

meye göre genel yetkili mahkemelerin yanı sıra ZMSS'den doğan davalarda kazanın meydana geldiği yer mahkemelerinin de yetkili olduğunu gerekçe göstere-

rek davalı şirketin yetki itirazının yerinde olmadığına hükmetmiştir.

HAKİMİN DAVADA ÖZEL BİLGİSİNİ KULLANMASI

Ar. Gör. Müjgan TUNÇ-TEMEL*

GİRİŞ

Yargı, kullanılması Anayasa'ca bağımsız mahkemelere verilmiş olan üçüncü güçtür. Yargılama ödevini bağımsız mahkemeler adına hakimler yerine getirir. Yargılama Medeni Usul Hukuku hükümleri çerçevesinde yürütülür. Medeni Usul, maddi hukukun, özel hukukun temelindeki objektif hakların icrasına hizmet eder. Bu usulün hakları koruma amacıdır ve maddi medeni usuldür; diğer bir amacı ise hukuki barış ve güvenlik amacıdır ve bu şekli medeni usuldür.⁵⁹ Objektif hukukun tahakkuku da usulün amaçları içinde yer alır. Bu amaçlar arasında en önemlisi maddi gerçeğe ulaşılması, yani subjektif hakların himayesidir.⁶⁰

Medeni Usul Hukuku'nda, tüm bu amaçlarını yerine getirmek için yargılamayı yapacak olan hakimdir. Burada ele alacağımız sorun, hakim davada özel bilgisine dayanıp dayanamayacağıdır. Sonuca ulaşmak için usul hukukunun amaçları bağlamında konu değerlendirilerek, hakim özel bilgisinden ne anlamak gerektiği saptanacak, konu dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi çerçevesinde ele alınacak, hakim aydınlatma ödevinin bu hususla bağlantısı incelenecek, hakim özel bilgisini kullanmasının delil yönü değerlendirilecek, konunun hakim reddi hususundaki etkisi ve şahitlik deliliyle ilgisi saptanacaktır.

I. MEDENİ USUL HUKUKUNUN AMACI VE HAKİMİN ÖZEL BİLGİSİNİ KULLANMASININ BU BAĞLAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Medeni Usul hukukunun amacı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Hakim özel bilgisini kullanması da bu görüşler çerçevesinde kabul görür ya da görmez.

1. Maddi Hakikat Teorisi

Maddi hakikat teorisine göre usul hukukunun amacı subjektif hakların hukuki himayesidir, yani maddi hukukun cebri icrasıdır. 19 yy' da, önce saf liberalizmin etkisiyle hazırlanan usul kanunlarında usul hukukunun amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu yönünde düzenlemeler yer almıştır. Davada tarafların hakimiyeti ön planda tutulmuştur. Bu teoriye göre bireysel çıkarlar önemlidir.

Maddi hakikat teorisinde amaç maddi hakikate ulaşmak olduğundan bu amaca ulaşmak için kullanılacak her türlü yol, legal olmak kaydıyla, caizdir. Bu nedenle hakimi de maddi hakikate ulaşmaya yardım edecek özel bilgisini davada kullanabilmelidir.

Taraf hakimiyeti ve iradesine öncelik veren bu sistemde, maddi gerçeğe ulaşmak için, hemen her şey yapılabileceğinden ve teksif ilkesi gibi yargılamanın hızlandırılmasını sağlayan bir takım prensipler ve kanuni delil sistemi bir bakıma uygulanamayacağından yargılama süreci oldukça uzayacaktır.

2. Şekli Hakikat Teorisi

19 yy' dan itibaren kamu menfaati kavramının ağırlık kazanmasıyla şekli hakikat teorisi ortaya çıkmıştır. Davanın amacı bir an önce hukuki barışın ve

güvenliğin sağlanması olarak algılanmıştır. Kanuni delil sistemi çerçevesinde taraf iradesi daraltılmalı ve yargılama hızlı olmalıdır. Taraflar kendilerine tanınan yetkiler çerçevesinde davaya katkıda bulunabilirler, malzemeleri getirebilirler ve bundan sonrası yargılamanın sonuçlandırılması bu malzemelerin ışığı altında mahkemeye aittir. Yani mahkemenin yetkisi genişletilmiştir. Bu görüşe göre "maddi gerçeğe ulaşılması medeni usulün yalnızca tesadüfi bir sonucu olabilir."⁶¹ Yani kanuni delil sistemi çerçevesinde sunulan malzemelerle ulaşılan sonuç her zaman maddi gerçek olmayabilir.

Bu teori çerçevesinde hakim sunulan malzemelerle ve kanuni delil sistemi ile sınırlandırıldığından özel bilgisine dayanarak hüküm tesis edemez.

3. Karma Görüş

Usulün amacı günümüz modern hukukçuları tarafından⁶² yaygın olarak kabul edilen görüşe göre, öncelik subjektif hakların himayesi yani maddi hukukun icrası, bunun yanında hukuki barışın ve güvenliğin sağlanmasıdır. Bu amaçlar subjektif hakların korunması amacının ardında kalmakta ve hukuki korunmanın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁶³

Kanaatimizce de maddi gerçeğe ulaşılması usul hukukunun ön plandaki amacıdır. Bununla birlikte yargılamanın sürüncemede kalmaması, hukuki sulhün bir noktada sağlanması için bir denge gözetilmelidir. Taraf iradesi kısıtlanmalı, ancak mahkemenin kaderi tamamen mahkemenin insiyatifine bırakılmamalıdır. Teksif ilkesi ve kanuni delil sistemi yumuşatılmalıdır. Bizim usul hukukumuzda ve uygulamada yapılması gereken, ideal hukuk açısından bu olmalıdır.

Bu bağlamda maddi gerçeğe ulaşmak için hakim gerekiyorsa özel bilgisini de kullanmalıdır. Ancak karma görüş taraftarları dahi özel bilginin kullanılmasını zikretmektedirler.

II. HAKİMİN "ÖZEL BİLGİSİNİ KULLANMASI" KAVRAMINDAN NE ANLAŞILMASI GEREKTİĞİ SORUNU

Hakimin özel bilgisini kullanamayacağı yaygın olan görüştür.⁶⁴ Özel bilgi hakim mahkeme dışında, özel olarak öğrendiği, bilgilerdir (Örneğin; hakim, şimdi üzerinde karar vermek zorunda olduğu trafik kazasını tesadüfen görmüştür).⁶⁵

Aleni olan vakıaların ispatı gerekmez. Maruf ve meşhur vakıalar alenidir ve herkesçe bilinir. Hakim de artık bu maruf ve meşhur vakıalar hakkında hayat tecrübesine dayanarak hüküm tesis edebilir.⁶⁶ Bu durum, hakim özel bilgisini kullanması yasağı kapsamı dışındadır.

Mahkemenin vakıf olduğu vakıalar da aleni sayılır. Hakim, hakimlik faaliyeti nedeniyle bildiği vakıalardır, mesela bir usul ya da ceza yargılaması hükmü, hacir kararı, boşanma, iflasın açılması gibi.⁶⁷ Hakim bu bilgileri davada kullanması da caizdir.

⁶¹ Alangoya, s.86-90

⁶² Stein / Jonas, Jauernig, Rosenberg/Schwab

⁶³ Deren - Yıldırım, s.143

⁶⁴ Jauernig, Habscheid, Nagel, Schilken, Rosenberg/Schwab, Üstündağ, Yargıtay

⁶⁵ Jauernig, s.181

⁶⁶ Jauernig, s.180-181

⁶⁷ Jauernig, s.181

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Usulü ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

⁵⁹ Vogel, s.28

⁶⁰ Deren - Yıldırım Koll. Hm. s. 1-2, s.143

Alman Hukuku'nda sadece kendi baktığı davada değil, aynı mahkeme tarafından başka mahkemelerce görülmüş dava dosyalarındaki bilgiler, vakialar da mahkemece bilinen davalar sayılır.⁶⁸

Maruf ve meşhur vakiaları ve mahkemece bilinen vakiaları hakim re'sen nazara alabilir ancak kanaate ulaşmadan önce, tarafların iddia ve müdafaa hakkını kullanabilmelerini sağlamak için, tarafları bu konuda bilgilendirmelidir⁶⁹ (Sürpriz karar verme yasağı).

Taraflar vakialarının dermeyerinde doğruluk ödeviyle sınırlandırılmıştır. Ancak bir tarafın yalan söylediği hakim özel bilgisi dahilindeyse bunu nazara alamayacaktır.⁷⁰

Hakimin usulüne uymadan yaptığı keşfe dayanarak hüküm tesis etmesi durumunda da elde edilen bilgi özel mahiyettedir.⁷¹

Bilirkişiye başvurulması noktasında "hakimin özel bilgisi" bir takım ihtilaflara neden olmaktadır. Usulün 275. maddesi "mahkeme çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve mütalaasının alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez." demektir. Yani hakim kendi bildiği hususlar hakkında bilirkişiye başvurmak zorunda değildir.

Ancak Yargıtay bir kararında, tapulama tespiti itiraz davasında konu ile ilgili "hefker" sözünün açıklattırılması hususunda hakim özel bilgisinin hükme dayanak olmayıp, onarımın tespitinde bilirkişinin dinlenmesi gerektiği yönünde bir karar vermiştir.^{13a}

Kanaatimizce, hakim kendi bildiği hususlar için bilirkişiye başvurmak zorunda değildir. Hakim, hukuki bilgisine dayanarak hüküm tesis edebiliyorsa, örneğin özel bir konu hakkında sırf özel ilgi alanına girdiği için bilgisine dayanarak da hüküm tesis edilmelidir. Zira hakim bildiği bir husus için sırf bu yasağı nedeniyle bilirkişiye başvursa da bilirkişi raporu HUMK 286' ya göre hakimi bağlamayacağından kendi bilgisine dayanabilecektir. Gerçi Yargıtay,^{13b} bu hükmü, bilirkişi yetersiz görüldüğünde yeniden bilirkişiye başvurmak gerektiği yönünde anlamaktadır. Ancak hakim bilirkişi raporunu serbestce takdir edip aksi yönde hüküm tesis edebilmelidir.

Hakimin özel bilgi sahibi olduğu vakialar hakkında şahit olarak dinlenilmesi yönünde bir fikir^{13c} varsa da aynı davada hem şahit hem bilirkişi olunamayacağından ancak soru sorma ve işaret etme ödevi kapsamında bu bilgiyi değerlendirmelidir. Şahit olarak dinlenilmiş olmak hakim reddi sebeplerindedir.

III.HAKİMİN ÖZEL BİLGİSİNE DAYANMASININ "DAVA MALZEMESİNİN TARAFLARCA GETİRİLMESİ" İLKESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi ve Hakimin Özel Bilgisini Kullanması (Verhandlungsmaxime)

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine göre, davanın temelini teşkil edecek vakia ve de-

liller taraflarca dermeyer edilir. Bu ilkeye göre hakim resen tahkikat yapmak yönünde engellenmekle kalmamış, taraf dilekçeleri dışında öğrendiği vakiaları da dava kapsamına sokmak ve karara esas almak noktasında da sınırlanmıştır.⁷²

HUMK' nun 75. maddesinin 1. fıkrası: "Kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hakim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen nazarı dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz." Hükmü ile dava malzemesinin taraflarca getirileceğini kabul etmiştir.

Taraflarca getirilen bir davanın da ispata konu olması ancak o vakianın taraflarca ihtilafı olması halinde mümkündür.⁷³

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi tasarruf ilkesi gibi maddi hukuktaki irade serbestisinin bir yansımasıdır.⁷⁴ Liberalizmin etkisi ile ortaya çıkmıştır. "Taraflar dava üzerinde nasıl serbestçe tasarruf ediyorlarsa davanın içeriğini de serbestçe oluşturabilirler" düşüncesine dayanmaktadır.

Dava malzemesinin getirilmesi tarafların tekelindedir ve bu nedenle taraflarca davaya ithal edilemeyen vakiaları hükme esas almamak gerekir. Bu noktada hakim özel bilgisine dayanarak, tarafların insiyatifi dışında bir vakıayı davaya dahil ederek hüküm tesis edemez.⁷⁵

Hatta hakim, mahkemenin bilgisi dahilindeki bir vakıaya ya da maaruf ve meşhur bir vakıaya dayanarak hüküm verecekse sürpriz karar verme yasağı kapsamında bunu taraflara önceden bildirmelidir.

Dava malzemesinin getirilmesi tarafların tekelindedir ve bu nedenle taraflarca davaya ithal edilemeyen vakiaları hükme esas almamak gerekir. Bu noktada hakim özel bilgisine dayanarak, tarafların insiyatifi dışında bir vakıayı davaya dahil ederek hüküm tesis edemez.⁷⁵

2. Aydınlatma Ödevi Kapsamında Hakimin Özel Bilgisi

HUMK m. 75/II : "Ancak müphem ve mütenakız gördüğü iddia ve sebepler hakkında izahat isteyebilir." hükmüne yer verir. Maddenin 3. fıkrası "Hakim davanın her safhasında iki tarafın iddialarının hududu dahilinde olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir." demektir. ZPO 139' da da benzer yönde hükmün, tarafları bütün vakiaları dermeyer etmeye yönelmesi ve eksik vakiaların tamamlattırılmasından bahsedilmektedir. Bu hükümler neticesinde çoğunlukla zikredilen hakim "Aydınlatma ödevi" ne ulaşmaktayız. Ancak bazı yazarlar⁷⁶ hakim bu soru sorma ve işaret etme ödevinin "aydınlatma ödevi" olarak nitelendirilmesini doğru bulmamaktadır. Zira hakim taraflara soru sorma ve vakia dermeyerini işaret etme ödevlerini ifa ettiğinde bile taraflar suskun kalmak ve vakia dermeyer etmemek şeklinde "haklarını" kullandıklarında hakim resen vakia dermeyer ederek ya da özel bilgisini kullanarak "aydınlatma"sından bahsedilemeyecektir. Gerçekten de hakim aydınlatma ödevi "re'sen vakia dermeyerini" yoluna giderek tarafların yapamadıklarını yapması anlamına gelmektedir. Oysa soru sorma ve işaret etme ödevinden anlaşılması gereken bu değildir. Nitekim HUMK m. 75/ f 3 "tarafların iddialarını hudut saymıştır yani m. 75/I gibi m. 75/III ' te de hakim taraf iradesiyle de sınırlandırılmıştır. Bu durumda

⁶⁸ Yıldırım, Deliller, s.250, dn 634' de anılan; Thomas/Putzo s.291 1b:aksi görüşte Baumbach/Lauterbach/Hartman, s.291 1b

⁶⁹ Becker - Eberhard, İlkeler s.24, Jauernig, s.49 VIII 3.

⁷⁰ Becker - Eberhard, İlkeler s:29

⁷¹Yıldırım, s.250 dn. 638' de anılan OLG Frankfurt, Der Straf. Verteidiger 1983, s.192; Schneider, Beweiswürdigung, no.25 Benzer yerde Alangoya, s.130 ve dn. 114 a-b

^{13a} Y.HGK. 05.02.1964 E. 7/764.-K.111. İKİD 1964/42

^{13b} 1. HD. 21.08.1981, YKD. 1982/1, s.23/24

^{13c} Alangoya, s.130

⁷² Becker-Eberhard, s.18

⁷³ Becker-Eberhard, s.18

⁷⁴ Schilken, s.198 Rdn 346

⁷⁵ Becker-Eberhard, Schilken, Jauernig, Habscheid, Rosenberg/Schwab/Gottwald, Stein/Jonas

⁷⁶ Becker-Eberhard İlkeler s.20, Schilken, İlkeler s.37

hakime tanınan bir "hak" tan değil "ödev" den bahsetmek uygun olur.⁷⁷

Bu noktada hakim özel bilgisini kullanamayacağı gibi özel bilgisine istinaden soru sorma ve işaret etme yoluna gitse de (Örn: Davaya temel teşkil edecek vakıayı bizzat gören hakim, taraflardan biri ileri sürmemiş olsa da bunu sağlamak için soru sorabilir.) taraf bunu tahmin etmediğinde hükme temel teşkil etmeyecektir. "Aydınlatma ödevi" zorlama, nasihat verme, yol gösterme, telkin ile de farklıdır. Bu hususlar ödevin kapsamı dışında hakim tarafınsızlığını etkileyen hususlardır.⁷⁸

IV. HAKİMİN ÖZEL BİLGİSİNE DAYANMASI VE DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ İLKESİ

ZPO 286 delillerin serbestçe değerlendirilmesini düzenlemiştir ve buna göre hakim kanuni ispat kuralları dışında delilleri serbestçe değerlendirebilir. ZPO 286 sadece delillerin serbestçe takdirini değil, öne sürülen vakıaların da hakim tarafından serbestçe takdirini düzenlemiştir.⁷⁹

Usul hukukunun ilkeleri arasında sayılan⁸⁰ delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi hakim delillerin ve vakıaların doğru olup olmadığını serbestçe takdir etmesi anlamına gelir.⁸¹ Bütün İsviçre Kanton Usul Kanunlarında yer almış bir ilkedir.⁸²

Ancak hakim bu konuda sınırsız değildir. Öncelikle bunu vazifesinin sınırları ve yetkileri dahilinde yapmalıdır. Hukuk ve kanunla da bağlıdır.⁸³

Fransız Hukuku, kanuni delil sistemi ile sınırlandırılmıştır.⁸⁴ Hakim bu sistem içerisinde kanaatini oluşturur. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi kuralı istisnadır ve sadece takdir hakkı ve kanaat çerçevesinde işler.⁸⁵ Hakim şahidin ifadesini değerlendirirken tamamen serbesttir. Ona bir "Souveraine Gewalt – üstün güç" verilmiştir.⁸⁶ Hatta bunun gerekçesini de belirtmek zorunda değildir.⁸⁷ Her türlü temyiz incelemesinden de ayrıktır.⁸⁸

HUMK m.240' a göre hakim delilleri serbestçe takdir eder. Ancak maddede "kanunun tayin ettiği haller müstesna" tutularak bu ilke sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırılmalarda kanuni delil sisteminin yansıması olan senet, yemin, mahkeme içi ikrar ve kesin hüküm olarak sayılan kesin delillerdir, yani bu hükümler hakim bağlar ve delillerin değerlendirilmesine imkan vermez.⁸⁹

Karineler, emareler ve tecrübe kuralları ispatta önemli bir yeri olan mevhumlardır. Ayrıca hakim re'sen taraf isticvabına da karar verebilir. İspat ölçütündeki karineleri bir tarafa bırakacak olursak, hakim, delillerin değerlendirilmesinde (Takdiri Deliller) kanaat ve medeni hukuktaki takdir hakkı kapsamında bir sonuca ulaşacaktır. Takdir hakkı ve vicdani kanaat unsurları elbette hakim "subjektif kanaatinin" hükme etki etmesine yol açacaktır. Bir görüş ise⁹⁰ bu "subjektif kanaatin" tehlikeli olduğu yönündedir. Bu

subjektif kanaate hakim, özel bilgisine binaen hüküm tesis edebilir.

Yargıtay m.254' e göre, şahidin sözlerinin doğruluğunun aksinin ispatlanabileceğini ve hakim bu hususu serbestçe takdir edeceğini söylemektedir. Ancak bir şahidin ifadesinin neden kabul edilmediği hususunda hakim gerekçe göstermesi gerekir.⁹¹ Yani hakim bu hususta sınırlandırıldığından özel bilgiyi kullanmak hususunda da delillerin değerlendirilmesi noktasında serbest değildir.

Emareler, karineler ve tecrübe kuralları da Türk Usul Hukuku' nda kabul gören ispat vasıtasıdır. Ancak hakim bunlara dayanarak hüküm tesisinin de "özel bilgisine dayanması" anlamında olduğu kanaatindeyiz.

V. HAKİMİN ÖZEL BİLGİSİNİ KULLANMASININ HAKİMİN REDDİ MÜESSESESİNE ETKİSİ

Hakimin reddi nedenleri HUMK m. 29' da sayılmıştır. m. 29/III' e göre davada şahit veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmiş olmak bir red nedenidir. Ayrıca m. 29/VI' ya göre tarafsızlığından şüphe edilmesi de hakim reddi sebeplerindedir.

Hakimin reddi, tarafarca istendiği takdirde hakim reddedilecek, red istenmezse hakim özel bilgisini kullanarak davayı sonuçlandırabilecektir.

SONUÇ

Medeni yargılamanın en önemli amacı maddi hakikate ulaşmak, subjektif hakların himayesini sağlamaktır. Bu hususta medeni yargılamayı yürüten ve hükme bağlayan hakiminde "kanaate ulaşma" faaliyetini eldeki tüm verilerle gerçekleştirmesi gerekir.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini saf olarak uyguladığımızda hakim sadece tarafların inisiyatifine bağlı kalacaktır ve muhakemenin kaderi taraf iradesine tam olaral bağlı kalacaktır. Oysa malzemenin getirilmesi ve yargılamanın yürütülmesi bakımından iş birliği yapılması yönünde bir sistem benimsendiğinde maddi gerçeğe ulaşmak için bir adım öteye gidilmiş olacaktır.

Ceza Usulünde hakim olan "kanun yaranı" mefhumu Hukuk Usulü açısından da bir dereceye kadar geçerli olmalıdır. Zira muhakeme usulü, içtihat yoluyla hukuku oluşturmaktadır ve bunda yarar sadece tarafların değil, "herkesindir."

Hakimin özel bilgisi de maddi hakikate ulaşmak için bir araçtır ve muhakemede kullanılabilir. Delilleri takdir eden hakim bizzat sahip olduğu bilgiye dayanması mantıklı bir sonuçtur. Zaten ispatın amacı hükmü verecek hakimde kanaati oluşturmak değil midir? Doğruyu bilen hakim bunu hükmün tesisinde kullanması normaldir ve ne olursa olsun kanaatinde etkili olacaktır.

Delillerin değerlendirilmesinde de hakim serbest bırakılmalıdır. Maddi hakikate ulaşmanın bir yolu da budur.

Tüm bu noktalarda hakim kendisine tanınacak imkanları kötüye kullanması da istinaf kanunun ihdasıyla denetlenebilir.

⁷⁷ Schilken, İlkeler, s.38

⁷⁸ Alangoya, s.156 vd

⁷⁹ Jauernig, s.177

⁸⁰ Schilken, ZPR, s.224, Habscheid, s.266 Rdn.733

⁸¹ Habscheid, s.266 Rdn.733

⁸² Habscheid, s.266 Rdn.733

⁸³ Habscheid, s.266 Rdn.734

⁸⁴ Nagel, s.72

⁸⁵ Nagel, s.72, dn. 114' de anılan Perrot, Preuwe, no.52, Suchhard, s.21

⁸⁶ Nagel, s.73

⁸⁷ Nagel, s.73, dn. 115' de anılan Perrot, Preuwe, no.941

⁸⁸ Nagel, s.73, dn. 116' de anılan Perrot, Preuwe, no.944

⁸⁹ Yıldırım, Senetle İspat, İlkeler, s.67

⁹⁰ Nagel, s.73, dn. 115' de anılan Gorphe, s.471

⁹¹ Kuru, Cilt II, s.1798, dn. 147, dn.148, dn.149