

HÂKİMİN HUKUKU KENDİLİĞİNDEN UYGULAMASI İLKESİ

The principle of iura novit curia

Arş. Gör. Cenk AKİL*

Giriş, I) Hâkimin Hukuki Sebeplerle Bağlı Olmaması, II) Taraf İradesiyle Hâkim Hukuku Kendiliğinden Uygular Kuralı Sınırlandırılabilir mi?, III) Hâkim Hukuku Kendiliğinden Uygular İlkesinin Hukuki Dinlenilme Hakkıyla Olan İlişkisi, IV) Hâkimin Anayasaya, Kanuna ve Hukuka Uygun Olarak Vicdani Kanaatine Göre Karar Vermesi, 1. Kanun Hükmünün Anayasaya Aykırı Olması, 2. Tüzük Hükmünün Kanuna Aykırı Olması, 3. Yönetmelik Hükmünün Kanuna veya Tüzüğe Aykırı Olması, V) Hâkimin İçtihadı Birleştirme Kararlarını Kendiliğinden Uygulaması, VI) Hâkimin Yabancı Hukuk Kurallarını Uygulaması, VII) Hâkimin Örf ve Âdet Hukukunu Uygulaması, VIII) Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesinin Kanun Yollarındaki Görünümü, IX) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında “Hâkim Hukuku Kendiliğinden Uygular” İlkesi, **Sonuç**

ÖZET

Medeni yargılama hukukunda egemen olan taraflarca getirme ilkesine göre davanın sebebini oluşturan vakıaların getirilmesi taraflara yüklenmiş bir ödevdir. Buna karşılık bu vakıaları mümkün bütün hukuki görüş açılarından inceleme ve hukuku uygulama görevi ise hâkime yüklenmiştir. Bu sayede tarafların hukuku bilgisizliklerinden zarar görmeleri engellenmiş olacaktır. Bu bakımdan hâkim tarafların hukuki sebepleri hiç belirtmemiş ya da yanlış belirtmiş olması ile bağlı değildir. Hukuku kendiliğinden uygulama görevinin içerisine yabancı hukuk ile örf ve adet hukuku da girmektedir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Hâkim uygulanacak hukuk kuralının Anayasa'ya uygun olup olmadığını da kendiliğinden göz önüne alacaktır.

Anahtar Kelimeler: Medeni yargılama hukuku, iura novit curia, hukuki dinlenilme hakkı, örf ve adet hukuku, yabancı hukukun uygulanması

ABSTRACT

According to the principle of party representation, which masters the law of civil procedural, the submitting of the facts that compose the ground of the suit is an obligation imposed to the parties. However the duty of investigating these facts from all the possible legal viewpoints and applying of law is imposed to the judge. Thanks to this; the parties will not be aggrieved by their lacks of knowledge about law. Therefore the judge is not bound by not stating or wrong statement of the legal grounds by the parties. The foreign law and customary law come within the scope of duty of the judge which is to apply the law ex officio. The judge will also take into account the compatibility of the legal rule, which will be applied, with the Constitution ex officio.

Keywords: Civil Procedural Law, iura novit curia, due process of law, customary law, application of foreign law

GİRİŞ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesinin birinci cümlesine göre "Hâkim re'sen Türk Kanunları mucibince hüküm verir". Söz konusu hüküm Latincesi "iura novit curia"¹ olarak bilinen ve Türkçeye

¹ Bkz. **Fasching, Hans W.** : Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Wien 1990, s. 442-443; **Rechberger, Walter/Simotta, Daphne-Ariane**: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2003, s. 340; **Guldener, Max**: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 155 vd. ; **Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter**: Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, s. 919; **Paulus, Christoph**: Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Berlin 2003, s. 110; **Musielak, Hans-Joachim**: Grundkurs ZPO, 7. Aufl., München 2004, s. 35; **Schilken, Eberhard**: Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, s. 184; **Schilken, Eberhard** : Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü (Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 5. B., İstanbul 2006, s. 38-58), s. 47-50; **Kummer, Max**: Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1974, s. 65; **Blomeyer, Arwed**: Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess (FS für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München und Berlin 1957, s. 43-88), s. 61; **von Otto, Müller**: Jura Novit Curia (ZBJV 1955/91, s. 41-58), s. 41 vd; **Schwander, Vital**: "Iura Novit Curia" und Das Verhaeltnis Dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs (FS für Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, s. 199-219), s. 199 vd.; **von Fritz, Baur** : Vereinbarungen der Parteien über praejudizielle Rechtsverhaeltnisse im Zivilprozess (FS für Edward Bötticher, Berlin 1969, s. 1-11), s. 1 vd; **Broggini, Gerardo**: Die Maxime "iura novit curia" und das auslaendische Recht (AcP

“hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesi” olarak çevrilen kuralın² dayanağı olarak gösterilmektedir. Bu ilke gereğince taraflar davada hiçbir hukuki sebep ileri sürmeseler yahut yanlış hukuki sebep ileri sürmeleri durumunda bundan zarar görmezler³. Zira açılmış bir dava hakkında doğru hukuk kurallarını bulup uygulamak hâkime düşen bir görevdir. Belirtmek gerekir ki, bu ilke aslında bir faraziyedir. Bir hâkimin uygulanması muhtemel tüm kanunları, içerdikleri anlamlar bir tarafa metin olarak dahi bilmeleri mümkün değildir. Buna rağmen söz konusu ilkenin kabul edilmesinin sebebi, hâkimin uygulayacağı kanunu ve onun anlamını kendiliğinden araştırma mecburiyetinde olmasındandır⁴.

Aşağıda hâkimin hukuki sebeple bağlı olmamasından ne anlaşılması gerektiğine değinildikten sonra yabancı hukuk ile örf ve adet hukuku kurallarının da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konuları üzerinde durulacaktır.

I. HÂKİMİN HUKUKÎ SEBEPLERLE BAĞLI OLMAMASI

Mahkeme önüne gelen bir davada dava ve cevap dilekçesindeki taraf beyanlarını yorumlayarak⁵ davanın hukuki nitelendirmesini yapacaktır. Bu,

1956/155, s. 469-485), s. 469 vd; **Meier, Isaak:** Iura Novit Curia, Zürich 1975; **Yılmaz, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s. 601; **Yılmaz, Ejder:** Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, s. 128; **Nomer, Ergin:** Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972, s. 39 vd; **Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal:** Devletler Hususi Hukuku, 12. B., İstanbul 2003, 181 vd; **Tekinalp, Gülören:** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2006, 9. B., s. 41 vd; **Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000, s. 243; **Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis:** Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. B., İstanbul 2006, s. 250; **Pekantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2007, s. 311; **Alangoya, Yavuz:** Medeni Usul Hukukunda Vakıfların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 96.

² Bu ilke ceza yargılaması hukukunda da geçerlidir. Bkz. **Müller** s. 56.

³ **Fasching** s. 443. Hâkim aslında bu yanlışlıkları düzeltir ve eksiklikleri tamamlar. Bkz. **Üstündağ, Saim:** İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967, s. 75 dn. 146a.

⁴ **Nomer** s. 40.

⁵ “...Alacaklının takibine dayanak yaptığı ipotek akit tablosunun incelenmesinde; kurulan ipoteğin limit ipoteği niteliğinde kurulduğu görülmüştür. İİK.nun 150/1. maddesi koşullarında borçlulara hesap özeti gönderilmesi ipotek nevini değiştirir nitelikte bir unsur olmayıp sadece alacaklıya 151 (6) örnek icra emri tebliği suretiyle takip yapma hakkını bahşeder. Hal böyle olunca da faiz, masraf vs. tüm eklentilerin akitte gösterilen ipotek limiti dâhilinde gösterilerek talep edilmesi gerekir. *Borçluların faiz istenemeyeceğine ilişkin itirazlarının (HUMK.nun 76. maddesi gereğince hukukî tasvif hâkime ait olacağından) limitin aşıldığı hususuna da içereceğinin kabulü gerekir...*” (12. HD 27.3.2007, E. 2007/2670, K. 2007/5834: Kazancı İçtihat Bankası). “... Borçlu vekilinin mahkemeye verdiği dilekçede gecikmiş itiraz deyimini kullanması, HUMK’nun 76. maddesi uyarınca hukukî tasvifin hâkime ait olması nedeniyle sonuca etkili olmayıp, başvuru bu hali ile 7201 sayılı Yasa’nın 32. maddesine dayalı tebligat usulsüzlüğü şikayetidir..” (YHGK 11.4.2007, E. 2007/12-179, K. 2007/198: Kazancı İçtihat Bankası).

HUMK m. 76 uyarınca mahkemeye yüklenmiş bir görevdir⁶. Bundan dolayı davacının iddiasını haklı göstermek için bir veya birden fazla⁷ hukuki sebep göstermesi veya hiçbir hukuki sebep göstermemiş olması onun aleyhine sonuç doğurmaz⁸. Şu halde hâkim, tarafların ileri sürmüş oldukları hukuksal sebeplerle bağlı olmayıp⁹, onların ileri sürmüş buldukları vakıalara uygun olan hukuksal sebebi kendiliğinden bulup uygulayacaktır¹⁰.

Davacının iddiasını hangi hükme dayandığını açık ve kesin bir biçimde göstermediği hallerde davanın kendisinin daha lehine olan hükme dayanacağı Yargıtay'ın verdiği kimi kararlarda kabul edilmiştir. Bir davada böyle birbiriyle yarışan iki kanun hükmünün uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, davacı kanun hükümlerinden yalnız birine dayandığını açık ve kesin bir biçimde göstermiş olsa da hâkimi hukuksal niteleme ile bağlı tutmamak gerekir¹¹. Bu sayede hiçbir hukuksal sebep göstermemiş olan

⁶ "... Dava dilekçesindeki açıklamalar ve olayın ileri sürülüş şekline göre; istek davacı Kooperatifin vermiş olduğu yetkiye dayanılarak ödenen paralarla davalı tarafından tapuda satın alınan 146 ada 6 parselin tapu kaydının iptal ve tescili isteğine ilişkindir. Dava dilekçesindeki bu açıklamalar karşısında davacı kooperatif ile davalı arasındaki ilişki davacı kooperatif adına arsa alınmasına ilişkin inanca sözleşmesidir. Dava dilekçesinin içeriğine göre, davacıların inanca sözleşmesine dayanarak istekte buldukları hususunda duraksamamak gerekir. Zira HUMK'nun 76. maddesi hükmü uyarınca, davanın esas olan maddî olayları ileri sürülmesi taraflara, bu olayların nitelendirilmesi ve uygulanacak Kanun maddelerini bulmak hâkime aittir. Hal böyle olunca, uyumsuzluğun inanca sözleşmesi çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekir..." (8. HD E. 2005/7126, K. 2005/7386: Kazancı İçtihat Bankası).

⁷ "...Davacının, davasında dayandığı maddî olayları için birkaç hukukî sebebi bir arada göstermesinde ilke olarak usul ve kanuna aykırı bir yön yoktur. Hukukî sebeplerden bir tanesinin diğer hukukî sebebin incelenmesine imkan verir niteliği bulunduğu müddetçe, ehemmiyet ve lüzum derecesine göre birden fazla hukukî sebep sırasıyla bir davada inceleme ve tahkik konusu yapılabilir." (YHGK 19.1.1974: **Üstündağ** s. 244 dn. 11); "...Hâkim, davacının bildirdiği hukukî sebebe göre hüküm vereceği veya hangi hukukî sebebin nazara alınacağını tayin ve takdir etmek durumundadır. O kadar ki, hukukî sebep yanlış gösterilmiş veya hiç gösterilmemiş olsa bile, mahkemece uygun hukukî sebep bulunarak ona göre bir karar verilecektir. Bu nedenle, davacının davada dayandığı maddî olaylar için birkaç hukukî sebebi bir arada göstermesinde ilke olarak usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur." (YHGK 1.5.1991: **Üstündağ** s. 463 dn. 28).

⁸ Karş. **Meier** s. 143.

⁹ Buna karşılık hâkim, tarafların talepleriyle bağlıdır. Bundan dolayı hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesinin kapsamı davacının talebiyle belirlenir. Fakat maddî hukukun hâkime yetki verdiği hallerde onun talep edilenin dışında başka bir şeye karar vermesi mümkündür. Bkz. **Meier** s. 123.

¹⁰ Örneğin davacının vakıaları sayıp ortada bir vekalet sözleşmesinin bulunduğunu bildirmesine ve gerekli kanun maddelerini söylemesine karşın, hakim ileri sürülen vakılardan, olayda vekalet değil, sözelimi istisna sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varabilecek ve vekaletle ilişkin hükümleri (BK m. 386-409) değil, istisna ile ilgili hükümleri (BK m. 355-371) uygulayabilecektir. Bkz. **Yılmaz-İslah** s. 126.

¹¹ **Kuru-II** s. 1599; **Yılmaz-İslah** s. 128.

davacı ile hâkime yardımcı olmak amacıyla hukuksal sebep göstermiş olan davacı arasında fark gözetilmemiş ve eşitlik ilkesine uygun davranılmış olur.

Yargıtay'a göre hukukun uygulanması ve delillerin takdiri (vakıaların fiili takdiri) yalnızca mahkemenin yetkisi içerisindedir (HUMK m. 76). Mahkeme bunu, tarafların bu konudaki iddialarını ve anlaşmalarını dikkate almaksızın yerine getirir. Davacının dayanmış olduğu olaylar çeşitli hukuk kurallarının uygulanmasını imkân dâhiline soktuğu takdirde mahkeme, davacının seçtiği ve uygulamasını istediği hukuk kurallarını uygulayabileceği gibi onun dayanmamış olduğu hukuk kurallarını dahi uygulayabilir. Bundan başka davacının getirmiş olduğu maddi vakıalar bir tek hukuk kuralının uygulanmasını gerektirdiği halde, davacı o kurala dayanmamış, aksine dayandığı kural gösterilen maddi olaylar ile ilgili bulunmamışsa mahkeme uygulaması gereken hukuk kuralını da kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür¹². Bundan dolayı hukuk kurallarının ispatı söz konusu değildir (HUMK m. 76)¹³.

Davacı, HUMK m. 179/4 uyarınca dava dilekçesinde talebini dayandırdığı hukuki sebepleri de göstermek zorundadır. Ancak bu, dava dilekçesinin zorunlu bir unsuru değildir. Bununla birlikte davacının ileri sürdüğü vakıalarla ilgili olarak hukuki sebepleri de dilekçesinde göstermesi uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştıracak ve hâkime yardımcı olacaktır. Bundan başka davacının davasını doğru bir şekilde açıp yürütebilmesi için talebini haklı kılan kanunda düzenlenmiş soyut koşul vakıalara uygun şekilde somut vakıalarını ortaya koyması gerekir. Bunun için de doğru bir şekilde hukuki nitelendirme yapmış olması gerekir. Aksi halde dava dilekçesinde kanuni noksanlık bulunmasa dahi işin esası bakımından talebin kabulü güçleşebilecektir. Özellikle avukatla takip edilen işlerde avukatların önce uyuşmazlıkla ilgili hukuki nitelendirmeyi doğru yapması, uyuşmazlığın temeli olan hukuki sebebi ya da sebepleri tespit etmesi ve bunlara uygun olarak somut vakıaları belirtmesi gerekir. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde avukatlığın amaçları arasında hukuk kurallarının tam olarak uygulanması vurgulanmış, ayrıca avukatın hukuki bilgi ve tecrübesini adaletin hizmetine sunacağına da değinilmiştir. Bu bakımdan doğru hukuki sebebi göstermek ve bu şekilde dilekçeyi yazmak, onun için bir görevdir. Bundan başka bu hususa dikkat edilmediği takdirde avukat aracılığıyla bir davayı takip edip dilekçe yazmakla, avukat yardımından yararlanmadan dilekçe yazmak arasında bir fark kalmayacaktır¹⁴.

¹² YHGK 25.11.1967, E. 4/375, K. 567 (Üstündağ-USul s. 243-244).

¹³ **Schilken** s. 249. Hâkimin hukuku bildiği varsayımı mutlaktır. Diğer deyişle tarafların hukuk kurallarını ispat için delil göstermeleri ve mahkemece bu delillerin kabulü ve değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü hâkim taraflar karşısında tüm hukuk kurallarını bildiği varsayımı altında görev yapmaktadır. Bkz. **Nomer** s. 42.

¹⁴ **Pekantez/Atalay/Özekes** s. 311-312. Müller de bu konuda avukatların hâkime yardımcı olma görevlerine dikkat çekerek onların iddiayı yahut savunmayı hukuken

Türk hukukunda azınlıkta kalan bir görüş, HUMK m. 75'deki "Kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hâkim iki tarafın birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini kendiliğinden nazarı dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz" hükmü ile HUMK m. 179/4'deki dava dilekçesinde "hukuki sebeplerin özetinin" yer alması hükmünden yola çıkarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hâkimin davacının ileri sürdüğü hukuki sebep dışında hukuki sebepleri dikkate almasına izin verdiğini söylemenin çok zor olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre HUMK m. 76'nın anlamı hukuki sebep bir Türk Kanunu hükmüne dayanıyor ise bu hükmün ispatının söz konusu olamayacağıdır. Bu görüş yandaşlarına göre 5718 (eski 2675) sayılı Kanun'un 2. maddesi ile zımnen kaldırılmadan önce HUMK m. 76'nın arkadan gelen şu cümlesi bu yorumu teyit etmekteydi: "Bir ecnebi hukukun tatbiki lazım olan hallerde, buna istinad eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunamazsa Türk Kanunları mucibince hükmolunur". Bu anlatılanlardan HUMK m. 76 davanın dayanacağı hukuki sebebin tayini ile değil hukuki sebep olarak davacı veya davalı tarafından ileri sürülen kanun hükmünün mahkemeye ispatının gerekip gerekmeyeceği ile ilgilidir. Dayanılan hüküm, Türk kanunu hükmü ise ispatı gerekmez; yabancı ülke kanunu ise, hüküm ispat edilmek gerekir. HUMK m. 76'nın bu esası gösterme dışında bir rolü bulunmamaktadır. Bu hüküm hâkime bir davanın dayanacağı hukuki sebebi kendiliğinden dikkate alma yetkisi vermemektedir¹⁵. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Her ne kadar HUMK m. 179/4'de davacının dava dilekçesinde dayandığı hukuki sebebe de yer vermesi gerektiğini düzenlenmişse de buna uyulmaması durumunda hâkim davacının dayanmamış olduğu hukuki sebepleri ele almaktan men edilmiş değildir¹⁶. Usul Kanunumuzda dava dilekçesinde hukuki sebeplerin dahi beyan edilmesi şartının aranması olsa olsa bu konuda taraf veya avukatlarının mahkemeye yardımcı olmalarını sağlama amacı gütmesindedir¹⁷.

Diğer bir görüş ise tarafların ileri sürdükleri olaylardan açıkça anlaşılan yani tarafların hiç olmazsa zımnen kastettikleri hususunda şüphe duyulmayacak hukuki sebeplerin hâkim tarafından dikkate alınabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun davacı tarafından ileri sürülmüş ve ispat edilmiş olaylara davacının açıkça ileri sürdüğü hukuki sebep dışında bir sebebin uygulanması için davalının bu yolda savunma yapmasına imkân verecek şekilde değiştirilmesi uygun

gerekçelendirmek suretiyle hâkimlere yardımcı olma görevlerine dikkat çekmektedir. Bkz. Müller s. 56.

¹⁵ Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul 2006, 13. B, s. 237 dn. 416.

¹⁶ Durum, bozma sebebi içermeyen temyiz dilekçesinin yine de geçerli olmasına benzetilebilir. Bkz. aşa. VIII.

¹⁷ Üstündağ, Saim: İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 52.

olacaktır¹⁸. Postacıoğlu tarafından ileri sürülen bu görüşte haklılık payı vardır. Bununla birlikte hâkim, HUMK m. 75, II uyarınca böyle bir durum karşısında taraflardan görüşlerini sorabilir ve onlardan davanın her aşamasında onlardan delil göstermelerini HUMK m. 75, III uyarınca isteyebilir. Gerçekten de asıl amacı tarafların hukuki bilgisizliklerinden zarar görmelerinin önlenmesi olan hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesinin onların aleyhine sonuç doğuracak şekilde işletilmesi kabul edilemez¹⁹. Bundan başka Postacıoğlu, bir taraf iddia ve savunmasını ileri sürerken yalnız karşı tarafın açıkça ileri sürdüğü hukuki sebebe nazaran görüşünü ileri sürmekle yetinmemesi fakat dosyaya intikal etmiş tüm maddi vakıalara uygulanması mümkün hukuki sebepleri dikkate alarak iddia veya savunmasını yapmalıdır denmesinin taraflar açısından çok ağır bir yük teşkil edeceğini ileri sürmüştür²⁰. Kanımızca tam da bu husus, hâkim hukuku kendiliğinden uygular kuralının varlık nedenidir. Bu kadar ağır bir yükün taraflara yüklenmesi doğru olmadığı için hâkim, hukuku kendiliğinden uygulamak suretiyle onların haklarının kaybolmasını önlemiş olacaktır.

II. TARAF İRADESİYLE HÂKİMİN HUKUKU KENDİLİĞİNDEN UYGULAMASI İLKESİ SINIRLANDIRILABİLİR Mİ?

Tarafların anlaşmak suretiyle hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ilkesi üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacakları konusu öğretide tartışmalıdır. Hâkim görüş²¹ tarafların aralarında anlaşmak suretiyle mahkemeyi bağlayıcı bir tasarrufta bulunamayacakları kabul etmektedir. Bu bağlamda örneğin, yeraltı treni ile ilgili bir kazada davacı davanın haksız fiil hükümlerine göre karara bağlanmasını; buna karşılık sözleşmeden ya da tehlike sorumluluğundan dolayı karara bağlanmamasını isteme hakkına sahip değildir. İleri sürülen talebi dayanağı olan ve birbiriyle yarışan normlar hâkimin göz önünde tutmak zorunda olduğu hukuki bakış açılarıdır. Eğer

¹⁸ **Postacıoğlu, İlhan:** Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 497-527), s. 510-512.

¹⁹ **Alangoya-İlkeler** s. 96 dn. 6.

²⁰ **Postacıoğlu, İlhan:** Medeni Usul Hukuku, 5. B., İstanbul 1975.

²¹ **Jauernig, Othmar:** Zivilprozessrecht, 27. Aufl., München 2002, s. 86; **Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter:** Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, s. 919; **Huber, Michael:** Grundfragen der Entscheidungsgründe im Zivilurteil (JuS 1987/6, s. 464-470), s. 464; **Schilken, Eberhard:** Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, s. 184; **Cahn, Andreas:** Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht (AcP 1998/98, s. 35-71), s. 35 vd; **Henckel, Wolfram:** Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg, 1961, s. 272. Karş. **Meier** s. 24 vd. Aksi görüş için bkz. **Lüke, Gerhard:** Grundsätze des Verwaltungsprozesses (JuS 1961/2, s. 41-48), s. 46; **Baur** s. 6; **Grunsky, Wolfgang:** Zum Umfang der Dispositionsbefugnis des Rechtsmittelklaegers bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes (ZZP 88/1 s. 49-64), s. 61. Yazar, mahkemenin en azından tarafların üzerinde tasarrufta bulunabileceği subjektif haklar bakımından tarafların anlaşarak ileri sürdükleri hukukî görüşlerle bağlı olmasını savunmaktadır.

davacı bir ya da daha fazla birbiriyle yarışan ve talebin dayanağını teşkil eden normlarını mahkemenin yapacağı yargılamadan hariç tutabilseydi sadece mahkemenin yetkisinde olan bir konuya müdahale etmiş olurdu. Bu ise davacının kesin hükmün sahip olduğu etkiyi sınırlandırabilmesi anlamına gelecektir. Bunun yanı sıra talebe temel teşkil eden normlar üzerinde davacının tasarrufta bulunabileceği kabul edilirse, onun daha sonra aynı konuda yeni davalar açabilmesinin de önü açılmış olurdu. Örneğin yeraltı treniyle ilgili kaza örneğinde görüldüğü gibi davacının salt aradaki sözleşme hükümlerine dayanarak dava açabileceği kabul edilirse; daha sonra yeniden aynı konuda bu sefer de haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açması mümkün hale gelecektir. Bu ise hukuk politikası bakımından istenmeyen bir sonuçtur. Bundan başka davacı böylelikle mahkemeyi aynı talep için pek çok meşgul etmiş olacak; davalı ise aynı talebe karşı pek çok kez savunmada bulunmak zorunda kalacaktır²².

Davanın dayandırıldığı sebeplerin bir ya da bir kaçından, nihai olarak, tek taraflı ya da karşılıklı anlaşmak suretiyle vazgeçilebilmesi kabul edilmektedir. Böyle bir işleme duyulan ihtiyacın sebebi psikolojik saikler olabilir. Bu bağlamda örneğin davacı belli bir olay hakkında kendisi bakımından istenmeyen hususların açıklanmasını bu şekilde engelleyebilir²³. Aynı şey davalı bakımından da söz konusu olabilir. Örneğin bir tazminat davasında sözleşmesel sorumluluk yerine kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca mahkûm edilmek davalı bakımından daha az rencide edici olabilir. Bunun yanı sıra davalının münferit dava gerekçelerinden bazılarında vazgeçilmesindeki menfaati küçümsenmemelidir. Zira bu şekilde onun davayı kazanma ihtimali artacaktır²⁴.

Mahkemenin tarafların hukuki değerlendirmesiyle bağlı olmayacağını kabul eden hâkim görüş, bu ilkeye maddi hukukun davacıya belli bir hukuki amaca farklı yollardan ulaşabilme imkânı sunduğu hallerde istisna tanınmaktadır. Örneğin davacı bir eşyanın iadesi için açtığı davayı mülkiyet iddiasına dayandırabileceği gibi zilyetlik iddiasına da dayandırabilir²⁵.

²² **Georgiades, Apostolos:** Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1967, s. 270. Aksi görüşte **Vital** s. 207. Yazara göre tarafların sahip olduğu irade özerkliği onlara davanın sadece belli bir hukukî sebepten dolayı kabulünü isteme yetkisi vermelidir. Karş. **Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter:** Zivilprozessordnung, 60. Aufl., München 2002, § 308, Rdnr. 6; **Thomas, Heinz/Putzo, Hans:** Zivilprozessordnung, 26. Aufl., München 2004, § 308, Rdnr. 4. Anılan son yazarlar, tarafların dava konusu üzerinde tasarrufta bulunma yetkilerinin saf usuli bir kavram olarak, maddî hukuk talep temellerine göre esaslı bir biçimde belirlenemeyeceğini belirtmişlerdir.

²³ **Schwander** s. 207; **Meier** s. 112.

²⁴ **Meier** s. 113.

²⁵ **Musielak-Kommentar** § 308, Rdnr. 15.

Tarafların aralarında anlaşmak suretiyle hâkimin hukuku kendiliğinden uygular ilkesi üzerinde tasarrufta bulunamamaları her şeyden önce emredici kurallar bakımından geçerlidir²⁶. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında tarafların iddia ve savunma olarak sunmuş oldukları vakıalardan ortada bir butlan sebebinin olduğunun açıkça anlaşılması halinde hâkimin bu butlan sebebinin kendiliğinden dikkate alacağına hükmetmiştir²⁷. Benzer şekilde taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi hâkim önüne getirilmiş olan vakıalardan bir hakkın TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına uygun kullanılmamış olduğunu²⁸, sözleşmenin kanuna, ahlak ve adaba aykırı olduğu veya muvazaalı bulunduğu veya davacı tarafından başka sebeplere dayanarak iptali istenen vasiyetnamenin aslında şekil noksanı ile sakat olduğu neticesine varırsa, hukuku kendiliğinden uygulama görevinden dolayı bunları kendiliğinden dikkate alıp davayı bu esaslar dairesinde sonuçlandırabilecektir²⁹. Bu bağlamda örneğin taraflar yazılı şeklin geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü bir sözleşmenin aslında bu şekle uyulmamış olmasına rağmen kendi aralarında bu sözleşmenin yapılmış olduğu konusunda anlaşabildiklerini mahkemeye bildirmiş olmalarının hiçbir etkisi olmayacaktır³⁰.

Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda açıkça bir hukuki sebebe dayanılması halinde Alman Temyiz Mahkemesi'nden farklı olarak artık başkaca şart aramaksızın, vakıalar mümkün kılınsa dahi diğer bir hukuki sebebe dayanılarak hüküm verilmesini engelleyecek kararlar vermiştir. Örneğin, Yargıtay sözleşmeye dayanarak kira parası istenen hallerde sözleşmenin şekil noksanı nedeniyle geçersiz olması halinde haksız iktisap kurallarına dayanarak hüküm vermemiştir³¹. Buna karşılık Alman Temyiz Mahkemesi ise daha isabetli olarak hâkimin hukuku kendiliğinden uygulama yetkisinin sınırlandırılabilmesi için davacının davasını taleplerden yalnız birine dayandırdığına dair tereddüde yer bırakmayacak bir irade açıklamasının bulunması gerektiğine hükmetmiştir³².

Hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesinin istisnalarından birini maddi hukukun bir hakkın kullanımını onun ileri sürülmesi şartına bağladığı haller gösterilebilir. Aslında kanımızca bu hallerde dahi hâkim hukuku kendiliğinden uygular kuralının istisnasından bahsedilemez. Zira bu hallerde

²⁶ Karş. **Cahn** s. 39, 45, 51, 58. Meier, bu konuda, İsviçre Usul Kanunları bakımından, davalının davanın reddini gerektiren sebeplerden bunlarla özel hukukun yasaklamış olduğu bir amaca ulaşılması söz konusu olmadığı müddetçe tek taraflı olarak ya da karşı tarafla anlaşmak suretiyle vazgeçebileceğini belirtmiştir. Bkz. **Meier** s. 106.

²⁷ **Üstündağ-Yasak** s. 77 dn. 151.

²⁸ Dürüstlük kuralının davada da uygulanması hakkında geniş bilgi için bkz. **Arslan, Ramazan**: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 49 vd.

²⁹ **Üstündağ-Yasak** s. 78 dn. 152a. Aynı yönde: **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 920.

³⁰ Karş. Meier s. 101 ve orada anılan yazarlar.

³¹ 4. HD 13.12.1974, YKD 1975/3 (**Üstündağ-Usul** s. 464 dn. 30).

³² **Üstündağ-Yasak** s. 61 dn. 104.

söz konusu hakkın ancak ileri sürülmek şartıyla etkili olacağını düzenleyen yine hukuktur. Diğer deyişle bu şekilde hareket etmekle hâkim aslında yine hukukun emrini yerine getirmiş olmakta; hukuku uygulamaktadır.

Kanımızca hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesinin en önemli istisnasını medeni hukuk anlamındaki defiler oluşturmaktadır. Zira bunlar dava dosyasından anlaşılrsa dahi ilgili tarafça ileri sürülmedikçe mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınmazlar³³.

Hâkim esas (kural) olarak davayı birden fazla hukuki gerekçe göstererek kabul etmek zorunda değildir. Aynı şey davanın reddi ihtimalinde de geçerlidir. Hâkimin davayı reddetmesi için akla gelen tüm hukuki gerekçelere kararında yer vermek gibi bir yükümlülüğü yoktur³⁴. Buna göre hâkim davanın ya da kabulünü ya da reddini haklı gösteren bir sebep bulduğunda buna göre kararını verebilir³⁵. Bunu yaparken hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesi gereği davanın reddi için davalının ileri sürmemiş olduğu bir hukuk kuralını da esas alması mümkündür³⁶.

Taraflar dava konusu haline getirmiş buldukları bir uyuşmazlık hakkında daha sonra davaya son veren taraf usul işlemlerinden olan sulh, kabul ya da feragat işlemlerinden biriyle tasarrufta bulunacak olurlarsa davaya bakan mahkeme bunun üzerine davanın konusuz kaldığını tespit ve tevsik etmekle yetinecektir³⁷. Bu işlemler bakımından tarafların mahkemenin hukuku kendiliğinden uygulaması yetkisini sınırlandırdıkları söylenebilecektir³⁸. Aynı şey kanımızca dava görülmeye başlandıktan sonra tarafların tahkime gitme konusunda aralarında anlaşmaları durumunda da geçerli olacaktır.

³³ **Kummer** s. 161; **Üstündağ-Yasak** s. 78; **Üstündağ-Usul** s. 544 vd. ; **Kuru-II**, s. 1761 vd. ; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 332 ; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 281 ; **Pekcantez/Atalay/Özkes** s. 335-336; **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. B., İstanbul 2006, s. 71-72. Karş. **Meier** s. 64. Yazar, hukuk normlarının usulen ileri sürülmesi ile medeni hukuk kapsamındaki bir normun unsurunu oluşturan irade açıklamasının ileri sürülmesinin birbirinden özenle ayrılması gerektiğini ifade ediyor.

³⁴ **Meier** s. 65.

³⁵ **Meier** s. 121. Karş. **Kuru-II** s. 1509.

³⁶ Karş. **Meier** s. 65.

³⁷ **Tanrıver, Süha**: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 96, 112, 115; Sulh bakımından bkz. **Önen, Ergun**: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 134. Davadan feragat ve davanın kabulü için bkz. **Önen, Ergun**: Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez (ABD 1976/1, s. 26-39), s. 30.

³⁸ Bkz. **Meier** s. 88. Fakat şu hususu da özellikle belirtmek gerekir ki söz konusu taraf usul işlemleri ancak tarafların üzerlerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri dava konuları bakımından caizdir. Aksi takdirde, yani iki tarafın arzusuna tâbi olmayan ve kamu düzenini yakından ilgilendiren davalar hakkında yapılan bu işlemler hiçbir geçerlilik taşımaz ve davayı sona erdirici bir fonksiyon da icra edemezler. Bkz. **Tanrıver** s. 85, 105. Bu bağlamda örneğin konusu para borcu olan bir edanın yerine getirilmesi hukuka ya da ahlaka aykırı ise davalının davayı tanıması hukukten geçersizdir. Bkz. **Meier** s. 91.

Davacı terditli dava açmak suretiyle de hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesini sınırlandırabilir³⁹. Zira burada mahkeme mutlaka önce asıl talebi inceleyecek ancak onun haklı olmadığı sonuna varırsa yardımcı talebi inceleyecektir⁴⁰. Fakat davacı davasını açarken taleplerini böyle bir sıralamaya tâbi tutmamış olsaydı mahkeme belki de davayı öncelikle onun yardımcı olarak ileri sürdüğü talebini dikkate alarak kabul edecekti.

Medeni yargılama hukukunda hâkim tarafların talepleriyle bağlıdır. Buna göre, hâkim davacının ileri sürdüğü talepten fazlasına ya da başkasına karar veremez. Buna karşılık taraflar bir davada hâkimin talepten fazlasına karar vermesi konusunda kendi aralarında anlaşabilirler. Bu durumda da hâkimin hukuku uygularken tarafların bu talebini dikkate almak zorunda olduğu kabul edilmektedir⁴¹.

III. HÂKİM HUKUKU KENDİLİĞİNDEN UYGULAMASI İLKESİNİN HUKUKİ DİNLENİLME HAKKIYLA OLAN İLİŞKİSİ

Hâkimin aydınlatma ödevi her şeyden önce hukuku uygulamakla görevli olan hâkimin (HUMK m. 76) bu görevini en iyi biçimde yapmasına yardımcı olur. Çünkü açık olmayan veya belirsiz bir istem veya olaylar hakkında hukukun doğru uygulanmasına olanak yoktur⁴².

Hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesi gereğince maddi vakıaları taraflar getirmek ve ispat etmekle birlikte hukuki nitelendirmeyi yapan ve hukuku uygulayan hâkimdir. Hukuk kurallarını hâkimin kendiliğinden uygulaması, tarafların bu konuda hiçbir etkide bulunamayacakları, görüş ileri süremeyecekleri anlamına gelmez. Maddi vakıaların gösterilmesi yanında taraflar hukukun uygulanmasını sağlama, özellikle uygulanacak hukuki sebepler bakımından düşüncelerini ileri sürme hakkına da sahip olmalıdırlar⁴³.

İleri sürülen vakıalar yargılamanın objesi iken hukuki sebepler yargılamanın objesi değildir. Hukuki dinlenilme hakkının taraflara sunduğu en önemli imkânın karara etki edebilmeleri olduğu düşünülürse kararın hukuki temelini oluşturan hukuki sebepler bakımından açıklama hakkı tanımamak, karara etki edebilmeyi oldukça sınırlandıracaktır. Hukuki

³⁹ Karş. **Meier** s. 86, 88.

⁴⁰ Bununla birlikte eğer davacının ikinci kademedeki incelenmesini istediği talep hâkimin kendiliğinden dikkate alacağı bir husus ise bu takdirde hâkim davacının sırası ile bağlı olmayacaktır. Bkz. **Muşul, Timuçin**: Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984, s. 133; **Alangoğlu/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 233.

⁴¹ Karş. **Meier** s. 88.

⁴² **Taşpınar, Sema**: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 99.

⁴³ **Özkes, Muhammet**: Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 131.

sebeplerle, talebin haklılığı konusunda hâkimin vereceği karar etkilenmeye çalışılır⁴⁴.

Tarafların hukuki sebepler hakkında açıklama yapmaları olaya uygulanacak hukuk kurallarının Anayasa'ya uygunluğunun denetimi bakımından; keza kanun yolunda yüksek mahkemelerin yapacakları denetim bakımından da önemlidir. Bundan başka hukuki sebebin ortaya konması ve tarafın bu konuda açıklama yapması bazen tarafın talebini de doğrudan etkilemektedir. Bu bakımdan hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafa açıklama imkânı tanınmalıdır. Zira hâkimin hukuki nitelendirmeyi doğru yapabilmesi tarafın talebinin tam olarak açıklanmasına bağlıdır⁴⁵.

Hâkim yargılamanın seyri esnasında ilk başta belirlemiş olduğu hukuki sebebi değiştirirse, böylelikle hukuken önem arz eden vakıaları da en azından kısmen değiştirmiş olacaktır. Daha önce önemli olan vakıaların daha sonra önemsiz hale gelebileceği gibi tersi de mümkündür. Bu durumda ise ilk başta önemsiz olduklarından taraflar onları ileri sürmeyi, iddia etmeyi yahut onlara karşı çıkmayı ihmal etmiş olabilirler. Bu bağlamda örneğin, taraflar A hukuki sebebinin dikkate alınarak vakıaları ileri sürmüş olabilirler. Buna karşılık hâkim onlara B hukuki sebebine göre cevap vermiş olabilir. Böylelikle hâkim aslında kendisine sorulmamış bir şey hakkında taraflara cevap vermiş olmaktadır. Yargısal hukuk bulmanın varlık nedeni (ratio legis) dikkate alındığında hâkimden tarafları zamanında doğru hukuki sebep konusunda ihtar etmesi ve onların bu hukuki bakış açısı altında iddiada ve savunmada bulunmalarına olanak tanınması beklenmektedir⁴⁶.

IV. HÂKİMİN ANAYASAYA, KANUNA VE HUKUKA UYGUN OLARAK VİCDANİ KANAATİNE GÖRE KARAR VERMESİ

Anayasa m. 138, I uyarınca hâkimler Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler (Anayasa m. 138, I). Hâkim, hukuk kurallarını bu sıraya göre uygular. Bunu yaparken de kendisinden daha üstün olan hukuk kuralına aykırı olan hukuk kuralını uygulamamakla yükümlüdür. Bundan başka kanunlar bakımından da özel nitelikte bir norm varsa onun uygulanması gerekir⁴⁷. Önceki tarihli özel

⁴⁴ Özekes s. 132.

⁴⁵ Özekes s. 136. Karş. Vital s. 209.

⁴⁶ Vital s. 212. Eğer hâkim, belirli bir sebebe müsteniden yargılamayı yürütürken, davayı beklenmedik başka bir hukukî sebebe dayandırarak sonuçlandırır ise taraflar beklemedikleri bir durumla karşılaşmış olacaklardır. Bu durum 1992-1993 Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı hazırlanırken de dikkate alınmış ve “hukukî dinlenilme hakkı tanınmadıkça, taraflarca talep edilmemiş veya tartışılmamış bir hukuk kuralı, mahkemece uygulanamaz” hükmü kabul edilmiştir. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 251 dn. 11.

⁴⁷ “...Görüldüğü üzere davacının amacı, borçlunun malvarlığındaki şeylerden bir veya birkaçını yürütmekte olan icra prosedürü içine alarak cebri icra organları (icra dairesi)

kanun ile sonraki tarihli genel kanunun çatışması durumunda yapılması gereken kanun koyucunun iradesinin araştırılmasıdır. Bu konuda önceden kesin tavır alınması doğru değildir⁴⁸.

1. KANUN HÜKMÜNÜN ANAYASAYA AYKIRI OLMASI

Bir davaya bakan mahkeme o davada uygulayacağı bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varırsa durumu Anayasa Mahkemesi'ne bildirir ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır (Anayasa m. 152; An. Mah. K. m. 28)⁴⁹. Şayet davaya bakan mahkeme ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmayarak yargılamaya devam ederse, taraflar bu hususu daha sonra esasla birlikte temyiz edebilirler.

Anayasa'ya aykırılık iddiasının ilk kez temyiz aşamasında ileri sürülmesi de mümkündür. Yargıtay da anayasaya aykırılık teşkil edebilecek durumu kendiliğinden dikkate alarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Anayasa Mahkemesi için kendisine gelmesinden itibaren beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmediği takdirde mahkeme yürürlükteki norma göre kararını verir. Şu kadar ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse buna uyulması gerekir (Anayasa m. 152, III). Eğer Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda iptal kararı verirse, iptal edilen norma dayanılarak hüküm verilemez⁵⁰.

tarafından satılmasını sağlamak ve alacağına kavuşmaktır. Dava dilekçesindeki anlatımlardan, davanın gerçek temeli ve sebebinin bu olduğu açıktır (HUMK m. 179/3). Bu noktada, *olaya uygulanacak kanun hükmünü bulmak, diğer bir anlatımla, vakıaların hukukî sebebini tayin etmek, kanunları kendiliğinden (re'sen) uygulamakla görevli olan hâkimin işidir (HUMK m. 76). Somut olayda uygulanacak kanun hükmünü genel nitelikteki Borçlar Kanununda değil (BK m. 18) maddî olguya uygun ve daha özel nitelikteki icra hukukunda aramak gerekir...*" (YHGK 14.4.2004 15-182/220: YKD 2004/9 s. 1347-1348).

⁴⁸ **Akyol, Şener:** Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2006, s. 195. Karş. **Meier** s. 65 dn. 245.

⁴⁹ "... Davacı taraf 3402 sayılı Yasa'nın 17. maddesi hükmüne dayanarak iptal ve tescil talebinde bulunmuştur. Davacı taraf 3402 sayılı Yasa'nın geçici 4. maddesinin 1. fıkrasında sözü edilen kesin hüküm ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğunu gerçekten de 17. maddenin getiriliş sebebiyle bu hükmün çelişki teşkil ettiğini ileri sürmüş ve Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Mahkemece Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığı tartışılmamış için esası göz önünde tutularak talebin ve davanın reddi yönüne gidilmiştir... Bu dava, davacı tarafından açıldığına ve Anayasa'ya aykırılık davacı tarafından ileri sürüldüğüne göre davayı uzatma maksadı söz konusu değildir. O halde iddianın ciddi olarak kabulü gerekir. İddia ciddi olarak kabul edildiği takdirde Anayasa'nın 152. maddesi hükmüne göre iddia hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmek üzere dosyanın örneğinin taleple birlikte Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi ve davanın ertelenmesi gerekir..." (8.HD 28.11.1988, 15864/15706: **Kuru-VI** s. 6313-6314).

⁵⁰ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 251. "... Açıldıktan sonra Anayasanın 38/2-3 hükümlerinin iptal edilmesi, böylece hukukî durumda hasıl olan değişiklik nedeniyle dava reddedilmiş olmasına göre, davacı idare dava açılmayacağı cihetle davacı aleyhine vekalet

2. TÜZÜK HÜKMÜNÜN KANUNA AYKIRI OLMASI

Anayasa'nın 115. maddesine göre tüzükler kanunlara aykırı olamaz. Hâkim bir davada uygulanacak tüzük hükmünün kanuna aykırı olduğu kanısına varırsa, kanuna aykırı tüzük hükmü yerine kanun hükmünü uygular⁵¹.

3. YÖNETMELİK HÜKMÜNÜN KANUNA VEYA TÜZÜĞE AYKIRI OLMASI

Yönetmelikler kanunlara ve tüzüklere aykırı olamaz (Anayasa m. 124). Hâkim, bir davada uygulanacak yönetmelik hükmünün kanuna (veya tüzüğe) aykırı yönetmelik hükmü yerine kanun (veya tüzük) hükmünü uygular⁵².

ücretine hükmolunması doğru değildir..." (5. HD 12.9.1977 5445/5655: **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 251 dn. 12).

⁵¹ Örneğin "...Bir yasanın açık buyruğuna aykırı olan veya orada yasaklanmayan fakat yasanın buyruğundakinin aksine olan tüzük ve yönetmelikler geçerli değildir (Bakınız Dr. Recai Seçkin, Hukuk Kurallarını uygulamada Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Anayasa'ya dayanan Kural Belirtme ve geçerli olmayan Tüzük gibi idari düzenleyici işlemler yerine daha üstün olan kuralı uygulama ödevleri, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 93-95). Mahkeme bu durumda geçersiz olan tüzük yerine Anayasa'nın 132. maddesinin buyruğuna uyarak düzenleyici hukuk işleminde geçerli olan üstün kuralı (BK'nun 100. maddesini) uygulamakla yükümlüdür. Adalet mahkemesi, Hukuk Genel Kurulu'nun ve Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, davayı durdurarak tüzük veya yönetmelik kurallarının yasaya aykırı bölümünün iptali için yanların (tarafaların) idare mahkemesinde dava açmasını isteyemez. HGK'nun 26.3.1963 tarihli kararıyla Dairemizin 25.1.1963 gün ve E. 62/2038, K. 633 ve 25.5.1964 gün, E. 963/11089, K. 2980 ve 30.9.1969 gün ve E. 6935, K. 8048 sayılı Kararları bu yoldadır. O halde kulübün Borçlar Yasasının 100. maddesiyle kendisine yüklenen bu yasal ödevi tüzüğün bir maddesine dayanarak red etmeye kalkışması, yasa kuralına aykırı olup üstün olan kural uyarınca kulüpçe ödenir. Davalı, yasa hükmüne göre rücu olanağı varsa adamına döner. Tüzüğün koyduğu kuralın, aksi yolda olduğu benimsenmiş olsa bile sonuç budur..." (4.HD 1.11.1976, 6024/9292: **Üstündağ**-Usul s. 833 dn. 50).

⁵² Örneğin "... Gerçekten tüzük ve yönetmelikler Anayasa'da da deyimini bulan hukuk kurallarıdır. Bu nitelikleriyle tüzük ve yönetmeliklere ilişkin Anayasa kuralları da mahkemeleri bağlar.- Bakanlıklar ve öteki kamu tüzel kişileri yürütme organları kendi görevlerin ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere, fakat, buna aykırı olmamak koşuluyla Anayasa'nın 113 üncü maddesinin buyruğuna yönetmelikler çıkarabilirler. Bu yetkinin amaca yasaların ve tüzüklerin uygulanmasında kolaylık sağlamadığıdır. Yoksa bu yetki idareye veya kuruluşa yasa ve tüzüklere aykırı kurallar getirmek yetkisinin verildiği anlamına gelmez. Yönetmeliğin yasa ve tüzüğe aykırı bulunup bulunmadığı bu esas uyarınca mahkemece incelenir. Aykırı ise az yukarıda açıklanan 132 nci maddenin buyruğuna uyularak ve Anayasanın 113 üncü maddesi hükmünce yönetmelik uygulanmaz. – Usulünce bir dava açılarak geçersizliği yoluna gidilmeyen bir yönetmeliğin mahkemelerce uygulama zorunluluğu bulunduğu düşünülemez. Çünkü mahkeme çatışan fakat öncelik ve uygulama dereceleri farklı olan kurallar karşısındadır. Farklı olan kurallardan öncelikle uygulanması gereken kurallardan hangisi olduğu 132 nci maddede açıklanmış ayrıca aksi yolda bir emir veren (bu emir düzenleyici yolda bir işlem sonunda yürürlüğe giren yönetmelik dahi olsa) makamın buyruğu bu kurala göre mahkemece uygulanmaz. Bu sonuç aynı zamanda Anayasa'nın 113 üncü maddesinin buyruğunu yerine

V. HÂKİMİN İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARINI KENDİLİĞİNDEN UYGULAMASI

Hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ilkesi içtihadı birleştirme⁵³ kararları bakımından da geçerlidir⁵⁴. Mahkemelerin benzer konulardaki kararları arasında çelişki olmaması, ilk mahkeme ve üst mahkemelerin benzer olaylar hakkında verdikleri aynı yöndeki kararlarla sağlanır. Üst mahkemelerin kendi kararları arasında ya da bir üst mahkeme ile diğer üst mahkemelerin kararları arasında uyum varsa, kanunlar ülkede aynı şekilde uygulanıyor demektir. Buna karşılık üst mahkemenin kararları arasında böyle bir uyum yoksa o zaman kanunların ülkede aynı şekilde uygulanmasını sağlamak için üst mahkeme kararları arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekir. Bu ise içtihatların birleştirilmesi yoluyla olur⁵⁵.

İçtihatların birleştirilmesi yoluna benzer olaylar hakkında birbirine aykırı en az iki Yargıtay kararının bulunması halinde gidilir⁵⁶.

İçtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılık gücü ile ilgili olarak iki yüksek mahkeme farklı anlama gelebilecek kararlar vermiştir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda “...İçtihadı birleştirme kararı, o zamana değin (kadar) hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek (amaç) edinmiş olan bir hukuk işlemi değildir. İçtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel (objektif) nitelikte olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir. Buna göre içtihadı birleştirme kararı yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yenilik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukuki bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuki işlemdir. Bundan ötürü bu işlem; genel, nesnel ve yenilik doğurucu nitelikte

getirme zorunluluğu doğrultusunda bir sonuçtur. Böylece mahkemeye bu kuralla yasaya aykırı olan yönetmeliği uygulamama ödevi de buyrulup yükletilmiş olmaktadır. Bu sonuç yönetmeliği iptal anlamına gelmeyip o eskisi gibi yürürlükte kalmakta devam edecektir...” (4.HD 15.1.1974, 1973/15712 : **Kuru-II** s. 1930).

⁵³ İçtihadı birleştirme yolunun gerekliliğine ilişkin düşüncelerin doğumu ve gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilge, Necip**: Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihat Birleştirme Kararları (A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s. 217-283), s. 246 vd.

⁵⁴ **Bilge/Önen** s. 296.

⁵⁵ **Kuru-V** s. 4942-4943; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 707.

⁵⁶ Adli yargı alanında içtihatların birleştirilmesi, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nda (m. 7, m. 15/2, m. 16/5, m. 17/1 c, m. 45, m. 58) ve Yargıtay İç Yönetmeliği’nde (m. 13, m. 14) düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, yürürlükten kalkmış bulunan 1730 sayılı Yargıtay K. m. 22/3 ve m. 51 gereğince hazırlanmış ve yayımlanmış, İçtihadı Birleştirme Görüşmelerine ve Kararların Yazılmasına İlişkin (18 maddelik) bir İlke Kararı vardır. Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 708.

bir işlem olan yasa koyma işlemi ile bir tutulamaz ve içtihadı birleştirme kararı veren Yargıtay'ca Türkiye Büyük Millet Meclisine özgü yasama yetkisinin kullanılmış ve böylece Anayasa'nın öngördüğü güçler ayrılığı ilkesinin çiğnenmiş olduğu ileri sürülemez..."⁵⁷sonucuna varmıştır.

Yargıtay ise konuya ilişkin kararında "...Bir konunun içtihadı birleştirme kararıyla aydınlatılması, ameli sonuç bakımından, o konuda yeni bir yasa (kanun) çıkarılması anlamına gelmektedir. Davanın açıldığı tarihte görevli bulunan bir mahkemenin sonradan çıkan bir yasa ile görevsiz hale gelmesi üzerine verilecek görevsizlik kararında, yanlış mahkemeye dava açmamış olması yüzünden gidere sebebiyet vermiş bulunmayan davacıya gider yükletilmesi düşünülmeyişi gibi hukuki durumun açık olmaması dolayısıyla görevli sayılan mahkemeye dava açmış bulunan davacıya da, sonradan çıkan içtihadı birleştirme kararıyla benimsenen hukuk kuralına göre görevsiz duruma giren mahkemenin vereceği görevsizlik kararıyla, davalı yararına olarak davacıya, dava giderleri yükletilemez..."⁵⁸ ifadelerine yer vermiştir⁵⁹. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin kararında geçen hukuki görüş daha isabetlidir. Bir konuda içtihadı birleştirme kararı verilmiş olması o konuda kanun çıkarıldığı anlamına gelmemektedir. Kanunda düzenleme fonksiyonu; içtihadı birleştirme kararlarında ise yorumlama ve aydınlatma (açıklığa kavuşturma) fonksiyonu daha ön plândadır.

İçtihadı birleştirme kararları, ilke kararlarıdır ve benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar (Yargıtay K. m. 45, V). İçtihadı Birleştirme Kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını ve dairelerin bağlamasını şu şekilde anlamak gerekir: Yargıtay Büyük Genel Kurulunun vermiş olduğu İçtihadı Birleştirme Kararları bütün adliye mahkemelerini, bütün Yargıtay

⁵⁷ Karar için bkz. RG 29.1.1970, sayı: 13412, s. 11-13.

⁵⁸ YHGK 20.2.1963, 4/71-21 (AD 1963/5 s. 776-777).

⁵⁹ İçtihadı birleştirme kararları bir davanın sonuçlandırılmasıyla değil yalnız bir ilkenin tespitiyle ilgilidir. Bununla birlikte kanunlarda olduğunun tersine Anayasa Mahkemesi'nin veya başka bir merciin Anayasaya uygunluk denetimine tabi değildir. Özellikle bir kanun hükmünün yorumlanışına ilişkin olmaları halinde yorumlama sonunda kanun metnine Anayasa'ya aykırı bir anlam verildiğinde denetime tâbi olmamaları eleştiri konusu yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında içtihadı birleştirme yoluyla veya başkaca bir yolla mahkemelerin bir kanun metnine verdikleri anlamın anayasaya aykırı olması ile bağlı olmadığını; kendisi kanun metninin Anayasa'ya aykırı olup olmadığına yalnız kanun metninin göz önünde tutarak kendi hukuk anlayışına göre karar vereceğini kabul etmiştir (AYM 21.11.1967, E. 967-9/K. 967-41). Böyle olunca, Yargıtay'ca kendisine Anayasa'ya aykırı bir anlam verilen kanun, içtihadı birleştirmedeki anlamıyla uygulanmaya devam edecektir. Bkz. **Edis** s. 232-233. Karş. **Bilge**-Yargısal İçtihatlar s. 263-266. Oğuzman/Barlas içtihadı birleştirme kararları arasında bir ayırım yapmakta ve bir kanun boşluğunu dolduranların, bağlayıcı güçte yeni bir hukuk kuralı yarattıklarını ve bundan dolayı hukukun bir yürürlük kaynağı teşkil ettiklerini; bunu karşılık sadece mevcut bir hükmün yorumlanmasına ilişkin içtihadı birleştirme kararlarında ise böyle bir özelliğin bulunmadığını savunmaktadırlar. Bkz. **Oğuzman/Barlas** s. 103.

dairelerini ve Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulunu bağlar. Buna karşılık Hukuk İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun vermiş olduğu İçtihadı Birleştirme Kararları yalnız hukuk mahkemelerini, Yargıtay hukuk dairelerini ve Hukuk Genel Kurulunu bağlar; ceza mahkemelerini, Yargıtay ceza dairelerini ve Ceza Genel Kurulu'nu bağlamaz⁶⁰.

İçtihadı birleştirme kararlarının mahkemeler bakımından bağlayıcı olması Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesine aykırı değildir⁶¹. Bu maddeye göre hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler (AY m. 138, D). Bu maddedeki sıraya göre vicdani kanı etkeni, en son sırada anılmıştır. Bu, ilke olarak anayasa, kanun ve hukuk kuralları çerçevesinde edinilecek vicdani kanının yargıya temel tutulacağını göstermektedir. Şu halde hâkimin anayasaya, kanuna ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdani kanısından ve bu yönden anayasaya aykırılıktan bahsedilemez⁶².

Mahkemeler görmekte oldukları davalarda yeni çıkan içtihadı birleştirme kararlarını da dikkate alırlar. Bir dava hakkındaki karar daha önce Yargıtay tarafından bozulmuş ve mahkemenin bu bozmaya uymuş olması nedeniyle usule ilişkin kazanılmış hak doğmuş olsa bile mahkeme,

⁶⁰ **Kuru-V** s. 4956. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **Kuru, Baki**: İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977, s. 28 vd.

⁶¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 711. Yılmaz'a göre içtihadı birleştirme kararları hukuku dondurmamakta; aksine daha da ileriye götürmektedir. Çünkü genel olarak içtihadı birleştirme kararlarına bakıldığında konuların büyük bir hassasiyetle incelenip irdelendiği, lehte ve aleyhte her türlü görüşün ortaya konduğu ve tüm uygulamacılara yol gösterici şekilde, çelişkili kararları ortadan kaldıracı nitelikte oldukları görülür. Bkz. **Yılmaz, Ejder**: "İçtihadı Birleştirme" veya "Adalettaki Çelişkiye Sonverme" İhtiyacı (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 9-10 Haziran 2000, Ankara 2000, s. 3-19), s. 17. Postacıoğlu'na göre belirli bir yargı organının mevcut bir içtihatları birleştirme kararını eleştirerek buna aykırı bir içtihat oluşturması ve böylelikle mevcut içtihatları birleştirme kararının değiştirilmesi prosedürüne hareket noktası oluşturacak bir emsal yaratması yargı organının bağımsızlığının zorunlu bir sonucudur ve böyle bir yetkinin kullanılması söz konusu yargı organı için hiçbir suretle bir sorumluluk sebebi sayılamaz. Bkz. **Postacıoğlu** s. 106. Aksi görüş için bkz. **Duran, Lütfi**: Tevhid-i İçtihat Nedir? (SİM C. XXIII, Sayı: 269 s. 226-229), s. 228-229. Yazara göre mahkemelerin içtihadı birleştirme kararlarına uymaya mecbur edilmeleri ile içtihatların gelişimi engellenmekte ve hatta içtihat kapısı sıkı şekilde kapatılmaktadır. Hatta ona göre bu şekilde hâkimlerin bağımsız ve vicdanlarının sesine uyarak karar verme yetkilerine de müdahale edilmiş olmaktadır. Karş. **Üstündağ**-Usul s. 63-64.

⁶² Bkz. AMKD 1970 VII s. 344-347 (**Bilge-Yargısal İçtihatlar** s. 273). Bilge, Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen bu gerekçeye ilaveten yüksek yargı mercileri tarafından verilen İçtihadı Birleştirme Kararlarının da daha başka bir organ tarafından denetlenmesinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmesi durumunda aynı mantık ile devam edilecek olursa her yargı mercii için daha başka bir denetleme organı bulma çabası içine girilmesinin gerekeceğini, bunun ise işlerin sonunu getirme olanağını ortadan kaldıracağını ifade etmiştir. Bkz. **Bilge-Yargısal İçtihatlar** s. 274.

bozma kararıyla gösterilen yolu bırakarak, yeni içtihadı birleştirme kararı gereğince inceleme yapmak ve karar vermekle yükümlüdür⁶³.

VI. HÂKİMİN YABANCI HUKUK KURALLARINI UYGULAMASI

Hâkimin hukuku kendiliğinden uygulayacağı daha önce belirtilmişti. Acaba burada kastedilen sadece millî hukuk mudur, yoksa buraya aynı zamanda yabancı hukuk da dâhil midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, hâkimin hukuku bildiği varsayımı, hâkimin gerektiğinde hukuku özel olarak araştırabilme imkânı ile yürüyebilmektedir. Bu araştırma imkânı ise hâkim bakımından ancak kendi millî hukuku için düşünülebilir. Zira hâkimler genellikle sadece kendi millî hukuklarına göre yetiştirilmişlerdir. Bundan dolayı yetişmiş oldukları bir hukuk çerçevesi içerisinde kanunları ve bunların anlamlarını bilebilme veya bunları şahsen araştırarak tespit edebilme imkânları dikkate alındığında iura novit curia ilkesinin millî hukuklar için geçerli olabilmesi normal karşılanır. Buna karşılık bu ilkenin hâkimin yabancı hukuku da bilmesi şeklinde anlaşılması olanaksızdır⁶⁴.

Hâkimin davada uygulanacak yabancı hukuk karşısındaki durumu, önce HUMK m. 76 c. 2 ve 3 ile düzenlenmiştir⁶⁵. Fakat daha sonra yürürlüğe giren

⁶³ **Kuru-V** s. 4771 vd.

⁶⁴ **Nomer/Şanlı** s. 181-182; **Nomer** s. 43. Yazar üniversitelerde yabancı hukukun ya hiç okutulmadığını ya da çok sınırlı ölçülerde okutulduğunu; yabancı hukukun kısmen karşılaştırmalı hukuk kısmen de devletler özel hukuk derslerinde ve ancak bu hukuk dallarının kendi ilkeleri dâhilinde öğretildiğini, hukuk tahsili yapan öğrencilerini büyük çoğunluğunun öğrenimlerini sınav konularına hasrettiklerini, dolayısıyla üniversite öğrenimini tamamlayarak hâkim olmuş bir hukukçudan yabancı hukuk hakkında bilgi istenmesinin imkânsız olduğunu ifade etmiştir. Keza ona göre, yabancı hukuk ile özel olarak ilgilenenler de yabancı hukuklar hakkında güvenilir ve ayrıntılı bir bilgiye kolaylıkla sahip olma imkânından mahrumdurlar. Bundan dolayı hâkimlerin çok nadir olmakla beraber gerekli yazılı kaynakları temin edebildikleri kabul edilse dahi, yabancı dil bilme zorunluluğu varsayımının yabancı hukuk için hiçbir şekilde düşünülemeyeceğini açıkça belirtmektedir. O halde bir varsayım olarak dahi, hâkime yabancı hukuku bilme külfeti yüklenemez. Onlardan yabancı hukukun uygulanması gerekli kanun hükümlerini ve anlamlarını tespit için araştırma yapması da istenemez. Varılan bu sonuç, iura novit curia kuralının yabancı hukuk için söz konusu olamayacağını kesin ifadesidir (s. 43-44). Karş. **Sivrihisarlı** s. 45. Benzer bir görüş için bkz. **Geisler, Werner**: Zur Ermittlung auslaendischen Rechts durch Beweis im Prozess (ZZP 91/2, s. 176-197), s. 176. Yabancı hukuk, Alman Usul Kanunu şerhlerinde de iura novit curia ilkesinin bir istisnası olarak gösterilmiştir. Bkz. örneğin **Zöller, Richard**: Zivilprozessordnung, 25. Aufl., Köln 2005, § 293, Rdnr. 1; **Musiak, Hans-Joachim**: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl., München 2005, § 293, Rdnr. 1 ; **Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter**: Zivilprozessordnung, 60. Aufl., München 2002, § 293 Rdnr. 2.

⁶⁵ HUMK m. 76'nın zımnen yürürlükten kaldırılmış olan ikinci ve üçüncü cümlesi şu şekildedir: " Ancak bir ecnebi hukukunun tatbiki lazım olan hallerde buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunamazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur".

5718 (eski 2675) sayılı MÖHUK m. 2 ile söz konusu hükümler zımnen yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁶. MÖHUK m. 2'ye göre⁶⁷, hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını (MÖHUK m. 8 vd.) ve bu kurallara göre yetkili (davada uygulanacak) olan yabancı hukuku kendiliğinden uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir. Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk hukuku uygulanır. Davada uygulanacak yabancı hukuk kanunlar ihtilâfı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır⁶⁸.

Kanunlar ihtilâfı kuralları yabancı hukukun uygulanmasını emrediyorsa bu, gerçekten yabancı bir hukukun uygulanması anlamına gelir. Yetkilendirilen yabancı hukuk, millî hukuk olmayıp, yabancı bir hukuktur. O halde yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının emriyle “yabancı hukuk” olarak dikkate alınması, ona bir yürürlük karakteri tanınması meselesi olmaktadır. Yabancı hukuk, hukuk olarak, fakat yabancı hukuk olarak kalmakta ve hâkim tarafından yabancı kendi kanunlarının emri gereği uygulanması onu “mahalli hukuk” haline getirmemektedir⁶⁹.

Türk usul hukukunda tarafların veya ilgili tarafın yabancı bir kanunun uygulanmasını ileri sürmesi gerekli değildir. Hâkim tıpkı maddi hukukta olduğu gibi, uygulanması gerekli yabancı hukuku devletler özel hukuku kurallarına göre kendisi belirler. Bu, hâkimin resmi görevidir⁷⁰.

⁶⁶ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 336; **Kuru-II**, s. 1931. MÖHUK m. 2, I c. 1 hükmü HUMK 76 c.2'den farklı olarak hâkime yabancı hukukun hükmünü araştırma görevi de vermiştir. Bkz. **Tekinalp, Gülören**: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. B., İstanbul 2006, s. 42.

⁶⁷ Maddenin gerekçesi için bkz. **Ruhi, Ahmet Cemal**: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 2003, s. 27.

⁶⁸ “...Hukukumuzda veraset belgesi, çekişmesiz yargı yolu ile mahkemelerce verilmekte olup (HUMK m. 8) unsurlarından biri üzerinde ihtilaf halinde, çekişmeli yargı yolu ile iptali ve doğrusunun düzenlenmesi mümkündür. Bir yargı işlemi olması sebebiyle; hâkim, düzenleme sırasında tüm Türk Kanunlarını gözetmek zorundadır (HUMK m. 76). *Türk kanunları uyarınca “re’sen” hüküm vermek mecburiyetinde olan hâkimin, kendi devletler özel hukuku kurallarını re’sen tatbik edeceğinde tereddüt yoktur (Dr. Ergin Nomer, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972, s. 48). Nitekim Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, yabancı kararların tanınması ve tenfizini düzenleyen 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesinde, “ Hâkim, Türk Kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir hükmü öngörülmüştür. Bu bağlamda istemin, Resmi Gazete’nin 22 Mayıs 1982 günlü sayısında yayınlanmak suretiyle dava tarihinden önce yürürlüğe giren, 20.05.1982 tarih, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’a göre incelenmesi gerekmektedir...” (YHGK 24.3.2004, E. 2004/2-184, K. 2004/166: Kazancı İçtihat Bankası).*

⁶⁹ **Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal**: Devletler Hususi Hukuku, 12. B., İstanbul 2003, s. 181.

⁷⁰ Bununla birlikte kanunlar ihtilâfı kurallarının tarafların iradesini dikkate aldığı konularda, uygulanması gerekli hukukun taraflarca veya ilgili tarafça ileri sürülmesi zorunlu olabilir.

Hukukumuzda maddi vakıaların ilgili tarafça ileri sürülmesi mecburiyeti ve hâkimin taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamayacağı kabul edildiğinden yabancı hukukun uygulanmasını temin edebilecek bağlanma noktalarının, yani ilgili vakıaların da taraflarca veya ilgili tarafça iddia ve ispat edilmesi gerekir. Bundan dolayı yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin anlaşılması için belli vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilinmesine ihtiyaç duyuluyorsa bunun ispatı lazımdır ve bu konuda ispat yükü hukuk kurallarından yararlanmayı ümit eden tarafa aittir⁷¹. Bununla birlikte burada teknik anlamda bir ispat faaliyetinden bahsedilemez⁷². Kendisine ispat külfeti düşen taraf, iddiasına dayanak teşkil eden vakıayı ispat edemediği takdirde, artık ondan hukuki bir sonuç çıkarma hakkını kaybeder. MÖHUK m. 2’de sözü edilen ispat ödevi ile kastedilen ise hâkime yabancı hukukun bilinmesinde bir yardım temin etmekten ibarettir. Yabancı hukuku uygulaması gereken hâkim elindeki tüm imkânları kullanarak yaptığı araştırmaya rağmen bu bilgiyi sağlayamamışsa, yabancı hukukun uygulanması, onun uygulanmasında menfaati olan tarafın bu bilgiyi hâkime temin etmesine bağlıdır. Taraf bu bilgiyi temin edemediği veya ispat edemediği takdirde, yabancı hukukun uygulanmaması sonucuna katlanmak zorundadır⁷³. Çünkü tüm araştırmalara rağmen⁷⁴ yabancı hukukun olaya uygulanacak hükümlerinin tespit edilememesi halinde Türk hukuku uygulanacaktır⁷⁵.

Bu, özellikle akit statüsü alanında görülür. Türk kanunlar ihtilafı hukukunda akit statüsü alanında tarafların iradesine bir bağlama kuralı niteliği tanınabildiği ölçüde (akitlerde irade muhtariyeti), tarafların veya ilgili tarafın seçmiş oldukları hukuka dayanmaları, bu hukukun belirlenmesi için aranabilir. Aksi halde hâkimler kanunlar ihtilafı kurallarının göstermiş olduğu yabancı hukuku uygulama mecburiyeti devam eder. Bkz. **Nomer/Şanlı** s. 183.

⁷¹ **Nomer/Şanlı** s. 183.

⁷² **Umar/Yılmaz** s. 22; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 336; **Kuru-II** s. 1931.

⁷³ **Nomer/Şanlı** s. 186.

⁷⁴ "... Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, davacı M.P.’nin 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 25/c madde ve bendi uyarınca Bakanlar Kurulu’nun 7.5.2001 gün ve 2447 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığından çıkartıldığı ve bu nedenle nüfus kaydının kapatıldığı anlaşılmaktadır. Bu dava ise davacının Türk vatandaşlığını kaybettiği tarihten sonra 12.3.2003 gününde açılmıştır. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Yasa’nın 2. maddesinde; *Hâkim tarafından öncelikle Türk vatandaşı olmayan davacıya uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekeceği hususuna değinilerek tüm araştırmalara rağmen ilgiliye uygulanacak hukukun tespitinin mümkün olmaması halinde ancak Türk hukukunun uygulanacağı açıkça öngörülmüştür.* Yasanın bu açık hükmü karşısında gerekli araştırma ve tespitler yapılmadan doğrudan Türk Hukuku uygulanmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmaktadır..." (18. HD E. 2005/2899, K. 2005/4027 : Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁵ Tarafların yabancı kanun hükmünün içeriği konusunda anlaşmış olmaları hâkimi bağlamaz. Hâkim kendi araştırmalarına dayanarak hükmün doğruluğunu araştırır ve araştırmak zorundadır. Yabancı hukukun tespit edilen içeriğinin Türk hukuku ile aynı olması bu hukukun kenara bırakılmasına neden olmaz. Bkz. **Çelikel, Aysel**: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. B., İstanbul 2000, s. 158.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığa kanunlar ihtilafı kuralları gereğince, belirli yabancı bir hukukun uygulanacağı sonucuna varıldıktan sonra bu yabancı hukukun içeriğinin nasıl tespit edileceği, yani mahkemece mi, yoksa taraflarca mı araştırılacağı sorusuna cevap bulmak gerekir⁷⁶. Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun içeriğinin tespitinde taraflardan yardım isteyebilir (MÖHUK m. 2, I). Tarafların talebi olmaksızın, hatta tarafların istekleri hilafına yabancı bir hukukun uygulanmasına kendiliğinden⁷⁷ karar vermek zorunda olan hâkimin, yabancı hukukun içeriği için yabancı hukukun uygulanmasına dayanan tarafa bağlı kalması bizzat usul hukukumuzun sistemine aykırı düşer. Uygulanması gereken yabancı hukukun ilgili kurallarını biliyorsa, hâkimin bunları kendiliğinden uygulayacağından şüphe yoktur. Bilmiyorsa hâkim taraflardan yabancı hukukun içeriğini tespit için yardım isteyebilir. Yabancı hukukun tespiti için taraflara yüklenecek yardım mükellefiyeti hâkimin yabancı hukukun içeriğini kendiliğinden araştırmasına engel değildir⁷⁸.

Hâkim meseleyi yabancı kanun metinlerinden yararlanmak suretiyle veya yabancı mahkeme kararları ve literatürü inceleyerek veya herhangi bir şekilde yabancı hukuku bizzat tespit etmişse artık yardım söz konusu olmaz. Çünkü ispat etmek ile hâkimi bir vakıya ait iddianın doğruluğuna ikna amacıyla ilgili tarafın yaptığı bir işlem anlaşılır. MÖHUK m. 2 yabancı hukukun tespiti konusunda hâkime geniş bir serbesti tanımıştır. Bu serbesti içinde yabancı hukukun araştırılması için takip edilecek usul, hâkimin görev anlayışına bırakılmış olmaktadır. Çünkü hâkim ne tarafların ne iddia ve ispat taleplerine ne de vakıa ispatının sınır ve şekillerine ne de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ispat araçlarına bağlıdır. İspat usulünde sahip olduğu serbesti gereği, hâkim imkân dâhilinde bulunan tüm bilgi kaynakların kullanmak hususunda hem yetki hem de mükellefiyet sahibidir. İlgili taraf (veya taraflar) da yabancı hukukun içeriğini mahkemeye her türlü kanat verici delille ispat edebilme hakkına sahip bulunmaktadır. Şüphesiz hâkim, taraflarca verilmiş olan bilginin doğruluğu ve tamlığı hakkında yeterli bir kanaate ulaşmış ise bunlara dayanarak hüküm verebilir. Hâkimden ilk aşamada kendi şahsi bilgisini değerlendirmesi ve uygulaması beklenir. Hâkim davada uygulanacak yabancı hukuk hakkındaki bilgisini ya herkes tarafından bilinen bir bilgi olarak veya dava dışında, kendi şahsi araştırmalarıyla, örneğin yabancı kanun metinlerini, yerli veya yabancı öğretiyi ve uygulamasını inceleme sonucunda elde etmiş olabilir. Bu yolun dışında, hâkim diğer bilgi kaynaklarına resmen başvurabilir⁷⁹.

⁷⁶ Nomer/Şanlı s. 183-184.

⁷⁷ Alman hukukunda da hâkimin bu araştırmayı kendiliğinden yapacağı ifade edilmektedir. Bkz. von Lorenz, Fastrich: Revisibilitaet der Ermittlung auslaendischen Rechts (ZZP 97/4, s. 423-445), s. 425 vd.

⁷⁸ Nomer/Şanlı s. 183-185.

⁷⁹ Nomer/Şanlı s. 187.

Yabancı hukukun gerçek içeriğinin tespit edilmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Türk hâkimi yabancı hukuku, yabancı hâkimin onu uyguladığı şekliyle uygulayacaktır. Bu nedenle, yabancı hukuk yabancı mahkemeler tarafından nasıl uygulanmakta ise Türk hâkimi de yabancı hukuku öyle uygulayacaktır.

Davada uygulanacak hukuk, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne⁸⁰ katılmış olan bir devletin⁸¹ hukuku ise hâkim bu sözleşme gereğince Adalet Bakanlığı aracılığıyla o yabancı devlet hukuku hakkında bilgi verilmesini istemelidir. Çünkü Türkiye bu sözleşmeye taraftır⁸².

İlk derece mahkemesinin uyuşmazlığın halli için hangi hukuk düzenini uygulayacağı devletler özel hukuku tarafından tespit edilir. Uygulanması gerekli hukuk düzeni hakkında yapılan hata, kanunlar ihtilafı kurallarının yani iç hukukun ihlali anlamına gelir. Bu sebeple ilk derece mahkemesinin kararını, uygulanması gerekli Türk hukuku yerine yabancı bir hukuka veya uygulanması gerekli yabancı hukuk yerine Türk hukukuna veya diğer bir yabancı hukuka dayandırmış olması bozma sebebidir⁸³.

Öğretide bir görüş yabancı hukukun bir vakta olarak ele alınmasından hareketle bu hukukun yanlış uygulanmasının maddi meselenin takdirinde hata (HUMK m. 428/5) nedeniyle bozulabileceğini ileri sürmektedir⁸⁴. Hâkim görüş ise yabancı hukuk kuralının HUMK m. 428/1 anlamında hukuk kuralı içine sokarak temyiz denetimini kabul etmektedir⁸⁵. Buna karşılık yine de yabancı hukuk kuralının denetimi ile iç hukuk kuralının denetimi arasında

⁸⁰ RG, 26.8.1975, sayı 15338.

⁸¹ Sözleşmeye taraf olan ülkeler için bkz. **Ruhi** s. 28.

⁸² **Kuru-II** s. 1934.

⁸³ **Kuru-V** s. 4535. Bu konuda Alman Medeni Usul Kanunu ise biraz daha farklı bir hüküm kabul etmiştir. DZPO § 293'e göre " Bir başka ülkede cari olan hukuk, örf ve âdet hukuk ve statüler, mahkeme tarafından bilinmediği ölçüde ispata muhtaçtır. Bu hukuk normlarının araştırılıp ortaya çıkarılmasında, mahkeme, tarafların getireceği deliller ile sınırlandırılmış değildir. mahkeme, diğer bilgi kaynakların dahi kullanmaya (bu kaynaklardan istifade etmeye) ve böyle bir kullanma amacı ile gerekli olanı emretmeye yetkilidir" (**Üstündağ** s. 835-836). Buna karşılık Alman hukukunda yabancı hukuka aykırılık bir temyiz sebebi olarak kabul edilmemiştir (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 336 dn. 25; **Sivrihisarlı** s. 54). Bunun gerekçesi Yargıtay'ın millî hukukun uygulanmasında yeknesaklığı (birliği) temin etme amacıyla kurulmuş olmasıdır. Bkz. **Üstündağ** s. 836. Yargıtay'ın kuruluş amacı hakkında daha geniş bilgi için bkz. **Seçkin, A. Recai**: Yargıtay-Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi, Ankara 1967, s. 3 vd.

⁸⁴ **Üstündağ-Tasarı** s. 177. Yazara göre yabancı hukuk bir vakta olarak ele alınmalıdır. Bundan dolayı yabancı hukuka aykırılık Yargıtay tarafından denetlenmemelidir. Yazar görüşünü Alman hukukundaki temyiz edilemezlik kuralının HUMK m. 76 ile beliren Türk hukukuna uygun olduğunu ve Yargıtay'ın amacının ulusal hukukun birliğini sağlamak olduğunu belirterek görüşünü gerekçelendirmekteydi. **Bkz. Üstündağ**-Usul s. 836. Bu konuda ayrıca bkz. **Uluocak, Nihal**: Kanunlar İhtilafı, İstanbul 1971, s. 35.

⁸⁵ **Kuru-V** s. 4535; **Postacıoğlu** s. 723. Karş. **Nomer** s. 135 ; **Nomer/Şanlı** s. 193.

bir derece farkının bulunduğu kabul edilmelidir. Zira Yargıtay'ın yabancı hukuk bakımından soyut hukuk kurallarını doldurarak içtihat geliştirmesi gibi bir görev kendisinden beklenemez. Bu, iç hukuk kuralları bakımından geçerli olabilir. Fakat adaletin yargı organlarına başvuran herkes için aynı biçimde sağlanması, mahkemelere güvenin sarsılmaması bakımından içtihatların yeknesak olması gereklidir. Uluslararası ilişkilerin gösterdiği gelişim göz önüne alındığında yabancı hukuk kurallarının tamamen denetim dışı bırakılması yabancıların Türk mahkemelerinde eşitlik ilkesi gereği hak arayabilmeleri bu konuda Yargıtay denetimini gerekli kılmaktadır⁸⁶.

VII. HÂKİMİN ÖRF VE ÂDET HUKUKUNU UYGULAMASI

Örf ve adet hukukunun önemi özellikle bir dava hakkında kanunda uygulanabilir bir hükmün bulunmadığı hallerde görülür⁸⁷. TMK m. 1, II uyarınca “kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim örf ve adet hukukuna göre ... kararını verir”.Yazılı medeni hukuk kurallarının yetersiz olacağı düşüncesinden hareketle, kanun koyucu, kanun boşluklarının örf ve adet hukuk kuralları ile doldurulacağı esasını benimsemiştir⁸⁸. Diğer deyişle kanun koyucu, örf ve adet hukuku kurallarının, kanun boşluklarının doldurulmasında talî bir hukuk kaynağı olarak görmektedir⁸⁹.

HUMK m. 76'ya göre hâkim kendiliğinden Türk “kanunları” gereğince karar verir. Örf ve âdetin 76. maddedeki “kanun” teriminin kapsamına girip girmeyeceği, diğer bir deyişle örf ve âdetin hâkim tarafından kendiliğinden mi dikkate alınacağı yoksa taraflarca mı ispat edilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre hâkim örf ve âdeti kendiliğinden göz önüne

⁸⁶ **Sivrihisarlı** s. 58-59. Karş. **Nomer/Şanlı** s. 192. Yazarlara göre temyiz mahkemesinin varlık nedeninin sadece hukukun uygulanmasında birliğin sağlanması olduğu kabul edilecek olursa yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının onun denetimi dışında kalması gerektiği söylenebilir. Ancak diğer taraftan aynı tip maddî ilişkilere, ülkenin çeşitli mahkemeleri tarafından verilen birbirinden farklı kararlar mahalli hukuk birliğini tehlikeye sokabilecek nitelikte olursa, yabancı hukukun bu yönden temyizen kontrolü kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Buna karşılık temyiz mahkemesinin görevinin hukukun uygulanmasında birliğin sağlanmasının yanı sıra somut olay adaletinin de sağlanması olduğu kabul edilecek olursa yabancı hukukun uygulanmasının temyiz denetimine tabi olması gerektiği konusunda tereddüt edilmemelidir.

⁸⁷ Ancak vurgulayarak belirtmek gerekir ki, hâkimin örf ve âdet hukukunu uygulayabilmesi için araştıracağı ilk husus, kanunda açık ya da örtülü bir boşluğun (gerçek boşluk) bulunup bulunmadığıdır. Bunu yaparken de hiçbir uygulanabilir hüküm bulunmamasının gerçekte bir boşluk mu oluşturduğu yoksa kanun koyucunun bu konuda hiçbir çözüm getirmemesinin bir negatif çözüm mü olduğudur. Bkz. **Dural/Sarı** s. 82.

⁸⁸ **Serozan, Rona**: Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul 2004, s. 85.

⁸⁹ **Edis, Seyfullah**: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s. 102. Bir geleneğin ya da göreneğin örf ve âdet hukuku kuralı düzeyine çıkıp boşluk doldurucu hukuk kaynağı sayılabilmesi için a) o kuralın sürekli uygulanması, b) bu sürekli uygulamanın ülke çapında geniş kitleler tarafından benimsenmesi, c) kuralın bağlayıcılığı konusunda yerleşik yaygın bir kanının bulunması gerekmektedir. Bkz. **Serozan** s. 85.

almalıdır⁹⁰; diğer görüşe göre ise bunun taraflarca ispatı gerekir⁹¹. Hâkim olan ikinci görüşe göre örf ve adetlerin sayısı hâkimin bunları teker teker araştırmasına imkân vermeyecek kadar çoktur. Bununla birlikte hâkimin örf ve âdetin tespiti bakımından araştırma yapması, bu konuda kişisel görüşlerini dikkate alması ve hatta çeşitli kurumların bilgisine başvurması dahi mümkündür. Ancak bu araştırma hâkim tarafından bir zorunluluk olarak anlaşılmamalıdır. Hâkim bu yola yalnızca taraflara yardım etmek için başvurmaktadır⁹². Örf ve âdetin (veya geleneğin) varlığını veya bunun içeriğini iddia eden bunu ispatlamalıdır. Çünkü örf ve âdetin (veya) geleneğin sayısı o kadar çoktur ki, hâkimin bunları kendiliğinden göz önüne alabilmesi olanaksızdır. Hâkim de örf ve âdetin tespiti bakımından araştırma yapabilir veya bu konuda kişisel bilgilerine de başvurabilir. Fakat hâkimin örf ve adet (veya) gelenek konusundaki bu araştırması, bir zorunluluk değildir; hâkim sadece taraflara yardım etmek amacıyla bu yola gitmektedir⁹³.

Kanımızca azınlıkta kalan görüş daha isabetlidir. Zira hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması görevinden örf ve adet kuralları için ayrılmak doğru değildir. Her şeyden önce kanunda hüküm bulunmayan hallerde bir örf ve adet kuralının taraflarca ileri sürülmemesi nedeniyle uygulanmaması halinde bu konuda hâkime açıkça görev yükleyen TMK m. 1'e aykırı davranılmış olunur. Yöresel teamüller için de aynı şeyin söylenmesi mümkündür. Kanunun örf ve geleneğe yollama yaptığı hallerde alelade bir geleneğin varlığı yeterlidir. Bu geleneğin hukuk kuralı niteliği kazanmış olması şart değildir. Bunlar kanun metinlerinde yer aldıkları için kanuni kuralın bir devamı, tamamlayıcısı niteliğindedirler. Hâkim bu hallerde görevinden ötürü bu kuralları uygulayacaktır. Kanun hükümlerini tamamlayan bu kurallara uyulmaması bozma nedenidir. Ancak bütün bunlara rağmen kanun kuralları ile örf ve gelenek kuralları arasında gerek esas mahkemelerince ele alınışı gerekse Yargıtay denetimi açısından fark olacaktır. Bunun nedeni bilhassa yöresel gelenek kurallarının varlığı ve kapsamının ortaya çıkarılmasındaki pratik güçlüklerdir. Zira toplumda mevcut örf ve adet hukuku kurallarının neler olduğunu veya somut bir

⁹⁰ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 336; **Dural, Mustafa/Sarı, Suat**: Türk Özel Hukuku, C. 1, İstanbul 2004, s. 83; **Işıktaç, Yasemin**: Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, İstanbul 1992, s. 85; **Sivrihisarlı** s. 38. Karş. **Üstündağ**-Usul s. 833.

⁹¹ **Kuru-II** s. 1967; **Bilge, Necip/Önen, Ergun**: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 296; **Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder**: İsbat Yüğü, B. 2, İstanbul 1980, s. 20-23; **Edis** s. 110; **Kiraz, Taylan Özgür**: Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005, s. 45. Ansay'a göre de iura novi curia kuralı örf ve âdet kuralları bakımından işlemeyecektir. Bkz. **Ansay, Sabri Şakir**: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960, s. 149. Alman hukukunda da örf ve âdet hukuku, hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesinin bir istisnası olarak görülmektedir. Bkz. örneğin **Musielak, Hans-Joachim**: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2005, § 293, Rdnr. 1.

⁹² **Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder**: İsbat Yüğü, B. 2, İstanbul 1980, s. 20-23.

⁹³ **Umar/Yılmaz** s. 22-23.

meseleye ilişkin bir örf ve adet hukuku kuralı bulunup bulunmadığını belirli bir kaynağa bakarak önceden tespit edebilmek olanaksızdır. Uygulamada bu hususta somut bir sorunla karşılaşan hâkim, belirli bir davranış biçimi açısından bir örf ve adet hukuku kuralının varlık şartlarının gerçekleştiğine kanaat getirirse, böyle bir kuralın varlığına hükmedecek ve bunu bir hukuk kaynağı olarak kullanacaktır. Bu konuda hâkim uzman bilirkişilerden ve meslek kuruluşlarından görüş alabilir⁹⁴. Mahkeme bu konuda taraflardan delil de isteyebilir⁹⁵.

VIII. HÂKİMİN HUKUKU KENDİLİĞİNDEN UYGULAMASI İLKESİNİN KANUN YOLLARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Hâkim hukuku kendiliğinden uygular ilkesi kural olarak kanun yolları bakımından da geçerlidir. Ancak burada yargılama hukukuna egemen olan bir başka ilke ile bu kural sınırlandırılmıştır. Buna göre şayet taraflardan sadece biri kanun yoluna başvurmuşsa kanun yolu mahkemesi kararı onun aleyhine bozamaz⁹⁶.

Kanun yolları aşamasında hâkim hukuku kendiliğinden uygular kuralına getiren diğer bir sınırlama ise kanun yolu mahkemelerinin tarafların ileri sürmüş oldukları sebeple sınırlı olarak inceleme yapabilmeleridir. Nitekim HUMK m. 442, III uyarınca karar düzeltme yoluna başvuran taraf düzeltme sebeplerini açıkça belirtmediği ve dilekçesinin kapsamı bakımından kanunun aradığı koşulları yerine getirmediği takdirde dilekçesi reddolunur ve düzeltme talebinde bulunandan para cezası alınmasına karar verilir⁹⁷. Yine,

⁹⁴ **Oğuzman/Barlas** s. 83; **Sivrihisarlı** s. 38-39. Kuru, temyiz kanun yolundaki hukuka aykırılığın kapsamına örf ve âdet hukukun da girdiğini belirtmiş ve TMK m. 1 gereğince örf ve âdetin kanun yerini tuttuğu hallerde ve TTK m. 2 gereğince ticari örf ve âdetin hükmüne esas tutulduğu hallerde, örf ve âdetin yanlış uygulanmış olmasının, kanunun yanlış uygulanmış olması gibi, bir temyiz sebebi olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Kuru-V** s. 4534.

⁹⁵ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 336. Ancak bu teknik anlamda “taraf ispatı” değildir. Burada bir ispat külfeti meselesinden de bahsedilemez; yabancı hukukun uygulanmasına benzer bir durum söz konusudur. Mahkeme bir örf ve âdet kuralının bulunmadığı sonucuna varırsa diğer hukuk kurallarını uygulayarak uyumsuzluğu çözer, dava konusu uyumsuzluk hakkında bir örf ve âdet kuralı olmasına rağmen bu kural uygulanmamışsa; bu, bir bozma sebebi olur. Bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 336 dn. 26.

⁹⁶ **Meier** s. 78; **Paulus** s. 193. Reformatio in peius, bir ilamın aleyhine kanun yoluna başvurmuş olan tarafın zararına yeni bir derece mahkemesince kendiliğinden davanın esası bakımından değiştirilmesi demektir. Reformatio in peius’un yasaklanması ile kanun yoluna başvurmuş olan taraf aleyhine hükmün bozulması engellenir. Bununla birlikte modern ve geniş anlamıyla reformatio in peius artık temyiz talep eden tarafın karşılaştığı tüm olumsuzlukları değil sadece hasmın bir katılımı olmaksızın ortaya çıkan dezavantajları kapsar. Bkz. **Yıldırım, Kâmil**: Medeni yargılama hukukunda Reformatio in Peius Yasağı, *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, s. 145-177), s. 147. Bu yasak hakkında ileri sürülen düşünceler hakkında bkz. **Yıldırım-Yasak** s. 148-153.

⁹⁷ Geniş bilgi için bkz. **Bilge, Necip**: Medeni Yargılama Hukukunda Karardüzeltilme, Ankara 1973, s. 165-166; **Üstündağ**-Usul s. 906; **Pekcanitez/Atalay/Özkes** s. 606; **Postacıoğlu** s.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 5236 sayılı Kanun m. 426/O, I uyarınca istinaf incelemesi de istinaf dilekçesinde ve katılma dilekçesinde gösterilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağından burada da hâkim hukuku kendiliğinden uygular kuralından ayrılmıştır. Benzer şekilde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuran davacı da başvurusunu kanunda sayılmış bulunan sebeplerinden birine dayandırmak zorundadır⁹⁸.

Buna karşılık temyiz yolu bakımından durum farklıdır. Zira temyiz dilekçesi temyiz edenin kimliği ve imzasıyla, temyiz olunan hükmü yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması halinde diğer şartlar bulunmasa bile reddolunmayıp temyiz incelemesi yapılır (HUMK m. 435, II; 439, II). Taraflar, gerçeğe aykırı biçimde kanun yolu sebeplerinin gerçekleştiği konusunda kendi arasında anlaşarak bununla kanun yolu mahkemelerini bağlı tutamazlar⁹⁹.

IX. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISINDA “HÂKİM HUKUKU KENDİLİĞİNDEN UYGULAR” İLKESİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesine karşılık gelen Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 39. maddesinin kenar başlığı “Hukukun uygulanması”dır. Tek bentten oluşan madde “Hâkim, Türk hukukunu kendiliğinden uygular” şeklinde kaleme alınmıştır. Maddenin gerekçesinde, maddedeki “Türk hukuku” teriminin, kanunların yanı sıra mevzuat ile örf ve adet hukukunu ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de kapsadığı; 1086 sayılı Kanunun 2. ve 3. cümlelerinde, yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümlerin de bulunmakta olduğu; ancak bu konunun Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda açıkça düzenlenmiş olduğundan bu konulara Tasarı'da yer verilmediği ifade edilmiştir. Her ne kadar Tasarı'da bahsedilen 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ise de onu yerine kabul edilen 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da da yabancı hukukun

773-774; **Bilge/Önen** s. 681-682; **Sungurtekin, Meral:** Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi (YD 1990/4, s. 471-489), s. 486-487; Karş. **Kuru-V** s. 4936.

⁹⁸ Mahkeme ileri sürülen yargılamanın iadesi sebebinin doğru olmadığı kanısına varırsa, yargılamanın iadesi davasını reddeder. Bu ret kararı ile birlikte yargılamanın iadesini istemiş olan taraf para cezasına mahkûm edilir (HUMK m. 454). Geniş bilgi için bkz. **Arslan, Ramazan:** Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 163. Taraflar aslında gerçekleşmemiş olmasına rağmen kanunun aradığı sebeplerden birinin gerçekleştiği konusunda kendi aralarında anlaşmak suretiyle mahkemeyi bununla bağlı tutamazlar. Bkz. **Meier** s. 130.

⁹⁹ **Meier** s. 130. Aksi düşüncenin kabulü durumunda kanun koyucunun ancak belli hukukî aykırılıkları kanun yolu başvuru sebebi olarak kabul etmesinin bir anlamı kalmayacağı gibi kanun yolu mahkemelerinin iş yükleri de istenmeyen ölçüde artabilecektir.

uygulanması daha da ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu şekilde aynı konunun tek bir kanunda düzenlenmiş olması kanun yapma tekniğine uygun olmuştur.

SONUÇ

Hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesinin varlık nedeni tarafların hukuku bilmemelerinden ötürü hak kaybına uğramamalarıdır. Bu bakımdan bir davada tarafların hiçbir hukuki sebep bildirmemeleri ya da yanlış hukuki sebep bildirmeleri onların aleyhine sonuç doğurmayacaktır. Bununla birlikte avukat eliyle yürütülen davalarda avukatın temsil ettiği taraf adına hukuki sebebi özenle göstermesi onun mesleğinin bir gereği olarak kabul edilmelidir. Hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesinin kapsamına Türk kanunlarının yanı sıra, örf ve adet hukuku ile yabancı hukuk da girmektedir. Tek taraflı ya da karşılıklı anlaşmak suretiyle meydana getirilen bazı usuli işlemlerle hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ilkesi sınırlandırılabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın tek bentten oluşan "hâkim, Türk hukukunu kendiliğinden uygular" hükmü, hukukun kanunların yanı sıra diğer yazılı mevzuat ile örf ve adet hukukunu kapsamaması ve yabancı hukukun nasıl uygulanacağına ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile düzenlenmiş olması sebebiyle, aynı konunun iki farklı kanunda düzenlenmesini önlemesiyle sebebiyle isabetlidir.

BİBLİYOGRAFYA

- Akyol, Şener** : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2006.
- Alangoya, Yavuz** : Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis** : Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. B., İstanbul 2006.
- Ansay, Sabri Şakir** : Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960.
- Arslan, Ramazan** : Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.
- Arslan, Ramazan** : Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter** : Zivilprozessordnung, 60. Aufl., München 2002.
- Bilge, Necip** : Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltilme, Ankara 1973.
- Bilge, Necip** : Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihat Birleştirme Kararları (A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 217-283).
- Bilge, Necip/Önen, Bilge** : Medeni Yargılama Hukuku, 3. B., Ankara 1978.
- Blomeyer, Arwed** : Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess (FS für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München und Berlin 1957, s. 43-88).
- Broggini, Gerardo** : Die Maxime "iura novit curia" und das auslaendische Recht (AcP 1956/155, s. 469-485).
- Cahn, Andreas** : Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht (AcP 1998/98, s. 35-71).
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat** : Türk Özel Hukuku Cilt 1, İstanbul 2004.

- Duran, Lütfi** : Tevhid-i İçtihat Nedir? (SİM C. XXIII, Sayı: 269 s. 226-229).
- Edis, Seyfullah** : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. B., İstanbul 2006.
- Fasching, Hans W.** : Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1990.
- Geisler, Werner** : Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch Beweis im Prozess (ZZP 91/2, s. 176-197).
- Georgiades, Apostolos** : Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozess recht, München 1967.
- Guldener, Max** : Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Grunsky, Wolfgang** : Zum Umfang der Dispositionsbefugnis des Rechts- mittelklaegers bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes (ZZP 88/1 s. 49-64).
- Henckel, Wolfram** : Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg, 1961.
- Huber, Michael** : Grundfragen der Entscheidungsgründe im Zivilurteil (JuS 1987/6, s. 464-470).
- Işıқтаç, Yasemin** : Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 1992.
- Jauernig, Othmar** : Zivilprozessrecht, 27. Aufl., München 2002.
- Kummer, Max** : Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1974.
- Kuru, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. B., İstanbul 2001.
- Kuru, Baki** : İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977.
- Kuru, Bakil/Arslan,**
- Ramazan/Yılmaz, Ejder** : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 18. B., Ankara 2007.
- Lüke, Gerhard** : Grundsätze des Verwaltungsprozesses (JuS 1961/2, s. 41-48).

- Meier, Isaak** : Iura Novit Curia, Zürich 1975.
- Musielak, Hans-Joachim** : Grundkurs ZPO, 7. Aufl., München 2004.
- Musielak, Hans-Joachim** : Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2005.
- Muşul, Timuçin** : Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984.
- Nomer, Ergin** : Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972.
- Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal** : Devletler Hususi Hukuku, 12. B., İstanbul 2003.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami** : Medeni Hukuk, 13. B., İstanbul 2006.
- Önen, Ergun** : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Önen, Ergun** : Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez (ABD 1976/1, s. 26-39).
- Özekes, Muhammet** : Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- Paulus, Christoph** : Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Berlin 2003.
- Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** : Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2007.
- Postacioğlu, İlhan** : Davanın ve Kaziyey Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 497-527).
- Postacioğlu, İlhan** : Medeni Usul Hukuku, 6. B., İstanbul 1975.
- Ruhi, Ahmet Cemal** : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara 2003.
- Schilken, Eberhard** : Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
- Seçkin, A. Recai** : Yargıtay-Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi, Ankara 1967.
- Rechberger, Walter/ Simotta, Daphne-Ariane** : Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2003.

Rosenberg, Leo/Schwab,

Karl Heinz/Gottwald, Peter : Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004.

Tanrıver, Süha : İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.

Tekinalp, Gülören : Milletlerarası Özel Hukuk, 9. B., İstanbul 2006.

Thomas, Heinz/Putzo,

Hans : Zivilprozessordnung, 26. Aufl., München 2004.

Schilken, Eberhard : Medeni Yargılamada Hakimın Rolü (Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 5. B., İstanbul 2006, s. 38-58).

Schwander, Vital : “Iura Novit Curia” und Das Verhaeltnis Dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs (FS für Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, s. 199-219).

Sivrihisarlı, Ömer : Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978.

Sungurtekin, Meral : Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi (YD 1990/4, s. 471-489).

Taşpınar, Sema : Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Uluocak, Nihal : Kanunlar İhtilafı, İstanbul 1971.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder : İsbat Yüğü, 2. B., İstanbul 1980.

Üstündağ, Saim : Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000 (Üstündağ-Usul).

Üstündağ, Saim : İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967 (Üstündağ-Yasak).

Üstündağ, Saim : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili Tasarısı Hakkında Düşünceler (İHFM 1967/1-2, s. 141-181), (Üstündağ-Tasarı).

von Fritz, Baur : Vereinbarungen der Parteien über praejudizielle Rechtsverhaeltnisse im Zivilprozess (FS für Edward Bötticher, Berlin 1969, s. 1-11).

- von Lorenz, Fastrich** : Revisibilitaet der Ermittlung
auslaendischen Rechts (ZZP 97/4, s. 423-445).
- von Otto, Müller** : Jura Novit Curia (ZBJV 1955/91, s. 41-58).
- Yıldırım, Kamil** : Medeni yargılama hukukunda Reformatio
in Peius Yasağı (Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı,
İstanbul 1993, s. 145-177).
- Yılmaz, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002.
- Yılmaz, Ejder** : Medeni Yargılama Hukukunda Islah,
Ankara 1982 (**Yılmaz**-Islah).
- Yılmaz, Ejder** : “İçtihadı Birleştirme” veya “Adalettteki
Çelişkiye Sonverme” İhtiyacı (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları
Sempozyumu, 9-10 Haziran 2000, Ankara 2000, s. 3-19).
- Zöller, Richard** : Zivilprozessordnung, 25. Aufl. , Köln
2005.