasını, eksik incelemeye tabi tutulmasını ve haksız bir şekilde reddedilmesini engellemek üzere (hukuki sorumluluklarına ilişkin hükümlerin yanında) hâkimlerin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümlerin cari kılınması elzemdir. Belirtmek gerekir ki, davaya bakmaktan yasaklı hâkimin çekişmesiz yargı işi talebine ilişkin vermiş olduğu karar, şekli anlamda kesinleşse dahi (kanunda aksine düzenleme bulunmadığı müddetçe) maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden (m. 388), bu karar aleyhine yargılamanın iadesi yoluna

kabul edilen hâkimlerin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümler, uygulamada sıklıkla işletilen mekanizmalar olmadıkları için mahkeme içtihatlarıyla fazla netlik kazandırılmamış hükümlerdir. Yine aynı sebepten ötürü, bu hükümlerin nasıl anlaşılması² ve uygulanması³

başvurmak mümkün olmayacaktır (m. 374/1) –ki yine aynı sebepten ötürü (yani bu taleplere ilişkin verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden) böyle bir yola başvurulmasına ihtiyaç yoktur. Zira kişi, aynı talebi tekrar mahkemeye yöneltebilecektir. Elbette bir çekişmesiz yargı işi hakkında verilen kararın kesin hüküm teşkil edeceği, kanunda açıkça düzenlenmişse, böyle bir karara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurmamak mümkün olabilecektir.

² **Kısa bir misal:** Çekinme kararının sonuçlarını düzenleyen 35 inci maddenin “Çekinme kararına karşı üst mahkemeye başvurulabilir. Yasaklama sebebinin doğduğu tarihten itibaren, o hâkimin huzuru ile yapılan bütün işlemler, üst mahkemenin kararı ile iptal olunabilir. Hüküm ve kararlar ise herhâlde iptal olunur. Bu durumda, hâkim yargılama giderlerine mahkûm edilebilir” şeklindeki birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin nasıl anlaşılması gerektiği, hâkimin işlemleri açısından çok net değildir. Zira hâkimlerin yaptığı işlemlerin büyük bir kısmı zaten karar niteliğindedir. Keşif kararı, bilirkişiye başvurma kararı, duruşmanın ertelenmesine ilişkin karar gibi. Eğer hüküm ve kararlar ise herhalde iptal olunur şeklindeki üçüncü cümle, ara kararları da kapsayacak şekilde anlaşılırsa, biraz önce misal olarak verilen kararlar üst mahkemece iptal olunacaktır –ki fikrimizce bu, orantısız bir yorum olacaktır. Bu nedenle, üçüncü cümlenin hüküm ve usule ilişkin nihai kararlar (ve tabii karar verilmesine yer olmadığına dair kararlar) şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca bkz. ÇON, Ömer, *Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi*, Ankara 2013, s. 54; KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 193.

³ **Kısa bir misal:** Ret talebinin incelenmesini düzenleyen 42 nci maddenin “Reddi istenen hâkim, ret hakkında merci tarafından karar verilinceye kadar o davaya bakamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde sakınca bulunan iş ve davalar bunun dışındadır. Daha önce hakkındaki ret talebi mercice reddolunan hâkimin, aynı durum ve olaylara dayanarak yeniden reddedilmesi hâli, hâkimin davaya bakmasına engel oluşturmaz” şeklindeki ikinci fıkrasının son cümlesinin hangi ihtimalde işlerlik kazanacağı belirsizdir. Hatta ilk bakışta bu cümlenin işlerlik kazanması imkânsız görünmektedir. Zira bir hâkim hakkındaki ret talebinin mercice reddolunması halinde, aynı durum ve olaylara dayanılarak yeniden ret

gerektiği açıkçası çok da netlik kazanmış konular değildir. Bu kısa çalışmada da, netlik kazanmayan konular arasında gördüğümüz davaya bakmaktan yasaklı hâkimin görevsizlik kararı vermesinin mümkün olup olmadığı ve davaya bakmaktan yasaklı bir Yargıtay üyesinin kullandığı oyla kesinleşen hükme karşı başvurulabilecek bir hukuki çarenin olup olmadığı inceleme konusu yapılacaktır.

A. Davaya Bakmaktan Yasaklı Hâkimin Görevsizlik Kararı Verip Veremeyeceği Sorunu

Davanın görevli mahkemede açılması zorunluluğunun, eksikliği dava sırasında giderilemeyen bir dava şartı olması sebebiyle, mahkemenin görevsiz olduğu ihtimallerde davayı (hangi aşamada olursa olsun) görevsizlik kararıyla sonlandırması gerekeceği, görevsiz olmasına rağmen esas hakkında karar vermiş olması halinde, istinaf yolunda bu kararın kaldırılarak dosyanın görevli mahkemeye gönderileceği (m. 353/1(a/3)), *hâlihazırdaki*⁴ temyiz yolunda ise kararın bozulacağı (1085 sayılı K. m⁵. 428/1(b.2)), bu bozma kararına karşı ilk derece mahkemesinin direnemeyeceği, tarafların da usulî müktesep hak itirazında bulunamayacağı⁶ malumdur.

Peki, davanın görevsiz mahkemede açılmış ve fakat davaya bakan hâkimin m. 34'de sayılan sebeplerden ötürü davadan çekinmek zorunda olması ihtimalinde, hâkim çekinme kararı (34/1) mı vermelidir yoksa görevsizlik kararı mı vermelidir (yahut görevsizlik kararı verebilir mi)? İki farklı gerekçeyle bu soruya olumsuz cevap vermek mümkündür:

talebinde bulunulması halinde, zaten bu ret talebi süre aşımı sebebiyle geri çevrilecektir (m.41/1(a)). Çünkü böyle bir ihtimalde öğrenmeden sonraki ilk duruşma zaten çoktan geçmiş olacaktır. *Fikrimizce* iki ihtimalde bu cümle cari olacaktır: İlk ihtimal, hâkimin aynı durum ve koşullara dayanılarak, *başka bir davada* reddolunması, ikinci ihtimal ise, hâkimin aynı durum ve koşullara dayanılarak *diğer tarafça* reddolunmasıdır.

⁴ İstinaf yolunun fiilen işlemeye başlamasıyla görevsizlik kararı üzerine bölge adliye mahkemesinin vereceği kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacaktır (m. 353/1(a)).

⁵ 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önceki hükümler.

⁶ Bkz. KURU, Baki, "Usulî Müktesep Hak", *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974, ss. 395-409, s. 406.

İlk olarak, davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması 375 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince, bir yargılamanın iadesi sebebidir. Yani, bu yargılama hatası istinaf kanun yolunda kararın kaldırılarak, dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine⁷, temyiz kanun yolunda kararın bozulmasına sebep olmasının yanı sıra, kesin bir hükmün bertaraf edilmesine sebep olabilecek derecede ağır bir yargılama hatasıdır⁸. Buna mukabil, davanın görevsiz mahkemede açılmış ve karara bağlanmış olması, Kanun'da yargılamanın iadesini gerektirecek derecede ağır bir yargılama hatası olarak düzenlenmemiştir. Şu halde *evleviyyet*⁹ gereğince, hâkimin önce yasaklılığını göz önüne alarak, görevsizlik kararı vermek yerine çekinme kararı vermesinin gerekeceğini söylemek mümkündür.

İkinci olarak, 35 inci maddenin birinci fıkrası, çekinme kararına karşı üst mahkemeye başvurulabileceğini ifade etmekte ve yasaklama sebebinin doğduğu tarihten itibaren, o hâkimin huzuru ile yapılan bütün işlemlerin, üst mahkemenin kararı ile iptal olunabileceğini, hüküm ve kararların ise herhâlde iptal *olunacağını* öngörmektedir. Dikkat edilirse Kanun, "hüküm ve kararlar" tabirini kullanarak, usule ilişkin nihai kararları da iptal yaptırımına tabi tutmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, davaya bakmaktan yasaklı olan hâkimin vermiş olduğu görevsizlik kararının da üst mahkemece iptal olunacağını söylemek mümkündür. Şu halde, böyle bir karar, üst mahkemece iptal yaptırımına tabi tutulduğuna göre, davaya bakmaktan yasaklı olan hâkimin görevsizlik kararı veremeyeceği (çünkü verirse, zaten bu karar üst mahkemece iptal olunacaktır) ve çekinmek zorunda kalacağı (m. 34/1) sonucuna ulaşmak mümkündür.

⁷ AKKAYA, Tolga, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009, s. 329.

⁸ AKCAN, Recep/KAYA, Cemil, "Medeni ve İdari Yargıda Hakimın Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi", *İÜHFİM*, 68 (1-2), 2010, ss. 171-196, s. 177.

⁹ Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğü'nde bu kelimenin herhangi bir karşılığı verilmemiştir. Fakat Arapça kökenli *evleviyyet* (اولوييت) kelimesinin Osmanlı Türkçesi sözlüğünde karşılığı *üstünlük, öncelik hakkı* (~le eki ile bir an önce, öncelikle) şeklinde verilmektedir. Bkz. KANAR, Mehmet, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, İstanbul 2011, s. 323-324.

B. Davaya Bakmaktan Yasaklı Hâkimin Kullandığı Oyla Kesinleşen Hükme Karşı Hukuki Çareler

Aslında yukarıdaki başlık, biraz sonra inceleme konusu yapılacak husustan daha geniş kapsamlıdır. Zira hâkimin bir karara oy kullanarak katılmış olması, bu kararın heyet halinde çalışan bir mahkemeden sadır olduğu anlamına gelmektedir. Bu şekilde çalışan mahkemeler ise Yargıtay daire ve genel kurullarından ibaret değildir. Zira ilk derece mahkemeleri arasında yer alan asliye ticaret mahkemeleri bazı dava ve işleri heyet halinde incelemekte¹⁰, istinaf mercii olan bölge adliye mahkemeleri de heyet halinde çalışabilmektedir (m. 354/1). Ancak bu mahkemelerde davaya bakmaktan yasaklı hâkimin oyunu ihtiva eden hükmün şekli anlamda kesinleşmesi, bu ağır yargılama hatasının yaptırımsız kalması anlamına gelmemektedir. Gerçekten, 375 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi, davaya bakmaktan yasaklı olan hâkimin karara katılmış olması ihtimaline de, yargılamanın iadesi yolunu açık tutmaktadır. Bu nedenle, anılan ihtimalleri çalışmada ayrıca irdelemeye gerek olmayacaktır.

Çalışmanın bu başlığında irdelenecek ihtimal, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün (veya direnme kararının) temyiz incelemesine katılan ve fakat 34 üncü maddede sayılan hallerden birinin mevcut olması sebebiyle davaya bakmaktan yasaklı olan Yargıtay üyesinin kullandığı oyla kesinleşen karara karşı başvurulabilecek bir *hukuki çarenin* mevcut olup olmadığıdır. İlk olarak, böyle bir sorunun uygulama açısından gerçekten önemli olup olmayacağını biraz irdelemekte yarar vardır: Hâkimlerin bazı hallerde (m. 34) davaya bakmaktan mutlak suretle yasaklı olmalarının en önemli sebebi elbette onların tarafsızlığını korumak ve bu hususta toplumsal bir şüphenin oluşmasının önüne geçilmesidir. Gerçekten, davanın hâkime ait olması yahut onunla doğrudan ilgili olması veya taraflardan biri ile hâkim arasındaki yakın hısımlığın mevcut olması gibi durumlarda hâkimlerin davaya bakabilmelerine müsaade edilmesi, toplumda onların *tarafsızlık*

¹⁰ 6545 sayılı Kanununun 45 inci maddesi ile getirilen bu değişiklik ile asliye ticaret mahkemelerinin büründüğü yeni yapının genel bir değerlendirmesi için bkz. KIYAK, Emre, "6545 Sayılı Kanununun Hukuk Yargılamasına Getirdikleri ve Asliye Ticaret Mahkemelerinin Yeni Yüzü", *AD*, Sayı: 50, Eylül 2014, ss. 144-166, s. 152 vd.

vasıflarına yönelik şüphelerin doğmasına sebep olabilirdi. Yine böyle ihtimallerde hâkimlerin, *davanın esası yönünden*¹¹, *davayı inceleme ve karar verme* yükümlülüğüne tabi kılınmaya devam olunması, onları bir anlamda *tarafsızlıklarından ödün vermeye zorlamak* manasına gelebilecekti¹². İşte bu ve benzeri sebeplerle hâkimlerin tarafsız hareket etme yeteneklerini yitirmeleri kuvvetle muhtemel olan durumlarda davaya bakmaları yasaklanmıştır¹³. Peki, hâkimlerin, bir davanın

¹¹ Hatırlanacağı üzere davanın açılması ile mahkemenin davayı inceleyip karar verme yükümlülüğü doğar (Bkz. KIYAK, Emre, *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Ankara 2014, s. 78 vd). Elbette bu yükümlülük davaya bakmaktan yasaklı hâkim için de mevcuttur. Fakat yasaklı hâkim bu yükümlülüğünü *çekinme kararı* vermek suretiyle yerine getirecektir. Bu nedenle yukarıdaki cümlede *davanın esası yönünden* ibaresine özellikle yer verilmiştir. Tam tersi durumda, yani hakkında çekinme sebebi mevcut olmamasına rağmen, davaya bakmaktan çekinen hâkim aleyhine, hakkın yerine getirilmesinden kaçınmış olması sebebine (m. 46/1(e)) binaen hukuki sorumluluk hükümlerinin işletilmesi mümkün olabilecektir. Bkz. KARAFAKİH, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara 1953, s. 34.

¹² Hâkimlerin tarafsızlığı ile ilgili bkz. İNCEOĞLU, Sibel, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, İstanbul 2008, s. 33 vd; DEMİRCİOĞLU, Yaşar, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Ankara 2007, s. 74 vd; KIRMAZ, Birol, *Avrupa Birliği Sürecinde Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Ankara 2009, s. 78 vd; TANRIVER, Süha, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBB*, Sayı: 53, 2004, ss. 191-215, s. 198; NAMLI, Mert, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul 2014, s. 186 vd; ÇON, 16 vd; AKCAN/KAYA, s. 172.

¹³ Geçmiş dönemde de bu yönde hükümlere rastlamak mümkündür. Mesela bkz. Mecelle m. 1808, Günümüz Türkçesiyle: "*Lehine hüküm verilen kişinin; hâkimin, üstsoy ve altsoyundan biri, karısı veya hükmolunacak malda ortağı ya da ücretli çalışanı yahut hâkimin verdiği ücretle geçinen adamı (kendisinin yardımı ile yaşayan birisi) olmaması gerekir.*

Bundan dolayı, hâkim, bunlardan birinin davasını dinleyip lehine hüküm veremez ", ayrıca bkz. m. 1809 (SANCAK, Yusuf/KIYAK, Emre, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü-l Kazâ",

yargılama süreci içinde değil de, dava sonunda verilen hükmün *hukuki* denetimi süreci içinde böyle bir sınırlamaya tabi tutulması gerekli midir? Evet. Zira yargılama sonrasında verilen hükmün hukuki denetimi sonrasında ortaya çıkacak tablo, tarafların menfaatlerinin zedelenmesine sebep olabilecek bir yapıya bürünmeye müsaittir. *Temyiz bağlamında düşünülecek olursa*, ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün, temyiz incelemesi sonucu bozulması gerekirken, bu incelemeye katılan daire üyelerinden birinin taraflı tutumu sebebiyle onanması (ve böylelikle kesinleşmesi), hükmü temyiz etmekte aslında haklı olan tarafın haksızlığa uğratılması anlamına gelecektir¹⁴. Yargıtay dairelerinin bir

SÜHFD, 22 (2), 2014, ss. 45-105, s. 68, asıl metnin transkripsiyonu için bkz. s. 98-99).

¹⁴ Somutlaştırmak adına iki misal: Yargıtay 1 inci hukuk dairesi üyelerinden (H), temyiz incelemesine konu dava dosyasının taraflarından (K)'nin eski eşidir. *Olması gereken*, böyle bir durumda (H)'nin (bu yönde bir itiraz mevcut olmasa dahi) çekinmesi ve dosyanın başka bir üyenin katılımıyla incelenip karara bağlanmasıdır. Fakat (H)'nin böyle davranmayıp dosyanın incelenmesine katıldığı varsayımı altında: *Birinci ihtimal*, (H)'nin de katıldığı Yargıtay 1 inci hukuk dairesi üyeleri, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün onanmasına karar vermiştir. Şu halde (karar düzeltme ihtimali bir kenara bırakıldığında) bu hükme karşı başvurulabilecek herhangi bir olağan kanun yolu mevcut değildir. Böyle bir durumda ilk akla gelebilecek olan, hükme karşı *yargılamanın iadesi* yoluna başvurulması olsa da, yargılamanın iadesi oluşturacak sebebin (m. 375/1(b)) hükmü veren hâkimin nezdinde değil, bilakis hükmün hukuki denetimini gerçekleştiren hâkim nezdinde gerçekleşmiş olduğu ve yargılamanın iadesinde amacın ağır yargılama hatasına binaen hükmün ortadan kaldırılarak yeniden bir yargılamanın yapılmasının sağlanması olduğu düşünüldüğünde, bunlara bir de temyiz yolunda bir yargılama yapılmadığı ve bu nedenle temyiz incelemesinde oluşacak hatanın yargılama hatası değil, hukuki denetim hatası olduğu eklenince, anılan ihtimalde yargılamanın iadesine başvurulamayacağı açık olacaktır. Böyle bir durumda Yargıtay'ın hükmü onayan dairesine yöneltilebilecek bir talebin mevcut olduğunu söylemek de kanımızca mümkün değildir. *İkinci ihtimal*, (H)'nin de katıldığı Yargıtay 1 inci hukuk dairesi üyeleri, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bozma ilamı ilk derece mahkemesine ulaştığında, (bozma ilamının esasa ilişkin bir karar olduğu ve direnme imkânının bulunduğu varsayımı altında) ilk derece

başkan ve dört üye ile toplanıyor olması ve salt çoğunlukla karar vermeleri (Yargıtay K. m. 40/1) böyle bir tablonun ortaya çıkma ihtimalini daha da gerçekçi kılmaktadır. Şu halde, hâkimlerin tarafsızlığını temin eden müesseselerin yargılama prosedürleri dışında bir kararın hukuki denetimine ilişkin prosedürlerde de cari olması gerektiği açıktır. Aslında mevzuat zaten bu yönde düzenlemeler ihtiva etmektedir.

mahkemesi hâkimi için iki şekilde hareket etme imkânı olacaktır: *İlk olarak* kararında direnebilir. Bu karar nihai bir karar olduğu için, ilk karar lehine bozulan tarafın direnme kararını temyiz hakkı mevcut olacaktır. Direnme incelemesinin ise artık yasaklı hâkimin üyesi olduğu hukuk dairesinde değil, hukuk genel kurulunda yapılacağı tabidir. Şimdi mesele biraz farklı bir boyut kazanmaktadır. Her ne kadar inceleme artık yasaklı hâkimin üyesi olduğu hukuk dairesinde yapılsa da hukuk genel kurulunda bu (yasaklı) hâkimin de mevcut olacağı tabidir (Yargıtay K. m. 7/1). Peki, bu inceleme sırasında da yasaklı hâkim, oylamaya katılmış olsa ve onun oyu ile hüküm onanmış olsa, başvurulabilecek hukuki bir çare mevcut mudur? *Fikrimizce* hayır. *İkinci olarak*, hâkim bozma ilamına uyararak yeniden yargılama yapıp yeniden karar verebilir –ki bu kararın da yeniden temyiz edilmesi mümkün olacaktır. Şimdi burada da birkaç sorun ortaya çıkmaktadır: *İlk olarak* karar henüz kesinleşmediği için, yasaklı hâkimin oyuyla ortaya çıkan bozma hükmünün ilk derece mahkemesi nezdinde yahut ikinci temyiz incelemesinde mevzu bahsi mümkün müdür? *Fikrimizce* hayır. Zira gerek ilk derece mahkemesinin gerek ikinci temyiz incelemesini yapacak dairenin bir önceki temyiz incelemesini gerçekleştiren dairenin kararını bu açıdan denetlemesini mümkün kılan bir mekanizma hâlihazırda mevcut değildir. İkinci temyiz incelemesini gerçekleştirecek dairenin, ilk daire ile aynı daire olması halinde de bu kanaatten sapmayı gerektirecek farklı bir durum mevcut değildir. Fakat elbette ikinci temyiz incelemesinde, kararın incelemesine katılacak üyelere birinin yasaklı olduğunun farkına varılması halinde, bu üyenin çekinmesinin sağlanacağı açıktır. *Peki ya*, ilk derece mahkemesinin bozma ilamına uyararak vermiş olduğu hükmün yeniden temyiz edilmesi üzerine bu hükmün onanması halinde, ilk bozma ilamının ikinci temyiz incelemesinde denetlenmesi mümkün müdür? *Tartışılabilir*. Fakat *fikrimizce* bu ihtimalde, ilk bozma ilamının denetlenmesini sağlayacak bir mekanizma vaz edilmesi, bu bozma ilamına uyararak ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamanın da boşa çıkarılması ihtimalini ihtiva edecektir –ki böyle bir düzenlemenin usul ekonomisine aykırı olacağı düşüncesindeyiz.

Nitekim Yargıtay Kanununun 39 uncu maddesinin üçüncü fıkrası, daire veya genel kurul başkan ve üyelerinin reddolunabileceğini, ret hususundaki istemlerin, reddedilen başkan veya üye katılmaksızın ilgili daire veya genel kurullarca incelenerek kesin olarak karara bağlanacağını açıkça ifade etmektedir. Kanunun bu şekilde ret müessesesini düzenlemiş olması, yasaklılık sebeplerinin mevcut olması halinde daire veya genel kurul başkan ve üyelerinin çekinmek zorunda olacağını *evleviyyet* gereğince kaçınılmaz kılmaktadır¹⁵. Fakat Yargıtay Kanununda yer alan bu düzenleme (yukarıda belirtilen) davaya bakmaktan yasaklı Yargıtay üyesinin çekinmeyerek oy kullanması –ki bunu davaya bakmaktan yasaklı bidayet mahkemesi hâkiminin çekinmeyerek davayı görüp karara bağlaması şeklinde algılamak mümkündür, ancak bu halde hüküm kesinleşse dahi yargılamanın iadesi yoluna başvurmak mümkün olabilecektir¹⁶- sebebiyle hükmün onanması ihtimalini kapsamamaktadır. Yargıtay’ın temyiz incelemesine binaen verdikleri kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağına göre¹⁷, Yargıtay

¹⁵ ÇON, s. 120; AKCAN/KAYA, s. 189.

¹⁶ Lakin öğretide, temyiz yolunda dahi hâkimin yasaklılığının ileri sürülmemiş olması halinde artık yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergün, *Medenî Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 717 dn. 29; NAMLI, s. 204. Karş. “...Öğretide egemen görüşe... bakılırsa, davalı tarafı, yargıcın davaya bakmaktan yasaklı olduğunu daha dava sırasında biliyor olup da onun davaya bakmasına itiraz etmemişse veya yargıcın yasaklılığını temyiz süresi içinde öğrendiği halde bu bozma sebebine dayanarak hükmü temyiz etmemiş ise, hüküm kesinleşince artık yargılamanın yenilenmesi yoluyla o hükmün kaldırılmasını isteyemeyecektir. Bu görüşe katılmıyorum. Yasaklı olan hâkimin davaya bakmış olması hiç de ‘hayra alâmet’ değildir, bağışlanabilecek olay değildir. Onun verdiği hükmün ortadan kaldırılması olanağına kapıyı alabildiğine açık tutmak dürüstlüğe, hukuka, adliyeye değer vermenin kaçınılmaz gereğidir...” (UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011, s. 1045).

¹⁷ Belirtmek gerekir ki, Temyiz Mahkemesinin 26/1/1943 tarihli ve 5314 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 25/11/1942 tarihli ve 41/23 sayılı içtihadı birleştirme kararının (**Metni**: “Mahallî mahkemelerince verilen kararlar aleyhine vukubulan temyiz taleplerinin müruru müddetten dolayı

reddi hakkındaki Temyiz kararlarına karşı iadei muhakeme talep olunup olunamayacağı hususunda Temyiz Birinci Hukuk Dairesinin 11/9/1942 tarih ve 2711-2035 ve Temyiz Dördüncü Hukuk Dairesinin 10/11/1942 tarih ve 40 numaralı ilâmları arasında husule gelen içtihat ihtilâfimin halli Dördüncü Hukuk Dairesi Reisliğinin 199 numaralı yazısıyla istenilmesine mebni toplanan Tevhidi içtihat Heyeti Umumyesinde keyfiyet müzakere edilerek; dâvanın esası hakkındaki kararların yeniden muhakeme yapılmak suretiyle iptal veya tadil edilebilmesi bahis mevzuu olduğu yoksa Temyiz mahkemesince esasa mütâallik bir hükmün temyizen tetkiki neticesinde verilen tasdik, nakız yahut temyiz istidasının reddi gibi kararların bu mevzu haricinde kaldığı açıkça anlaşılmakta olup temyiz yoluyla verilen o gibi mukarrerata karşı yalnız tashihi karar usulü vaz ve kabul edilmiş bulunmasına ve **esas halletmeyen temyiz mukarreratına karşı muhakemenin iadesi istenebilmek için emsali muhakeme usullerinde mevcut olmayan bu hususa dair kanunda bir sarahat bulunmak lâzım gelip mezkûr usul kanunu ise aslın hilafı olan böyle bir sarahati ihtiva etmemesine ve esas hakkındaki hükümlere mahsus olan bir yolun temyizen tetkik neticesinde verilen mukarrerata karşı kıyas yoluyla kabul ve tatbiki cihetine gidilemeyeceğine** ve içtihadın tevhidi müzakeresine mevzu teşkil eden hâdiselere benzer hallerde zarar görenler Temyiz Mahkemesinden eski hale getirme talebinde bulunmak yahut temyiz kararına mesnet teşkil eden vesikada yapılan sahtelikten dolayı suçlu olan kimselerle suç ortakları aleyhine tazminat dâvası açmak hususlarında muhtar bulunmalarına göre o gibi kararlara karşı Temyiz Mahkemesinden iadei muhakeme istenemeyeceği oyların üçte ikisini geçen çoğunluğuyla karar altına alındı”) da desteklemesiyle, öğreti ve uygulamada Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Yargıtay’ın ilk derece mahkemesi olarak vermiş olduğu kararlara karşı bu yola başvurulmasının mümkün olup olmadığı yönünde öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. **Yargıtay’ın bütün kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulamayacağı görüşünde olan yazarlara misal olarak:** ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 377; “...Temyiz Mahkemesinin bir tevhidi içtihad kararında isabetle belirttiği üzere, Temyiz kararlarına karşı karşı iadei muhakemeye gidilemez. Bu görüş Fransada da aynen kabul edilmiştir (Petit Codes Dalloz, Code de Procédure Civile, Paris 1957 de art. 480, N. 9 ve orada zikredilen içtihadı atfen). Çünkü iadei muhakeme müessesesinin gayesi, anlaşmazlığın özünü halleden kararların bazı önemli sebepler dolayısıyla

üyesinin bu hareketi sebebiyle zarara uğrayan tarafın başvurabileceği başka bir hukuki çare aramak zorunlu olacaktır. Bu noktada ilk olarak, 46 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) –ve *fikrimizce* bazı ihtimallerde ayrıca (a) ile (b)- bendine dayanılarak *davaya bakmaktan yasaklı olmasına rağmen*, karara katılan Yargıtay üyesinin hukuki sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olabileceğini söylemek gerekir. İkinci olarak, yargılamanın iadesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla temyiz üzerine verilen karar aleyhine uygulanamayacaktır¹⁸. Peki, medeni usul hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında kıyasın *belli bir aşamaya kadar*¹⁹

ortadan kaldırılması ve aynı konuda yeniden karar verilmesidir. Temyiz mahkememiz, anılan içtihadı birleştirme kararında, iadei muhakeme konusundaki kanun hükümlerinin kıyas yolu ile genişletilemeyeceğini haklı olarak belirtmiştir...” şeklindeki üstü kapalı ifadeleriyle UMAR, Bilge, "Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme", *İÜHFM*, 29 (1-2), 1963, ss. 261-298, s. 266; UMAR, (Şerh), s. 1042 (NAMLI da, UMAR'ı bu görüş taraftarları arasında göstermektedir. Bkz. NAMLI, s. 166 dn. 795). **Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda verilen kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulmasının mümkün olacağı görüşünde olan yazarlara misal olarak:** ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 910; BİLGE/ÖNEN, s. 709; KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 5)*, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 5170 ve ayrıca burada dn. 12'de verilen, 20.1.1968, 9/50-52; 20.1.1968, 9/51-43 künyeli HGK kararları; MUŞUL, Timuçin, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 552; NAMLI, s. 166. Biz de ikinci görüşteyiz.

¹⁸ Dipnot. 17'de verilen İçtihadı Birleştirme Kararı metninde yer alan ve koyu harflerle vurgulanan ifadelerden de bu sonuca ulaşmak mümkündür. UMAR da, bu ifadelerin haklı olduğunu desteklemektedir. Bkz. UMAR'ın aynı dipnotta yer alan ve İÜHFM'de yayınlanan makalesinden alıntılanan cümleleri.

¹⁹ Belli bir aşamaya kadar, çünkü öğretilerde konuyla ilgili dile getirilen şu cümleler bizi bu fikre yöneltmiştir: "...Kanunu tefsir ederken hedef ve gayeyi nazara almalıdır. Ne dar ne de kıyasa gidecek kadar geniş tefsir yoluna gitmemelidir..." (KARAFAKİH, s. 7); "...Usul hukuku kaidelerinin amme hukukundan oluşu, usul hükümlerinin zaman ve mekân itibarıyla uygulanmasında ve bilhassa bir dereceye kadar da yorumunda özellikler gösterecektir" (ÜSTÜNDAĞ, s. 41); "...Genel çerçeveden bakıldığında, medeni usul hukuku kurallarının yorumuna ilişkin olarak, maddi hukuk

mümkün olmasına rağmen, neden bu şekilde bir sınırlandırma hiç tereddüt etmeden zihinlerde yer ediyor? Biraz daha irdellemek adına; mademki yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin uygulanma alanı kıyas yoluyla genişletilemez, o halde neden 443 üncü maddenin birinci fıkrasında yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin, *niteliğine uygun düştüğü şekilde* tahkimde de uygulanacağı açıkça belirtilmiştir? *Fikrimizce* bu soru, cevabı da ihtiva etmektedir: Kanun koyucu, *her ikisi* yargılama prosedürü olmasına rağmen, mahkeme yargılmasına ait yargılamanın iadesi davasının tahkimde uygulanabilmesi için açık bir düzenlemeye gitme ihtiyacı hissetmiştir. Böyle bir ihtiyacın hissedilmesinin ilk plandaki amacı, tahkimde verilen kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı yönünde oluşabilecek belirsizlikleri engellemek olsa da, arka plandaki amacın *kıyasın sınırlarının tespitinin uygulamaya bırakılmasının getirebileceği tehlikeleri* engellemek olduğunu söylemek çok yanlış olmasa gerek. Nitekim 443 üncü maddenin düzenlenme tarzı da bu görüşü desteklemektedir. Zira maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin tahkimde ne şekilde uygulanacağını netleştirmektedir. Şu halde, kanun koyucu bir yargılama prosedürü olan tahkim yolunda bile yargılamanın iadesi yolunun nasıl uygulanacağına ilişkin açık bir düzenlemeye gitme ihtiyacı hissettiğine göre, *zaten bir yargılama prosedürü olmayan, bilakis mahkemece verilen bir kararın hukuki denetim prosedürü olan* temyiz yolunda Yargıtay hukuk dairesinin (veya genel kurulunun) verdiği kararların ortadan kaldırılarak yeniden inceleme yapılmasına imkân sunacak bir hukuki çarenin *ancak kanuni bir düzenleme* ile yapılabileceği sonucuna ulaşmak

kurallarının yorumuna ilişkin söylenenlerden farklı bir hususun söz konusu olmayacağını belirtmek mümkündür. Bununla birlikte, medeni usul hukuku kurallarının genellikle emredici kurallar olması, bu kuralların yorumunda, hukuk uygulayıcısının sahip olduğu serbesti sınırlarını biraz daha daraltacaktır. Gerçekten, emredici hukuk kurallarının yorumunda, hukuk uygulayıcıların yorumlama noktasında sahip olduğu yetkiler bir ölçüde kısıtlanmaktadır. Bunun sebebi, bu kuralların esnekleştirilmemesi gerektiğine yönelik inançtır...” (ULUKAPI, Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Konya 2014, s. 14). İstisnai hükümler açısından kıyasın uygulanma alanına ilişkin olarak ayrıca bkz. SÖZER, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 185-186.

gerekir. *Fikrimizce* bu çalışmada ele alınan ihtimal gibi *hukuki denetimin sağlıklı yapılmasını engelleyecek, tabiri caizse ağır hukuki denetim hatalarının* bertaraf edilmesine yönelik düzenlemelere gidilebilir. Olması gereken hukuk açısından bu şekilde bir değerlendirme yapmak mümkün olmakla birlikte, hâlihazırdaki düzenlemeler çerçevesinde bu şekilde kesinleşen²⁰ bir hükmü, daha doğru bir ifadeyle Yargıtay'ın onama hükmünü bertaraf etmeye yönelik herhangi bir hukuki çarenin mevcut olmadığı görülmektedir.

SONUÇ

Sonuç babında kısaca şunları söylemek mümkündür: Davaya bakmaktan yasaklı hâkim görevsizlik kararı veremez. Eğer böyle bir karar verirse, istinaf yolunda bu karar, *davaya bakmaktan yasaklı hâkim tarafından verilmiş olması sebebiyle* kaldırılarak dosya kararı veren mahkemeye gönderilir. Hâlihazırda uygulanan temyiz yolunda ise, bu karar, *yasaklı hâkim tarafından görevsizlik kararı verilemeyeceği* gerekçesiyle bozularak, dosya kararı veren ilk derece hukuk mahkemesine gönderilir. Böylelikle davaya bakmaktan yasaklı hâkimin, *görevsizlik kararını kaldırarak çekinme kararı vermesi* temin edilir ki, bu şekilde çekinme kararının üst mahkemece denetimi sağlanmış olur.

Bir davanın yargılama aşamalarında olduğu gibi hukuki denetimine yönelik aşamalarda da hâkimlerin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümlerin cari olması gerektiği ve hâlihazırdaki düzenlemelerin de bu yönde olduğunu belirtmek gerekir. Buna mukabil, ağır bir yargılama hatası olarak kabul edilen davaya bakmaktan yasaklı hâkimin davayı inceleyip karar vermiş olması ihtimaline yargılamanın iadesi yolu açık bırakılırken, bu ağır hatanın mahkemenin vermiş olduğu hükmün hukuki denetimi esnasında Yargıtay üyeleri nezdinde gerçekleşmiş olması ihtimaline yönelik paralel bir hukuki çareye Kanun'da yer verilmemiştir. Yargılamanın iadesine ilişkin bir prosedürün kıyas yoluyla böyle ihtimallere teşmil edilmesi mümkün olmadığına göre, hâkimlerin tarafsızlığının, mahkemenin vermiş olduğu hükmün hukuki denetimi

²⁰ Yargıtay'ın vermiş olduğu onama kararına karşı karar düzeltme yolunun açık olması ihtimalinde, *Yargıtay kararının usul ve kanuna aykırı bulunması* (m. 440/1(b.4)) sebebine dayanılarak kararın düzeltilmesi istenebilecektir.

aşamasında da *etkin* bir şekilde temini için, *hükmün davaya bakmaktan yasaklı Yargıtay üyesinin oyuyla kesinleşmiş olma ihtimalinin* getireceği sakıncaları bertaraf etmeye yönelik düzenlemelere gidilmesi gerektiği açıktır. Hâlihazırdaki düzenlemeler çerçevesinde böyle bir durumda menfaati zedelenen taraf Yargıtay üyesinin hukuki sorumluluğuna gidebilecektir.

KAYNAKLAR

AKCAN, Recep/KAYA, Cemil, "Medeni ve İdari Yargıda Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi", *İÜHFM*, 68 (1-2), 2010, 171-196.

AKKAYA, Tolga, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009.

ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergün, *Medenî Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1978.

ÇON, Ömer, *Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi*, Ankara 2013.

DEMİRCİOĞLU, Yaşar, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Ankara 2007.

İNCEOĞLU, Sibel, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, İstanbul 2008.

KANAR, Mehmet, *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, İstanbul 2011.

KARAFAKİH, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara 1953.

KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2012.

KIRMAZ, Birol, *Avrupa Birliği Sürecinde Hâkimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Ankara 2009.

KIYAK, Emre, "6545 Sayılı Kanunun Hukuk Yargılamasına Getirdikleri ve Asliye Ticaret Mahkemelerinin Yeni Yüzü", *AD*, Sayı: 50, Eylül 2014, 144-166. (Makale)

KIYAK, Emre, *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Ankara 2014. (Kitap)

KURU, Baki, "Usuli Müktesep Hak", *Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974, 395-409. (Makale)

KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 1)*, 6. Baskı, İstanbul 2001. (Usul: Cilt 1)

KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt 5)*, 6. Baskı, İstanbul 2001. (Usul: Cilt 5)

MUŞUL, Timuçin, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012.

NAMLI, Mert, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul 2014.

SANCAK, Yusuf/KIYAK, Emre, "Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbü-l Kazâ", *SÜHFD*, 22 (2), 2014, 45-105.

SÖZER, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, 2. Baskı, İstanbul 2011.

TANRIVER, Süha, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBBD*, Sayı: 53, 2004, 191-215.

ULUKAPI, Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Konya 2014.

UMAR, Bilge, "Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme", *İÜHFM*, 29 (1-2), 1963, 261-298. (Makale),

UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011. (Şerh)

ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2000.