

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

**MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
TASARRUF İLKESİ**

Nedim MERİÇ

Danışman
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN

2010

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Medenî Usûl Hukukunda Tasarruf İlkesi**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

16.03.2010

Nedim MERİÇ

İmza

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Nedim MERİÇ
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Konusu : Medenî Usûl Hukukunda Tasarruf İlkesi
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30. maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA	O	OY BİRLİĞİ	O
DÜZELTİLMESİNE	O*	OY ÇOKLUĞU	O
REDDİNE	O**		

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

- * Bu halde adaya 6 ay süre verilir.
- ** Bu halde adayın kaydı silinir.
- *** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	Evet
Tez, mevcut hali ile basılabilir.	O
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir.	O
Tezin, basımı gerekliliği yoktur.	O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	☐ Başarılı	☐ Düzeltme	☐ Red	
.....	☐ Başarılı	☐ Düzeltme	☐ Red	
.....	☐ Başarılı	☐ Düzeltme	☐ Red	
.....	☐ Başarılı	☐ Düzeltme	☐ Red	
.....	☐ Başarılı	☐ Düzeltme	☐ Red	

ÖZET
Doktora Tezi
Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi

Nedim Meriç
Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Bölümü

Tasarruf ilkesi, medenî yargılama hukukuna ilişkin önemli bir ilkedir. Bu ilke, medenî yargılama hukuku sisteminde, davanın başlatılması, dava konusunun belirlenmesi, davanın yürütülmesi, davanın sona erdirilmesi ve kanun yoluna başvurulmasında taraf özgürlüğünü belirtmektedir. Dolayısıyla tasarruf ilkesinin medenî yargı faaliyetinin kapsamına ilişkin olduğu sonucuna varılacaktır. Vakıa ve delil sahasında ise taraf egemenliğini belirten taraflarca getirme ilkesi kullanılmaktadır.

Bu ilkenin temelinde anayasanın hak arama özgürlüğü bulunmaktadır. Bu özgürlüğün kullanılması ile bir yargısal faaliyet başlayacak ve yargı organı taraf talebine ilişkin yargılama faaliyetini görmek zorunda olacaktır. Bu yargısal faaliyetin konusunu taraf belirleyecek ve yargılama faaliyeti kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar da dava konusu ile yargısal faaliyetin kapsamına ilişkin işlemlerde bulunma özgürlüğüne sahip olacaktır. Yargı organının görevi ise, istenilenlere bağlı kalarak hukuku uygulamak, yargılamayı görmek ve uyuşmazlığı çözmek olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Medeni Yargılama Hukuku, Tasarruf İlkesi, Taraf Egemenliği, Hak Arama Özgürlüğü, Taleple Bağlılık

ABSTRACT
Doctorate Thesis
Disposition Maxim in Civil Procedure Law

Nedim Meriç
Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Private Law

Disposition maxim is the one of important principles in civil procedure law. This maxim enables the parties to bring an action, to specify subject-matter, to resume an action, bring an action to an end and to file the suit in civil procedure law. So the disposition maxim is related to the all phases of proceeding. On the other hand, the maxim of submitting evidence by parties applies in proof phase.

The disposition maxim is based on due process of law as a constitutional right. The trial will commence with the enjoying of this right by parties and the judicial organ will have to settle the legal dispute. Parties have the right to determine the subject of the trial and enjoy the freedom of transacting about the subject-matter of the trial until the court comes to a definite judgement. The responsibility of the judiciary is to apply the law and settle the legal dispute according to the claims of the parties.

Key Words: Civil Procedure Law, Obligation Maxim, Dominance of Parties, Due Process of Law, Adherence with Parties Claims

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	X

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TASARRUF İLKESİ

GİRİŞ	1
-------------	---

I. BÖLÜM

TASARRUF İLKESİ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

§ 1. TASARRUF İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI	3
A. Kavram	3
B. İlkelerin Ortaya Çıkışı	7
1. Dönemin Hukuk Anlayışı	7
2. Taraf Egemenliği Düşüncesi	8
a. Grolman ve Gönner'in Görüşleri	8
b. Lotz, Ortloff ve Canstein'in Görüşleri	13
§ 2. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN İŞLEVİ VE AMACI BAKIMINDAN TASARRUF İLKESİ	15
A. Genel Olarak	15
B. Liberal Yaklaşım	15
C. Klasik Liberal Yaklaşım Olan Tepkiler	17
D. Kanaatimiz	20
1. Genel Olarak	20
2. Amaca Uygunluk ve Taraf Özgürlüğü (Taraf Hâkimiyeti İlkesi)	21
3. Taraf Özgürlüğü ve Anayasa	27
a. Anayasal Garanti	27
b. Yargılama Hukukunun Anayasal Esasları	29
c. Adalet İdesi	29
d. Diğer Anayasal Değerler	32
§ 3. TASARRUF İLKESİ İLE TARAFLARCA GETİRİLME VE KENDİLİĞİNDEN HAREKETE GEÇME İLKELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ	34
A. Tasarruf İlkesi İle Taraflarca Getirme İlkesi Ayırımı	34
B. Talep Üzerine Harekete Geçme Kurallının İstisnası: Kendiliğinden Harekete Geçme İlkesi	35

II. BÖLÜM

DAVANIN AÇILMASINDA TASARRUF İLKESİ

§ 4. DAVANIN AÇILIŞINDA TASARRUF İLKESİNİN UYGULAMA ALANI	43
A. Dava Hakkı	43
1. Hak Kavramı	43
2. Adalete Erişim	46
3. Hukukî Korunma Talebi	47
a. Genel Olarak	47
b. Hukukî Korunma İhtiyacı	48
c. Usûlî Talep	49
d. Usûlî Talebin Tarafı	52
B. Davacı Yoksa Hâkim Yoktur Kuralı	53
C. Talep Üzerine Hareket Etme Kuralının Sonucu:	
Hâkimin Hüküm Verme Yükümlülüğü	58
1. Genel Olarak	58
2. Iura Novit Curia (Uygulanacak Hukuk Kuralının Tespiti)	58
3. Kanun Yolunda Hukuk Uygulaması (Hukuka Uygunluk Denetimi)	67
§ 5. DAVA KONUSU ÜZERİNDE TASARRUF İLKESİ	69
A. Genel Olarak	69
B. Dava Dilekçesi Vasıtasıyla Dava Konusunun Belirlenmesi	70
C. Tarafların Dilekçeleri İle Bağlılık Esası	76
1. Genel Olarak	76
2. Hayat Olayına Bağlılık	77
3. Tarafların Dilekçesindeki Hukukî Sebebe Bağlı Olmama	83
4. Dava Sebebine Bağlılık	85
5. Tarafların Dilekçesine Bağlı Yasaklar	87
a. Talep Edilmeyene Karar Verememe	87
b. Talep Edilenden Fazlasına Karar Verememe	90
c. Talep Edilenden Farklı Bir Şeye Karar Verememe	92
d. Talep Edilenden Daha Azına Karar Verebilme	96
e. Yasağın İstisnaları (Esnekleştirilmesi)	99
D. Tarafların Dilekçeleri İle Bağlılık Kuralının İstisnası: Yargılama Giderleri ve Para Cezaları	100
E. Dava Değiştirme	101
1. Genel Olarak	101
2. Dava Konusunda Değişiklik	105
a. Genel Olarak	105
b. Hayat Olayı Değişikliği	106
c. Talep Sonucunun Değiştirilmesi	107

d. Talep Sonucunun Artırılması	108
e. Talep Sonucunun Azaltılması	113
f. Hayat Olayı İle Birlikte Talep Sonucu Değişikliği	114
g. Davaların Artırılması ve Azaltılması	115
h. Değiştirilen Usûlî Talebin Anlamlandırılması	118
i. Dava Konusunda Değişikliklere İlişkin Özel Durumlar	119
3. Dava Sebebinde Değişiklik	122
4. Taraf Değişikliği	123
5. Dava Konusunun Devri	131
a. Genel Olarak	131
b. Maddi Hukuktaki Değişikliklerin Görülmede Olan Davaya Etkisi	132

III. BÖLÜM

YARGILAMANIN YÜRÜTÜLMESİ VE SONLANDIRILMASINDA TASARRUF İLKESİ

§ 6. DAVANIN HÂKİM TARAFINDAN YÜRÜTÜLMESİ	148
A. Genel Olarak	148
B. Hâkimin Görevi (Sosyal Devlet ve Davanın Maddî Yürütümü)	149
C. Hâkimin Görevi İle Tasarruf İlkesi Arasında Bağlantı	152
D. Hâkimin Görevi İle Taraf Usûl İşlemleri Arasında Bağlantı	157
E. Tarafların Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü	161
F. Dürüstlük İlkesi	161
G. Usûlî Hile	163
§ 7. YARGILAMANIN SONA ERDİRİLMESİNDE TASARRUF İLKESİ	165
A. Genel Olarak	165
B. Yargısal Faaliyet İddiası Hakkında Taraf Tasarrufu	166
1. Genel Olarak	166
2. Davanın Geri Alınması	168
3. Dosyanın İşlemden Kaldırılması ve Davanın Açılmamış Sayılması	178
a. Genel Olarak	178
b. Taraf Davranışlarının Yorumlanması	183
c. İki Tarafın Yargılamaya Devam Etmeyeceklerini Açıklaması	184
d. İki Tarafın Duruşmaya Gelmemiş Olması	186
e. Taraflardan Birinin Duruşmaya Gelmemiş Olması	192
f. Davanın Açılmamış Sayılması	195
C. Usûlî Talebe İlişkin Yargılamayı Sona Erdiren Taraf Tasarrufları	198
1. Genel Olarak	198
2. Sulh Sözleşmesi	202
3. Davanın Kabulü ve Davadan Feragat	208

4. Davanın Konusuz Kalması	218
----------------------------------	-----

IV. BÖLÜM

KANUN YOLUNDA TASARRUF İLKESİ

§ 8. KANUN YOLUNA BAŞVURULMASINDA	
TARAF TASARRUFU	222
A. Kanun Yoluna Başvuru Özgürlüğü ve Hakkı	222
B. Kanun Yoluna Başvuru İle Bağlılık	225
1. Genel Olarak	225
2. Dava Dilekçesine Bağlılık	225
3. Kanun Yolu Talebine Bağlılık	226
4. Aleyhe Bozma Yasağı, Aleyhe Hüküm Verme Yasağı ...	231
5. Usûlî Müktesep Hak	235
6. Olağanüstü Kanun Yolunda Taleple Bağlılık	237
§ 9. KANUN YOLU İNCELEMESİNİN YÜRÜTÜLMESİ VE	
SONA ERDİRİLMESİNDE TARAF TASARRUFU	240
A. Genel Olarak	240
B. Kanun Yolu Faaliyeti İddiasına İlişkin Tasarruf İlkesi	241
C. Usûlî Talebe İlişkin Tasarruf İlkesi	247
D. Yargısal Faaliyet İddiasına İlişkin Tasarruf İlkesi	250
SONUÇ	251
BİBLİOGRAFYA	255

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AcP	: Das Archiv für die civilistische Praxis
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
AY	: Anayasa
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtssentscheidungen
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Bundesgerichtshof/Zivilsachen Schriftensammlung von Entscheidungen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Einl.	: Einleitung
EBD.	: Eskişehir Barosu Dergisi
GG	: Grundgesetz
GGK	: Grundgesetzkommentar
Grund.	: Grundzüge
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMKT	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
Hrsgb.	: Herausgeber
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İş. K.	: İş Kanunu

İzBD.	: İzmir Barosu Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usûlü Kanunu
JS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar
Kap.	: Kapitel
Karş.	: Karşılaştırınız
kn.	: Kenar Numarası
Legal	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Man. BD.	: Manisa Barosu Dergisi
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MİHDER	: Legal Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
Münch Komm	: Münchener Kommentar
N.	: Numara (Kenar Numarası)
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OLG	: Oberlandesgericht
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
s. K.	: sayılı Kanun
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
YasaHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozessrecht
ZZP Int	: Zeitschrift für Zivilprozessrecht International

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TASARRUF İLKESİ

GİRİŞ

Medenî yargılama hukukunun amacı ve bu amacın gerçekleştirilmesi ile ilgili tartışmalar, medenî yargılama kanunlarının hazırlanması çalışmalarından beri güncelliğini kaybetmemiş olan bir konudur. Bu husus, esasen medenî yargılama hukukuna yüklenmeye çalışılan işlev ve bu işlev dolayısıyla medenî yargılama hukuku sahasına ait normlara getirilecek anlam ile doğrudan bağlantılıdır. Medenî yargılama hukukuna yüklenecek işlevin toplumsal yarar, zayıfın korunması esas alınarak değerlendirilmesi durumunda taşıyacağı anlam, medenî yargılama kurallarının da bu kapsamda düzenlenmesi ve hâkimin tek başına ya da daha fazla aktif konumda olması ile ifade edilecektir. Bu alanın, tarafların özel hukuk uyumsuzluklarının devlet tarafından görülen yargısal faaliyet yoluyla çözümlenmesi ve devletin sadece kontrol ve tespit eden konumunda görülmesi durumunda ise, medenî yargılama normlarının mutlak ya da genellikle taraf özgürlüğü ve iradesi esas alınarak düzenlendiği ve hâkimin daha az müdahalede bulunan konumunda olacağı kabul edilebilecektir.

Medenî yargılamanın amacı, işlevi ile taraf ve hâkimin medenî yargısal faaliyet içindeki konumları bu sebeple birbirleriyle bağlantılı hususlardır. Bu bağlantı içinde tarafların ve hâkimin konumu ve bu konumlarına ilişkin medenî yargılama normlarının taşıyacağı anlamın tartışılarak, taraf irade özgürlüğünün medenî yargılama sahasına yansımalarına ilişkin nasılının ve nereye kadarının ortaya konulmasında yarar vardır. Özellikle hak arama özgürlüğü ve maddî hukuktaki işlem özgürlüğünün, medenî yargılama faaliyetine ilişkin taraf özgürlüğüne etkisinin belirlenerek bilimsel bir çalışmada taraf konumunun gözden geçirilmesi günümüz için bir gereklilik oluşturmaktadır. Bu amaçla geniş bir kaynakça çalışması yapılmaya çalışılarak çalışma hazırlanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde medenî yargılama sahasına yansıyan taraf özgürlüğünün, yargılama faaliyetinin kapsamına ve vakıa/delil sahasına ait olmak üzere iki farklı şekilde değerlendirilebileceğine ilişkin tespit yapılmış olup, çalışmamızın yargılama faaliyetinin kapsamına ilişkin olacağı ve bunun sınırları gösterilmiştir. Bu çerçevede tasarruf ilkesinin karşıt ilke olan kendiliğinden araştırma

ilkesi ile olan ayırımın gerekçelerine de temas edilmiştir. Bu bölümde taraf irade özgürlüğünün, medenî yargılama hukukunun amacı ve işlevi ile olan bağlantısı ayrıca irdelenerek, bununla bağlantılı olarak taraf irade özgürlüğünün anayasal haklar (esaslar) ve evrensel değerler ile olan ilişkisine değinilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde dava hakkı ve bu hakkın kullanılması çalışılmış olup, dava hakkının kullanılması ile yargı organının uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olması, bunun taraflarca belirlenebilen ve belirlenemeyen çerçevesi ortaya konulmuştur. Özellikle dava konusunun taraflarca belirlenmesi ile hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde tarafların başlattıkları yargılama faaliyetini yürütmeleri, bu kapsamda özellikle davayı aydınlatma yükümlülüğü olmak üzere hâkimin görev ve yetkileri tartışılmıştır. Bölüm içine ayrıca tarafların yargılama faaliyetini ya da bu husustaki iddialarını sona erdirebilmeye ilişkin özgürlükleri açıklanmaya, ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Dördüncü bölümün çalışma konusunu ise, kanun yolu incelemesinde tarafların irade özgürlüklerinin taşıdığı anlam, bu kapsamda kanun yoluna başvurmaya, yürütmeye ve kanun yolu incelemesini sonlandırmaya ilişkin taraf yetkileri ortaya konulmuştur.

Son bölümde ise, çalışmamızda tespit ettiğimiz hususlar ve bu hususlara ilişkin yaklaşımımızın ve görüşlerimizin özeti verilmiştir.

I. BÖLÜM

TASARRUF İLKESİ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

§ 1. TASARRUF İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

A. Kavram

Medenî Yargılama Hukuku, bir taraftan bireylerin sübjektif haklarının korunmasına, bu hakların ihlâl edilmesi halinde bunların yerine getirilmesine hizmet eden, diğer taraftan da kamusal menfaat bakımından toplumsal barışı temin eden hukuk dalıdır. Bu hukuk dalının esasında, tarafların maddî hukuktan kaynaklanan sübjektif hakları bulunup, konusunu bu sübjektif hakların tanınması, bunların ihlâli halinde temin edilmesi veya ihlâl tehlikesi durumunda korunması oluşturur. Bu sebeplerle birey devlete başvurur ve bu başvuru ile bir yargılama ilişkisi kurulmuş olur¹. Kurulan ilişki davacının belirli somut bir menfaati dolayısıyla hukukça tanınan, korunan ya da temin edilmesi öngörülen bir hakka ya da yetkiye² ilişkin istemini konu almakta³ ise dava ilişkisi; istemin niteliği, sayı olarak fazla başvurunun gerçekleştiği, istem konusunun hızlı ve kolay çözümlendiği, kanun koyucunun sadece bir objektif hukuk kuralının uygulanması olarak *değerlendirdiği* bir talebin karşılanmasına yönelmiş ise çekişmesiz yargı işi⁴ ve hukukî bir menfaatin teminine,

¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 17; Ansay, Hukuk, s. 200; Belgesay, Teoriler, s. 129 vd.; Berkin, Dâva ve Kaza, s. 404; Tuluay, Dava İlişkisi, s. 101; Üstündağ, Medenî, s. 272, 273; Mitsopoulos, s. 117.

² Objektif hukuk sahasında hak sahipliğine bağlı olmayan ya da başvuru sahibinin kendisine özgülenmeyen bazı iradelerin kullanılması da söz konusu olabilecektir. Haksız zilyedin eşyanın iadesini istemesine dayalı başvuruları veya çevre, tüketici hukuku gibi alanlarda başvuru sahibine tanınan irade ile kurulan dava ilişkileri bu kapsamda değerlendirilecektir. Umar, Ders Kitabının, s. 486 vd. Bu halde objektif hukukun yansıma etkisinden veyahut da bir hukuk refleksinden söz edilebilecektir.

³ Sübjektif bir hakkın varlığı gerekli bir unsur olarak aranmaksızın sadece menfaatin varlığı aranarak. Umar, Ders Kitabının, s. 497; Gottwald, Bewältigung, s. 245.

⁴ Budak, Çekişmesiz, s. 129; Kuru, Nizasız, s. 24 vd; Özkes, Çekişmesiz, s. 687; Postacıoğlu, Medenî, s. 27 vd; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 11 kn. 8, 9 (s. 72). Hangi faaliyetlerin çekişmesiz yargıya ait olduğu hususunun tespiti, çekişmesiz yargıya ait bir tanının yapılamaması nedeniyle, şekli anlamda kanunlarda yer alan çekişmesiz yargıya ilişkin işlerin belirlenmesini gerektirmektedir. Yıldırım, Çekişmesiz, s. 48. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında çekişmesiz yargıya ilişkin düzenleme yapılmış olup, hem maddî anlamda çekişmesiz yargıya ait işlere ilişkin kriterlere yer verilmiş hem de şekli çekişmesiz yargıya uygun şekilde bu alana ait normlar mümkün mertebe tek tek sayılmıştır (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı m.

korunmasına ve yerine getirilmesine ilişkin hukukî önlem alınmaya yönelmiş bir başvuru ise geçici hukukî koruma ilişkisi kuracaktır⁵. Devletin yargılama organı olan mahkemeler, sözü geçen bu ilişkilerde, öngörülen kurallar çerçevesinde hareket ederek talebin karşılanması görevi görecektir. Devletin sözü geçen bu faaliyetlerde hukukî himaye talebinin muhatabı olması, anayasal temellere dayanmakta olup, medenî yargılama hukuku açısından burada bağlantı noktasını oluşturan soru; “*Yargılama faaliyetinin nasıl, hangi esaslara bağlı kalınarak gerçekleştirileceğidir*”. Yani, acaba yargılama faaliyetinin nasıl yapılacağı, yürütüleceği, sona erdirileceği konusunda tek söz sahibi, yargı organı mı olacak, yoksa bu yetki taraflara mı verilecektir? Bu sorun, medenî yargılama kanunlarının sistematiği ve bu sistematiğin dayandığı felsefî gerekçelerle ilgilidir. Zaten, medenî yargılama hukukunda ilkelerin varlığını ortaya çıkaran ilk hukukçu olarak bilinen *Nikalaus Thaddäus von Gönner*’in bu yöndeki ayırımı ulaşması, 1793 tarihli Prusya Devletleri Genel Mahkemeler Kanunu ile müşterek hukuk usûllerini karşılaştırması dolayısıyladır⁶.

Gönner’in bu çalışmasının gerekçesini ve bu çalışma içinde ilkelere (maxime) ulaşmasının nedenlerini doğru tespit etmek için dönemin hukuk anlayışına ve hukuk çalışmalarına bakmak gerekmektedir. Ancak bunun öncesinde medenî yargılamanın esasları (grundsatz) ile medenî yargılamaya hâkim olan ilkeler (maxime) arasındaki farklılığı tespit etmek, hem konuya bakış açımızı ortaya koymak hem de çalışmanın devamında tasarruf ilkesi kavramını anlamak bakımından yararlı olacaktır. Esas (Grundsatz), bir şeyi sağlam, sıkı bir şekilde sınırlandıran kural anlamına gelmektedir⁷. Hukuk alanında bu kavram, hükümlerin düzenlenmesinde ve medenî

388, Adalet Komisyonun Kabul Ettiği Metin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009). Çekişmesiz yargıya ilişkin ayırımın izlerini *Kleinfeller*’in 1905 tarihli “Lehrbuch des Civilprozesses” adlı eserinde bulmaktayız. *Kleinfeller*’e göre kişinin dava hakkı 3 çeşit olup ilki şekli anlamda dava hakkı (soyut dava hakkı), diğeri maddî anlamda dava hakkı, üçüncüsü ise medenî hukuktaki dava hakkı. Medenî hukuktaki dava hakkı, davalıya yönelik maddî hukuktaki bir yaşam ilişkisine dayanır. Oysa maddî anlayıştaki dava hakkı, devletten kamusal hukuksal hukukî bir korumanın istendiği ve varolan hukukî durumun ayakta kalmasında menfaate ilişkin maddî bir gerekçenin bulunduğu davadır. *Hellwig*, Klagrecht, s. 8. Çekişmesiz yargı işinin, medenî yargı ile değil, idarî işlev olarak görülmesi ve tanımlanması gerektiği hakkında bkz. *Umar*, Ders Kitabının s. 486 ve *Belgesay*, Teoriler, s. 49.

⁵ *Özekes/ Erişir*, s. 1236; *Pekcanitez/ Atalay*, / *Özekes*, Medenî, s. 649, 650.

⁶ *Schönfeld*, s. 5; Yazarın eserini yazdığı tarihte tek bir Alman Usûl Kanunu bulunmayıp, eyaletlerin müşterek hukuk usûlünden veyahut da Prusya Usul Kanunundan etkilenmiş usûl kanunları bulunmaktaydı.

⁷ *Duden*, Das Stilwörterbuch, 7. Bası, Mannheim-Wien-Zürich 1988, s. 340.

hukuk yargılamasının yerleşmesinde temel alınacak kuralı ifade etmektedir. Bu kural ise, hukuk süjesi olmaya dayalı temel haklara dayanmakta olup, anayasal güvence ile temin edilmeyi gerektirir. *Özekes*, anayasal güvence altında olan bu değerleri, *sabit değer* olarak nitelendirmekte olup, hukuk politikasından bağımsız olarak hukuk devleti ilkesi gereğince uygulanmasının kanun koyucunun tercihinin bırakılmamış olduğunu belirtir⁸. İlkeler (Maxime) ise, devletin hukuk politikası ile bağlantılı olarak yargılama organının tercihinin bırakılmış ve yargısal faaliyetin görülmesine ilişkin hâkimiyet sahasının taraf ile hâkim yetkilerine göre paylaştırıldığı veya bunlardan kural olarak birine tevcih edildiği, bu sebeple esnek yapısı olan medenî yargılamanın üst kurallarıdır⁹. Bu anlamıyla ilkeler bir medenî yargılama kanununun ve düzenlemelerinin teknik donanımına şekil vermekte¹⁰; kuralları ile istisnaları kanun koyucu tarafından oluşturulabilmektedir¹¹. Bunlar yargılamanın ilkeleri olarak anılırlar ve yargılamaya karakterini verirler. Yargı organı da bu ilkelere göre düzenlenen yargılama hukuku normları üzerinden görevini ifa eder. Hatta medenî yargılama hukuku sahasına ait açık olmayan normlar ile boşluk oluşturan noktaların da doğru yorumlanabilmesi yine söz konusu bu ilkelere göre olacaktır¹².

Türkçe’de ilke karşılığı olarak kullanılan “*maxime*”, Fransızca bir kelime olup, köken olarak Orta Latince’deki maxima kelimesine dayanmaktadır. Kelime köktüne bakıldığında Türkçe’de duvar ustalarının cetvel gibi kullandıkları uzun düz tahtayı ifade eden (Eski Latince: Regere, Almanca: Richtscheit) Orta Latince’deki

⁸ *Özekes*, Hukukî Dinlenilme, s. 82. Ayrıca bkz. *Özekes*, İcra Hukukunda, s. 7; *Bettermann*, Verfassungsrechtliche, s. 67; *Leipold*, Verfahrensbeschleunigung, s. 330; *Rieß*, s. 386, 387. Zaten *Gönner*’in ilkeleri ortaya çıkardığı eserini dikkatle incelediğimizde ulaştığı bu ilkelere ayrı olarak hukukî dinlenilme hakkından bahsettiğini ve onu bir temel esas (grundsatz) olarak nitelendirdiğini görmekteyiz. İlkeleri ortaya koyma çabasında olan *Gönner*’in taraflarca getirme ilkesi ve kendiliğinden araştırma ilkesi için maxime kavramını kullanması ile hukukî dinlenilme hakkından bahsederken grundsatz kavramını kullanması farkında olmadan yapılan bir tespiti içermektedir. Ona göre önemli olan her bir düzenlemenin içine gireceği hukuk kuralını tespit etmek olacak ve bu da kanun koyucunun tercihinin göre ya taraflarca getirme ilkesi ya da kendiliğinden araştırma ilkesi olacaktır.

⁹ *Özekes*, Hukukî Dinlenilme, s. 82.

¹⁰ *Kölz*, s. 2; *Leipold*, Verfahrensbeschleunigung, s. 330.

¹¹ *Grunsky*, Grundlagen, s. 12; *Gygi*, s. 41; *Kölz*, s. 2.

¹² *Lüke*, Streitgegenstand, s. 41; *Menger*, s. 433.

maxima, anlam olarak ise içinde alt kuralların düzenlendiği bir hiyerarşiyi ifade etmektedir. Günümüzde ise bu kavram, üst kural anlamında kullanılmaktadır¹³.

Bu kavramın üst kural olarak değerlendirilmesinin kökeninde, *Gönnner'in* bir yargılama kanununun ya tarafların getirdikleriyle yetinen ya da yetinmeyerek kendiliğinden araştırma yapan hâkim ayırımında görmek gerekecektir¹⁴. *Gönnner'in* bu düşüncesi, ilkeleri kanun koyucunun iradesine göre değişen ve onun isteğine bağlı olarak gerçekleşen bir yargılama faaliyeti temeli olarak görmesine dayanmaktadır. *Gaul* bu düşüncenin aksine ilkelerin pozitif hukukun hükümlerinden çıkarılacağına, hukuk normlarının ilkelerden çıkarılamayacağı düşüncesindedir¹⁵. *Ottomann* da bu yaklaşımı esas alarak yargılama ilkelerinin sistem içinde düzenlenmesinde kanun koyucunun serbest olduğuna dikkat çekmektedir¹⁶. *Rosenberg, Schwab ve Gottwald'a* göre ise ilkeler kanun koyucunun yargılama kurallarını düzenlediği alanı ifade etmektedir¹⁷. *Brüggemann'a* göre ise ilkeler yargılama kurallarının düzenlendiği alanın malzemelerini belirtmektedir¹⁸. *Leipold* ise, belirli bir usûlî sistem içinde yapılacak usûlî işlemler için öngörülen temel prensipleri ilke olarak nitelendirmektedir¹⁹.

Biz de bu düşüncelere katılarak kanun koyucunun iradesine bağlı olarak bir medenî yargılama sisteminin taraf ya da hâkim egemenliğine dayanarak oluşturulabileceğini kabul etmekteyiz²⁰. Yani yargılama faaliyetine yön veren iradenin kime ait olacağı sorunu, kanun koyucunun yargılama kurallarına ilişkin kanunlaştırma faaliyetindeki tercihlerine bırakılmıştır. Bu yönde taraflarca getirme ilkesini benimseyerek taraf hâkimiyetini ön planda tutan sistemlerde yargılamanın kazanılması için tarafların uyuşmazlık konusuna ilişkin iddia ve delillerini yargılamaya tam ve zamanında getirmesi önem taşıyacaktır.

¹³ Duden, Das Herkunftwörterbuch, 2. Bası, Mannheim-Leipzig-Wien-Zürich 1997, s. 449.

¹⁴ *Ottomann*, s. 77 vd.

¹⁵ *Gaul*, Rechtsverwirklichung, s. 147.

¹⁶ *Ottomann*, s. 78.

¹⁷ *Rosenberg/ Schwab /Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76 kn. 1 vd (s. 479 vd.).

¹⁸ *Brüggemann*, s. 101.

¹⁹ *Leipold*, Verfahrensbeschleunigung, s. 330.

²⁰ *Ottomann*, s. 78.

Bu açıklamalar kapsamında biz, *Pfeifer*'in iddia ettiği gibi ilke (maxime) ile temel esas (grundsatz) arasında bir ayırımın bulunmadığı görüşüne²¹ katılmamaktayız. Yargılamanın esasları ile ilkeleri arasındaki kaynak farklılığı, gözden uzak tutulmamalıdır²².

B. İlkelerin Ortaya Çıkışı

1. Dönemin Hukuk Anlayışı

Medenî yargılamaya hâkim olan ilkelerin ortaya çıkması, 18. yüzyılın sonuna doğru, doğal hukuk öğretisinin akla dayalı olarak açıklanma gayretlerine dayanır. Söz konusu dönemde, matematik ve fizikte olduğu gibi hukukta da doğruluk ve kesinliğin tespit edilmesi beklenmekteydi. Bu beklentiyi karşılama amacıyla *Christian Wolff*, oluşturulmaya çalışılan genel hukuk teorisi kapsamında temel gerçekliklerden yola çıkarak kapsamlı bir hukuk sistemi geliştirmeye ve tümdengelim yöntemini kullanarak hukukta küçük ayrıntılara ulaşmaya çalıştı. Ona göre pozitif hukuk ile doğal hukuk arasında bir bağlantı bulunmaktaydı. Bunun için tümdengelim metodunu kullandı ve neticede pozitif hukukta akla dayalı doğal hukuk kökenli cümleler olduğunu keşfetti. Bunu yaparken de önce saf akla dayalı (a priori) bilgileri, soyut ve matematiğe dayalı olanlarından ayırttı ve sonra bunları pozitif hukuk düzenlemeleri ile karşılaştırdı. Eğer akla dayalı bilgi pozitif hukuk düzenlemesi ile uyumlu ise o zaman pozitif hukuk doğal hukukla özdeş konumda olacak, eğer uyumlu olmazsa pozitif hukukun doğal hukuka göre iyileştirilmesi gerekecekti²³. *Wolff*'ün teoride kalan bu çıkışı, dönem hukukçularının doğal hukuk düşüncesine ve doğal hukukun felsefî yönüne olan ilgilerini artırdı ve hukukun eşyanın tabiatı, kanunun ruhu gibi akla dayalı kavramlarla açıklanabileceğine olan düşünceyi kuvvetlendirdi. Böylelikle pozitif hukukun düzenlemelerini inceleyip akla dayalı doğal hukuk kökenli esaslarını keşfetmeye çalıştılar²⁴. Bu çalışmalarda hukukçular doğal hukuka uyumlu ve bu sebeple geçerli pozitif hukuk kuralı ile

²¹ *Pfeifer*, Untersuchungsgrundsatz, s. 56.

²² *Pekcanitez/ Atalay/ Özekes*, Medenî, s. 226, 227.

²³ *Bomdsdorf*, s. 101.

²⁴ *Bomdsdorf*, s. 102.

özellikli hukuk kuralı diye ayırım yapmışlar ve özellikli hukuk kurallarını gözleme dayalı olarak nitelendirmişlerdir²⁵. Bu çalışmalarda her pozitif hukuk düzenlemesini bir üst başlık altında formüle ettiler. Bu üst başlık eşyanın tabiatından soyutlanmış hukukun esaslarını ve tanımlarını ifade etmekteydi. Bu üst başlık altına girmeyen özellikli olarak nitelendirdikleri kurallar akla dayalı olmayan doğal hukuka aykırı hukuk kurallarıydı ve bunlar kanun değişiklikleri ile pozitif hukuka uyumlu hale getirilmeliydi²⁶. Böylelikle mahkemeler, ders kitaplarında kazuistik şekilde anlatılan olay çözümlerine bağlı olmaksızın yargısal faaliyette bulunarak uyumsuzluğu çözme görevini yerine getirebilecekti²⁷.

2. Taraf Egemenliği Düşüncesi

a. Grolman ve Gönner'in Görüşleri

18 yy. sonlarında yapılan bu çalışmalar arasında ilk ciddi eser *Grolman*'ın 1800 tarihli "*Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten*" adlı eseridir. Yazara göre medenî yargılama sübjektif haklara ilişkin talebin karşılanması amacını taşıdığından her usûlî işlem ve bu işleme ilişkin normlar sübjektif hakların gerçekleşmesine yönelmelidir²⁸. Dolayısıyla medenî yargılama normları bu yönelme içinde değerlendirilmelidir²⁹ ve böylelikle de akla dayalı genel kural ile uyum sağlanmalıdır. Sübjektif hakkın yerine getirilmesi işlevi görmeyen normlar ise ona göre mutlak surette akla dayalı olmayan norm olarak değil, farklı şekilde formüle edilmiş akla dayalı normlar olarak görülmelidir³⁰.

²⁵ Bomsdorf, s. 102.

²⁶ Bomsdorf, s. 105, 108.

²⁷ Böhm, Streit, s. 139.

²⁸ "Her vatandaş kendi isteğine göre haklarını kullanmaya yetkilidir. Her birey bu hakkından kısmen ya da tamamen feda edebilir. Bunu devletin bu kişinin hakkını tanıması ya da aynı hakkın korunmasını gerçekten talep etmesini korumak zorunda olması izler.... Yani (demek ki), hüküm hâkim incelemesini....hem de talep edenin açıklaması vasıtasıyla kişinin neyi hak olarak talep ettiğine dikkat çekmeye hizmet eder. Bundan dolayı da medenî yargı çekişmelerinde kendiliğinden araştırma ilkesi yoktur, talepte bulunanın açıklaması vasıtasıyla bütün hak kısımlarının tespit ettirdiğinin dışında başkaca yargılama yoktur" *Grolman*, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten*, 1800, s. 103 (Naklen *Bomsdorf*, s. 123).

²⁹ *Grolman*, s. 10, 23 (Naklen, *Bomsdorf*, s. 109).

³⁰ *Grolman*, *Theorie*, s. 8 (Naklen, *Bomsdorf*, s. 109).

Bu hususta bir sonra tarihli çalışma ise, ilk basımı 1801 tarihi olan “*Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*” adlı eserdir. Bu eserinde *Nikolaus Thaddäus von Gönner*, pozitif hukuk kurallarının aklî gerekçelere dayanan bir ruhunun olduğunu açıklamaya çalışmıştır³¹. Teorisinin ilk basamağında eşyanın tabiatı, sağlıklı insan anlayışı, saf mantık gibi “*a priori*” algılanan ve pozitif hukuktan tamamen bağımsız olan kavram ve hukuk kaidelerini ortaya koyar³². Sonra ise pozitif hukuk normlarını, “*a priori*” elde edilen bu kavramların altında altlamaya çalışır³³. Böylelikle *Gönner*, tündengelim yoluyla aklî prensiplerle pozitif hukuk düzenlemeleri arasındaki harmoniyi ortaya koyarak düşüncesinin sadece teorik değil, pratikte de gerçek olarak kabul edilmesini sağlamaya çalışır. Uyumlu olmayan normlar ise ona göre, anlamı olmayan sapmalar ya da alttaki düzenleyici ilkenin kolları olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu durum hiçbir şekilde akla dayalı temel ilkeyi değiştirmez³⁴. *Gönner* teorisinin son basamağında ise aklî gerekçelerle bağlantısını izah ve ispat edemediği uyum dışı normları, aklî temele kapalı yabancı ürün olarak nitelendirir³⁵.

Gönner’in teorisini oluştururken, daha evvel *Grolman*’ın ifade ettiği yargılamanın sübjektif hakların yerine getirilmesi amacından hareket etti ve bu amacın gerçekleştirilmesini sağlayan iki üst kavram (ilke) belirledi. Pozitif hukuk normlarının altlanmaya girdiği akla dayalı bu iki üst kavramdan biri tarafın (hukukî) dinlenilme hakkı, diğeri ise feragat kavramları idi³⁶. Aynı zamanda Alman Müşterek Hukuku ile Prusya Genel Mahkemeler Kanunu arasında karşılaştırma yaptığı çalışmasında *Gönner*’e göre, medenî yargılama hukuku alanındaki bütün

³¹ *Gönner, Nikolaus Thaddäus von*, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* (Handbuch), 2. Bası, Cilt: 1, Erlangen 1803, s. 119 (Naklen Naklen *Bomsdorf*, s. 113). Aynı yönde *Gönner, Nikolaus Thaddäus von*, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit* (Gesetzgebung), Erlangen 1815, s. 26 vd. (Naklen *Bomsdorf*, s. 112). Ayrıca bkz *Böhm*, *Streit*, s. 139.

³² Bu bağımsız kurallara deneysel metot ile (Handbuch, Cilt: 1, s. 322.) ya da Roma hukuk olaylarından edinilen tecrübe kuralları ile (Gesetzgebung, s. 146) ile de ulaşılabilir (Naklen *Bomsdorf*, s. 113, 114).

³³ *Gönner*, *Gesetzgebung*, s. 27 (Naklen *Bomsdorf*, s. 115).

³⁴ *Gönner, Nikolaus Thaddäus von*, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut 1804 (Naklen *Bomsdorf*, s. 116).

³⁵ *Gönner*, *Gesetzgebung*, s. 36 (Naklen *Bomsdorf*, s. 116).

³⁶ *Gönner*, *Handbuch*, Cilt: 1 Fasikül: 1, s. 95, *Handbuch*, Cilt: 1 Fasikül: 2, s. 264, 509 (Naklen *Bomsdorf*, s. 119, 200; *Böhm*, *Streit*, s. 142).

düzenlemeler, teorisinin ilk basamağında tespit edilen bu iki üst kavrama uyumlu olmalıydı. Bu uyuma sahip normlar da tabiatı gereği bir medenî yargılama kanunundan diğer bir medenî yargılama kanununa göre değişmemeliydi. Oysa Prusya Genel Mahkemeler Kanununda Alman Müsterek Hukuku ile aynı hususa ilişkin zıt yönde düzenlemeler bulunmaktaydı³⁷. Medenî yargılamada verilecek hüküm sonucu, şu durumda medenî yargılama kanunlarına göre farklılaşabilmekteydi. Doğru bir tespitle *Gönner*, bu farklılaşmanın sebebinin yargılamadaki taraf ve hâkimin gücünden kaynaklandığını buldu³⁸. Zira mevcut medenî kanunlarda yer alan vakıaların aydınlatılmasına ilişkin hükümler ne feragat ne de hukukî dinlenilme üst kavramı ile açıklanabilmekteydi. Her iki hukuk sahasında vakıaların aydınlatılması kurumunun bulunması ise onu Prusya Genel Mahkemeler Kanunu hükümlerini yabancı öge olarak görmesine de engel olmaktaydı. Bu durum medenî yargılama kanunlarının saf akılla uyumlu genel temel esaslarının dışında, ayrıca yargılamanın taraf gücü veya hâkim gücü ile yürütülebileceğini gösterdi³⁹. Bunu *Gönner*; “*Bir tarafın hakkının tanınmasının dayandığı vakıanın gerçekliğine hâkimin ikna olmasını, usûlün amacı olarak düşünürsek, saf ilkelerden aynı hedefe giden iki yolu düşünmemiz gerekir.*” şeklinde ifade etmiştir⁴⁰.

Bu iki yoldan ilki, her bireyin kendi hakkını kullanabilmede özgür olması olgusuna dayandırılır. Bu ise, “*bir yerde davacı yoksa hâkim de yoktur*”⁴¹ şeklinde ifade edilen “*tarafarla getirme ilkesi*”ydi. Bu ilkeyi aslında *Grolman* eserinde bütün özellikleri ve gerekçeleriyle açıklamış ve fakat vardığı bu sonucun ne olduğı hususunda bir üst kavrama ulaşmamıştı⁴². *Gönner* de bu kuralın gerekçesinde tıpkı

³⁷ O zamanlar Prusya Mahkemeler Kanunu’nda araştırma, soru sorma metodunun geçerli olduğı zaten ifade edilmekteydi (Inquisitions- Befragungsmethode), **Bomsdorf**, s. 124.

³⁸ **Gönner**, Handbuch, Cilt: 1 Fasikül 2, s. 178, 189 (Naklen **Bomsdorf**, s. 124; **Leykam**, s. 41, 41a).

³⁹ Zira Prusya Mahkemeler Kanunundaki vakıaların aydınlatılması hususundaki hâkim yetkilerinin genişliğı, Alman Müsterek Hukuku uygulamaları ile kıyaslanamayacak kadardı. **Gönner**, Gesetzgebung, s. 78 (Naklen **Bomsdorf**, s. 124).

⁴⁰ **Gönner**, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 181 (Naklen **Bomsdorf**, s. 125, 126). Ayrıca bkz. **Kölz**, s. 4; **Lang**, Untersuchungs-, s. 61.

⁴¹ “*Wo kein Kläger ist, da ist kein Richter*”.

⁴² İddiaların tarafarla getirilmesi ilkesi sebebiyledir ki, bunların ispat faaliyeti de taraflara ait olacak ve hâkim yargılamaya getirilmemiş sebeplerden dolayı kendiliğinden ispat faaliyetinde bulunamayacaktır. **Grolman**, s. 106 (Naklen **Bomsdorf**, s. 123).

Grolman gibi özel haktan feragat edebilirlik ve özel hakkın devredilebilirliği kavramlarını görmekte ve vardığı bu sonucun geçerliliğinin Müsterek Hukukun akla dayalı hükümleriyle ispat edilebilir olduğunu düşünüyordu⁴³. Bu düşüncesini medenî yargılama hukuku sahasına uygulamakla da, yargılamanın tüm aşamalarında her bireyin kendi hakkını istediği gibi kullanıp kullanmama yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır⁴⁴. Ona göre, özel hukuktaki bütün kurallar yargılama usûlünde geçerlidir. *Gönner* ilkenin sadece hukukî koruma talep edildiye devletin bunu sağlamak için harekete geçeceği şeklinde anlaşılmaması, aynı zamanda kişinin kendi hakkı olarak neden bahsettiye, o konuda ve korumanın nasıl gerçekleşmesini istediye, o şekilde bir korumanın sağlanması olarak anlaşılması gerektiğini belirtir⁴⁵. Böylece yargılama faaliyetinde hâkim, sadece taleple bağlanmamış, aynı zamanda hukukî korumada kullanılacak vasıtalarla da bağlanmıştır. Bu ilkeye bağlı yargılamada hâkimin her adımı belirlidir. Bu kural, tarafların kendi aralarındaki hukukî duruma ilişkin yetkilerini esas almakta olup, hâkimin uygulanacak hukuk kuralını bulmasını engellemektedir⁴⁶.

İkinci ilke ise hâkimin yetkisi üzerine kurulu olan “*kendiliğinden araştırma ilkesi*”’dir. *Gönner*, bu ilkeyi medenî yargılama hukukunun bireylerin hukukî korunma taleplerinin karşılanmasına ilişkin amacından sapma olarak değerlendirmemiş, bu amacın gerçekleşmesi için hâkimin yargılama faaliyetinde her şeyi kendiliğinden araştırması olarak görmüştür⁴⁷. Hâkim sadece davanın başlatılması ile bağlı olup, bunun dışında taraf iradesi ile bağlı değildir. Taraf (davacı), dava açmakla hukukî korunma için hâkimin yardımına başvurmuştur ve bunun için gerekli bütün tedbirlerin alınmasına ve yargılama kurallarına baştan rıza göstermektedir⁴⁸.

⁴³ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 122 (Naklen *Bomsdorf*, s. 126).

⁴⁴ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 183 vd. (Naklen *Leykam*, s. 41a).

⁴⁵ *Gönner* bu düşüncesini “*Kendiliğinden harekete geçmeme ilkesi burada genel ilkedir ve istisnalar çıkarılırsa mahkeme yargılamasının tamamında bütün bölümlerde yer almıştır ve bu ilke her şeyin taraflarca getirildiği ya da her şey taraf davranışlarına bağlı olduğu için Taraflarca Getirme İlkesi (Verhandlungsmaxime) olarak anılır.*” cümleleriyle ifade eder (Naklen *Bomsdorf*, s. 127).

⁴⁶ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, s. 183 (Naklen *Leykam*, s. 42 dn. 2).

⁴⁷ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 191 (Naklen *Bomsdorf*, s. 128).

⁴⁸ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 183 vd. (Naklen *Bomsdorf*, s. 127).

Görüldüğü gibi *Gönner*'in ifade ettiği her iki ilke de bireylerin hakları üzerinde tasarruf etmesi özgürlüğünden kaynaklanır. Aralarındaki fark, bu özgürlüğün taraflarca getirme ilkesinde tüm yargılama boyunca sürmesi, kendiliğinden araştırma ilkesinde ise sadece davanın açılması aşamasında söz konusu olmasıdır⁴⁹. Her iki ilkenin ortak yönü, sübjektif hakların korunmasının hedef alınmasıdır⁵⁰.

Gönner'e göre taraflarca getirme ilkesinde taraf tasarrufları yargılamaya doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekilde etki doğuracaktır. Tarafın dilekçe ile dava açması, dava konusu haktan feragat etmesi, dava konusu talebi kabul etmesi durumlarında taraf işlemi etkisini doğrudan; bir vakıayı yargılamaya getirmek ya da getirmemek şeklindeki taraf işlemi ise dolaylı olarak yargılama sahasında etki doğurmaktadır⁵¹. *Gönner*, etkinin doğrudan ve dolaylı olması arasında fark görmemektedir⁵². Zira taraflarca getirme ilkesi yargılama hukukunun genel ilkesi olup, bugünkü anlamıyla sadece taraflarca getirme ilkesini değil, aynı zamanda tasarruf ilkesini de kapsamaktadır⁵³.

Kendiliğinden araştırma ilkesinde ise, hâkime yargılamada önemli olguları kendiliğinden araştırma konusunda yükümlülük yüklenmiştir. Bu sistemde dava konusunun belirlenmesi ve davanın açılması yine taraf tasarrufunda görülecek ve fakat taraflar hüküm için önemli olan vakıalara etkide bulunamayacaklardır⁵⁴.

Gönner, Prusya Mahkemeler Kanununda kendiliğinden araştırma ilkesinin "*her şey kendiliğinden*", Alman Müsterek Hukukunda ise taraflarca getirme ilkesinin "*hiçbir şey kendiliğinden*" geçerli olduğu bazı somut normları göstererek ortaya koyarken⁵⁵, her iki sistem için de pozitif hukuk kurallarının akla dayalı genel esas ile

⁴⁹ *Gönner*'in vardığı bu noktada her iki ilkeyi eşit değerde ve ya birbirine karşıt olarak görmesini *Leykam* kendiliğinden araştırma ilkesinin dava açıldıktan sonra vakılarda söz konusu olarak görülmesi sebebiyle eleştirir. *Leykam*, s. 45.

⁵⁰ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 184 (Naklen *Bomsdorf*, s. 128).

⁵¹ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 240, 242 (Naklen *Bomsdorf*, s. 129).

⁵² *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 185, 236 (Naklen *Bomsdorf*, s. 130).

⁵³ *Bomsdorf*, s. 130.

⁵⁴ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 183, 185 (Naklen *Bomsdorf*, s. 130).

⁵⁵ *Almendingen*'e göre taraflarca getirme ilkesinde tarafın talebine bağlılığın nedeni, tarafların hâkim karşısında korunmasıdır. *Almendingen*, L. *Harscher von*, Metaphisik des Civilprozesses, Gießen-Wetzlar 1808, s. 12 vd (Naklen *Bomsdorf*, s. 160).

uyumlu olduğunu belirtmektedir⁵⁶. Her iki ilkenin karşıt olması, *Gönner*'e göre medenî yargılama hukukunda her iki ilkenin iç içe bulunmayacağı anlamına da gelmemektedir⁵⁷. Nitekim Prusya Mahkemeler Kanunu'nda tarafların haklarına ilişkin tasarruflarda bulunabileceklerine ilişkin hükümler (*tarafların sulh imkânı*⁵⁸, *davacının talep kapsamını belirlemesi*⁵⁹, *tarafların vakıaları çekişmesiz yapmaları*⁶⁰) bulunmaktayken, Alman Müşterek Hukukunda hâkimin yargılamaya getirilen vakıaları altlamakla yükümlü olacağına ilişkin düzenlemeler bulunmaktaydı.

b. Lotz, Ortloff ve Canstein'in Görüşleri

Alman Müşterek Hukuku'nun taraflarca getirme ilkesi sistemi üzerine kurulduğu ve sistemin temelinde feragat esasının bulunduğu 19. yy başlarında genel kabul görmüştür⁶¹. Feragat esası ise, hem tarafın talepte bulunmamasını hem de tarafın hakkını dayandırdığı vakıaları yargılamaya getirmemesini ifade etmektedir⁶². Bu esas üzerine kurulmuş yargılama, taraflarca getirme ilkesini ifade etmekteydi.

Talepte bulunmama ile vakıayı yargılamaya getirmeme şeklindeki taraf davranışlarının aynı şey olmadığını ilk *Lotz* fark etmiştir. Ona göre, vakıanın

⁵⁶ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 177, 193 (Naklen Bomsdorf, s. 131, 133).

⁵⁷ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 191, 192 (Naklen Bomsdorf, s. 132; *Leykam*, s. 43). *Weilsch*'e göre ise taraflarca getirme ilkesi ile kendiliğinden araştırma ilkesi birbirlerine karşıt ilkeler olup, ideolojik anlamda birinin bulunduğu yerde diğeri olmayacaktı. Zira taraflarca getirme ilkesi bireyin özgürlüğüne ve kendiliğinden araştırma ilkesi ise devletin birey üzerinde vesayet makamı olmasına dayanmaktadır. *Welsch, J. B.*, Revision der Gesetzgebung und Rechtspflege in Baiern, Münih 1819, s. 24 (Naklen Bomsdorf, s. 162).

⁵⁸ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 196 (Naklen Bomsdorf, s. 132).

⁵⁹ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 203 (Naklen Bomsdorf, s. 132).

⁶⁰ *Gönner*, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 199 (Naklen Bomsdorf, s. 132).

⁶¹ *Almendingen*, s. 12 vd.; *Gaisberg, L. C. von*, Allgemeine Vorkentnisse zur Theorie des bürgerlichen Processes, Stuttgart 1820, s. 134; *Haimerl, Fr. Xav.*, Kurze Bemerkungen über den obersten Grundsatz und die daraus fließenden Haupterfordernisse der bürgerlichen Proceßgesetzgebung, AcP 18 (1835), s. 54 vd.; *Martin, Christoph*, Vorlesung über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Leipzig 1855, s. 125; *Morstadt, K. Eduard*, Gemein-deutscher Civilprozeß-Schlüssel, Heidelberg 1847, s. 129; *Weber, E. H.* Paraphrase des Martin'schen Prozess- Lehrbuch, Stuttgart 1835, s. 82 (Naklen Bomsdorf, s. 160).

⁶² *Zink*, getirilmeyen vakıadan feragat edildiği düşüncesini eleştirir. *Zink, E.*, Über die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprozesse, München 1860, s. 357 (Naklen Bomsdorf, s. 189).

yargılamaya getirilmemesi, eksik getirilmesi tarafın hakkından feragat ettiği anlamına gelmemekteydi⁶³.

Bu hususu *Ortloff* sistematik açıdan ifade edebilmiştir. Ona göre yargılamayı başlatmak ile yargılamaya vakıaları getirmek farklı şeylerdi⁶⁴. Yargılamanın başlatılmasında bir arzu ve hakka ilişkin tasarrufta bulunma söz konusu olup, *Ortloff*, bunu “*tasarruf ilkesi*,” olarak adlandırdı⁶⁵. Bu ilkenin karşıt ilkesini ise “*Kendiliğinden Harekete Geçme İlkesi*” oluşturmaktaydı⁶⁶.

Canstein ise, *Gönner*’in taraflarca getirme ilkesinin farklı kökenleri barındırdığını, bunlardan birini tarafın hak talebinin oluşturduğunu, diğerinin ise yargılamanın tarafların getirdikleri üzerinden görülmesinin oluşturduğunu belirtmiştir⁶⁷.

Bu ayırıma rağmen, tasarruf ilkesi bazen taraflarca hazırlama ilkesi adı altında ve vakıa ve delil sahasına ilişkin olarak değerlendirilmiştir⁶⁸. *Grunsky*, tasarruf ilkesinin taraflarca getirme ilkesi ile bir anlaşılmasının nedenini, taraf yetkilerinin yargılama sahası içinde bir bütün olarak değerlendirmesinde görmektedir⁶⁹.

⁶³ **Lotz, J. Friedrich E.**, Über die Vorzüge der Verhandlungsmaxime von der Untersuchungsmaxime bei der Bestimmung des gerichtlichen Verfahrens für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, Civilistische Abhandlungen, Coburg-Leipzig 1820, s. 15 (Naklen **Bomsdorf**, s. 162).

⁶⁴ **Ortloff, Hermann**, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, Jena 1858, s. 39 (Naklen **Bomsdorf**, s. 161).

⁶⁵ **Ortloff**, s. 43 (Naklen **Bomsdorf**, s. 161).

⁶⁶ Bu kavram ilk defa **Walther** tarafından kullanılmıştır. **Walther, Friedrich**, Die Rechtsmittel im Strafverfahren nach den Grundsätzen des englisch-französischen Strafprozeßrechtes, München 1853, Giriş s.15 (Naklen **Bomsdorf**, s. 161 dn. 30).

⁶⁷ **Canstein, Raban von**, Die rationelle Grundlagen des Civilprozesses, Wien 1877, s. 169 (Naklen **Bomsdorf**, s. 175).

⁶⁸ **Hermann**, s. 63; **Reinhard**, Versuch, s. 32; **Schultzenstein**, s. 301.

⁶⁹ **Grunsky**, Dispositionsgrundsatz, s. 25; **Grunsky**, Grundlagen, s. 166.

§ 2. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN İŞLEVİ VE AMACI BAKIMINDAN TASARRUF İLKESİ

A. Genel Olarak

18. yy başında medenî yargılama hukuku kurallarına ilişkin yaşanan tartışmalar, metodolojik anlamda hukuk sisteminin açıklanmasına ve yeni bir hukuk sistemi yaratılmasına yönelikti. Bu çalışmalarda hukuk normlarının ontolojik (köken sorunu) ve epistemolojik (nasıl varılacağı sorunu) tahlili temel hedef alınmaktaydı⁷⁰. Böylelikle medenî yargılama hukukunun işlevinin ne olduğu da ortaya çıkarılacaktı.

B. Liberal Yaklaşım

Dönemin hâkim olan liberal anlayışına göre, medenî yargılama hukuku, tarafların maddî hukuk sahasında sahip oldukları haklarının korunması için başvurulacak bir süreç olduğundan, bu alanda kamusal menfaatten bahsedilemezdi⁷¹. Taraflar, sübjektif haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda dava açıp açmamada ve açtıkları davalarda uyumazlığa ilişkin vakıaları yargılamaya getirip getirmemede özgürdür⁷². Bu sebeple hâkim, taraf açıklamaları kapsamında ve tarafların getirdiklerine göre maddî hukuktaki durumu tespit etmek ve hüküm vermek durumundadır⁷³. Taraf iradesinin belirleyici olduğu bu anlayış, günümüzde de genel kabul görmektedir⁷⁴.

Liberal anlayış, medenî yargılama faaliyetini, tarafların maddî hukuk sahasındaki hakları üzerinde tasarruf etme olarak değerlendirdiğinden⁷⁵, medenî yargılama hukukunda taraf hâkimiyetini de işin tabiatı gereği olarak görmektedir. Bu sebeple yargılama faaliyetinde hâkim, kendiliğinden araştırma yapamayacaktır⁷⁶.

⁷⁰ Haferkamp, s. 130.

⁷¹ Canstein, Raban von, Der Zweck des Civilprozesses, Graz 1902, s. 34; Wach, Grundfragen s. 26; Wach, Vorträge, 1. Bast, s. 39 (Naklen, Brehm, Bindung, s. 11).

⁷² Brehm, Bindung, s. 11; Goldschmidt, Prozeß, s. 128; Nörr, s. 45.

⁷³ Gönner, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 183 (Naklen Bomsdorf, s. 128, 129).

⁷⁴ Blomeyer, Zivilprozessrecht, s. 89; Brehm, Bindung, s. 10; Grunsky, Grundlagen, s. 164; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 25 I (s. 87); Lorenz, S., s. 37; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 76 kn. 7, (s. 480); Schönke/ Kuchinke, Zivilprozeßrecht, § 8 I 2, s. 24; Zeiss/ Schreiber, Zivilprozessrecht, § 26 s. 64 kn. 169a.

⁷⁵ Grunsky, Grundlagen, s. 166; Zeiss/ Schreiber, Zivilprozessrecht, § 26 s. 64 kn. 169a.

⁷⁶ Grunsky, Grundlagen, s. 166.

Taraflar da istemedikleri vakıa ve delilleri yargılamaya getirmeyecekler, sadece getirdiklerinin doğru olduğu konusunda hâkimi ikna etmeye çalışacaklardır⁷⁷. Diyebiliriz ki, klasik liberal medenî yargılama anlayışı, maddî hak sahipliği ile bağlantı kurularak, maddî hukukun haktan feragati ve hak üzerinde tasarruf etmek üzerine kurulmaktadır. Bu nedenle, hâkim sadece getirilenlerle ikna edilecek ve hüküm de sadece taraf istemine göre verilecektir. Yargılama faaliyetinin sadece hayat olayının getirilen vakıalarına ilişkin olması ve hâkimin bunlara ikna edilmesi üzerine görülmesi sebebiyle verilecek hükmün mutlak surette fiili gerçeğe uyuşması söz konusu olmayabilecektir⁷⁸. Kaldı ki, tarafların usûlî işlemlerde (ikrar vs.) bulunarak yargılama faaliyetini etkilemeleri dolayısıyla da yargılama faaliyeti sonucu, fiili durumu ifade etmeyebilecektir⁷⁹. Bundan dolayı maddî hukuktaki hak sahipliğine bağımlılığı öngören bu anlayışta, medenî yargılama hukuku, tarafların özel olayı değil, özel olaylarını gerçekleştirme işlevi gören⁸⁰ bağımsız bir alan olarak değerlendirilmelidir⁸¹.

Liberal medenî yargılama anlayışında hâkim, tarafların talep ve getirdiklerine göre yargılama faaliyeti yapmaktadır. Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin yetkileri de, tarafların istem ve getirdikleri kapsamında anlaşılmaktadır⁸². Hâkim, kendiliğinden taraflar arasındaki fiili durumu ve davaya getirilenlerin gerçek

⁷⁷ **Goldschmidt**, Prozeß, s. 128; **Habscheid**, Auf Beweis, s. 309; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, § 25 II (s. 87); **Nörr**, s. 45; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 77 kn. 3 (s. 482); **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 47.

⁷⁸ **Canstein**, s. 34; **Wach**, Grundfragen, s. 26; **Wach**, Vorträge, s. 39 (Naklen **Brehm**, Bindung, s. 11); **Degenkolb**, Beiträge zum Zivilprozeß, 1905 (Naklen **Brehm**, Bindung, s. 25 dn. 9); **Goldschmidt**, Prozeß, s. 150; **Hellwig**, Klagerecht, s. 93; **Künzl**, s. 20; **Rödig**, s. 151; **Schumann**, Fehltrteil, s. 307;

⁷⁹ **Brehm**, Bindung, s. 23, 27. **Gaul**, Zur Frage, s. 49; **Grunsky**, Grundlagen, s. 417; **Jauernig**, Verhandlungsmaxime, s. 15, dn. 27; **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 51 dn. 82; **Wach, Adolf**, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses, 1914, s. 26 (Naklen. **Brehm**, Bindung, s. 22 dn. 3).

⁸⁰ Bu işlevin usûlün amacı olarak değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Taşpınar**, Amaç Sorunu, s. 789.

⁸¹ **Brehm**, Bindung, s. 23, 27; **Henckel**, Prozeßrecht, 97; **Stürner**, Aufklärungspflicht s. 51 dn. 82; **Wach**, Grundfragen, s. 26 (Naklen. **Brehm**, Bindung, s. 22 dn. 3). **Goldschmidt** de medenî yargılama hukukunu kesin hüküm sonucuna yönelmiş yargılama faaliyeti olarak değerlendirerek, medenî yargılama hukukuna maddî hukuktan tamamen ayrı, bağımsız amaca yönelmiş bir işlev yükler. **Goldschmidt**, Prozeß, s. 150.

⁸² **Brehm**, Bindung, s. 6, 10.

olduğunu araştıramayacaktır. Aksi halde medenî yargılama hukuku, tarafların hukukî koruma istediği biçimin kapsamı dışına çıkarak işlevini kaybedecektir⁸³.

C. Klasik Liberal Yaklaşım Olan Tepkiler

Liberal medenî yargılama anlayışı, medenî yargılama hukukunun tek amacını taraf menfaatlerinin karşılanması olarak görmektedir. Bu anlayış, hem medenî yargılamanın işlevine yüklediği anlamdan dolayı hem de hukuku normativist pozitivizm olarak algılamasından dolayı Faydacı Teori, Sosyolojik Pozitivizm Anlayışı (Sosyal Usûl Görüşü) ve Adaleti Temin Etme Görüşü tarafından eleştirilmiştir⁸⁴.

Faydacı Teori Anlayışına göre, medenî hakları yerine getirmenin yanında medenî yargılama hukukunun ayrıca bağımsız sosyal bir amacı da bulunmaktadır⁸⁵. Bu amaç, yargılama sonucunun, somut olayı doğru şekilde tespit ve sosyal adaleti temin etmesidir⁸⁶. Zira bireysel hakların korunması ve objektif hukukun gerçekleştirilmesi birbiriyle uyumludur⁸⁷. Bu sebeple bu anlayışa göre, taraf hâkimiyeti, medenî yargılama hukukunda geçerlidir, uyuşmazlığın konusunu ve kapsamını taraflar belirleyecektir ve fakat yargısal faaliyet sosyal yapının korunmasına da hizmet edecektir⁸⁸.

Medenî yargılama hukukunda sosyal yapının korunması için, devlet, gerekli teknik düzenlemeleri yapacak⁸⁹; karşılıklı zıt taraf menfaatlerinin zedelenmemesi,

⁸³ **Bettermann**, Hundert Jahre, s. 389; **Brehm**, Bindung, s. 39.

⁸⁴ **Aral**, Kelsen'in, s. 1, 2.

⁸⁵ **Grunsky**, Grundlagen, s. 5; **Rimmelspacher**, Zur Prüfung, s. 13.

⁸⁶ Devlet himayesinin bireysel haklar üzerinde olan bu yetkisi sebebiyle, birey yaptığı haksızlıkların sonucunu gözeterek artık haksızlık yapmayacak, hukuk düzenine uygun hareket edecek, hukuk düzeni de bireysel hakların korunmasını garantiye alarak sosyal adalet düşüncesinin kuvvetlenmesini sağlayacaktır. **Grunsky**, Grundlagen, s. 5; **Brehm**, Stein/ Jonas ZPO Komm., vor § 1 kn. 10 vd; Bunu **Baur** medenî yargılamanın yan ya da alt ürünü olarak ifade eder. **Baur**, Richtermacht, s. 97.

⁸⁷ **Brehm**, Stein/ Jonas ZPO Komm., vor § 1 kn. 12 vd; **Gaul**, Zur Frage, s. 46; **Henckel**, Prozessrecht, s. 57; **Münzberg**, s. 392; **Nikisch**, Zivilprozeßrecht, § I II; **Pawlowski**, Aufgabe, s. 347; **Pohle**, s. 197; **Rimmelspacher**, Zur Prüfung, s. 23; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 1 kn. 9 (s. 3); **Zettel**, s. 152.

⁸⁸ **Schönfeld**, s. 136.

⁸⁹ **Luhmann**, s. 21, 23, 34; **Schönfeld**, s. 136.

tarafların yargılamada eşit konumda olmaları⁹⁰, tarafların yargılama faaliyetine katılmaları ve verilen kararı kontrol ettirmeleri için gerekli olanakları sunacaktır⁹¹. Böylelikle zıt menfaatlerin çatıştığı bir yargılamada maddî gerçek tespit edilebilecek⁹² ve sosyal adalet gerçekleşmiş olacaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için de hâkime, tarafların gerçeği getirmelerini sağlamak için değişik yetkiler verilecektir⁹³.

Sosyal Usûl Görüşüne göre ise, medenî yargılama hukukunun amacı, kamusal menfaatin sağlanmasıdır⁹⁴. Yargılamanın kurumsal amacı, sübjektif menfaatlerin korunması olamaz. Önemli olan objektif hukukun temini olup, sübjektif menfaatlerin korunması da ancak bu yolla sağlanabilecektir⁹⁵. Zira objektif hukuk, sübjektif hakları da garanti eden bir fonksiyona sahiptir. Bu sebeple, iddia edilen husus, bir kamusal menfaatin temin edilmesine ilişkinse, mahkeme, yargısal bir faaliyet yapacaktır.

Yargısal faaliyetin sosyal yapının korunması için yapıldığı düşüncesi, yargısal faaliyetteki hukukî yararı, kamu yararı ile bir değerlendirmektedir⁹⁶. Bu sebepten sübjektif hakların korunması objektif hukuk sağlanırken alt bir nokta olarak temin edilecek⁹⁷, bu yapılırken yargısal faaliyete tarafların müdahale ve etkide bulunmaları

⁹⁰ Baur, Richtermacht, s. 97 vd., 106, 108, 115.

⁹¹ Schmidt, Zweck, s. 40.

⁹² Alangoya, Medenî Usûlün Amacı, s. 34; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Tasarı, s. 34; Yıldırım, İlkeler, s. 39; Brehm, Bindung, s. 28; Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 102; Gaul, Zur Frage, s. 56; Weyers, s. 200, 205; Würthwein, s. 40 vd.

⁹³ Bomsdorf, s. 282; Weyers, s. 202.

⁹⁴ Bernhardt, Zivilprozeßrecht, s. 3; Klein, Zeit- s. 25; Klein-Engel, s. 25.

⁹⁵ Bernhardt, Zivilprozeßrecht, s. 9; Pawlowski, Aufgabe, s. 362; Sauer, Prozesslehre, s. 73, 105, 155.

⁹⁶ Bernhardt, Aufklärung, s. 13, 24; Boehmer, s. 109, 115; Fischer, W., s. 200; Habscheid, Streitgegenstand, s. 175; Olzen, s. 403 vd.; Schönke, Grundbegriff, 219; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis s. 13; Wieser, Rechtsschutzinteresse, s. 25.

⁹⁷ Boor de, Auflockerung, s. 35; Boor de, Begriff, s. 107; Habscheid, Streitgegenstand, s. 175; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, s. 13.

söz konusu olmayacaktır⁹⁸. Kamusal bir menfaatin temin edilmesi amacıyla yapıldığı için de yargılama faaliyetinde maddî gerçeğin ortaya çıkarılması gerekmektedir⁹⁹.

Bu görüş sahipleri, vakıanın yargılamaya getirilmesinin tarafa bırakılması halinde kamu yararının dışlanacağını¹⁰⁰, sadece tarafların getirdiklerine ve onların yapacakları ispat faaliyetine itibar edildiği için de maddî hukuksal durumla uyuşmayan yanlış kararların verileceğini ileri sürerler¹⁰¹. Onlara göre taraflar medenî yargılama içinde hukukî işlemde bulunan konumunda değildirler ve bu sebeple yargılama faaliyeti de tarafların hukukî durumlarına ilişkin bir değişiklik yapmayıp, mevcut hukukî durumlarını göstermelidir¹⁰². Kaldı ki taraf etkisine açık bir yargılamada, ticaretin hızlı gelişmesi gibi toplumsal yapıda yaşanan değişikliklerden dolayı güçlü olan taraf karşısında, çaresiz ve bilgisiz olan taraf korunmalıdır¹⁰³. Bundan dolayı hâkime kendiliğinden delillere başvurma yetkisi tanınmalı ve taraf tasarrufu ile gerçekte uyumlu olmayan sonuçları engellemek için yetkiler hâkimde olmalıdır¹⁰⁴. Zira hâkim, sosyal yapıyı korumakla yükümlüdür¹⁰⁵.

Bir başka görüşe göre ise, medenî yargılama hukukunun amacı, maddî gerçeği bulmaktır¹⁰⁶. Bunun için de yargılama sistemi sadece tarafların getirdiklerine

⁹⁸ Bathe, s. 39; Bernhardt, Wahrheitspflicht, s. 245; Weyers, s. 202.

⁹⁹ Bernhardt, Aufklärung, s. 13; Bomsdorf, s. 278; Klein, Zeit- und, s. 15; Peters, Ausforschungsbeweis, s. 100; Weyers, s. 193 vd.

¹⁰⁰ Klein, Zeit und, s. 25.

¹⁰¹ Klein, Pro futuro, s. 15; Gönner, Handb. I, s. 185 (Naklen Künzl, s. 24). Medenî yargılamada unsur vakıaların araştırılması için taraflara bırakılan vasıtalar yetersizdir ve bu durum da gerçek fiili olayların medenî yargılamada mutlak surette tespitine imkân vermeyecektir. Leykam, s. 63.

¹⁰² Pawlowski, Aufgabe, s. 361, 368, 373, 389.

¹⁰³ Klein, Betrachtung, s. 19, 20 (Naklen Brehm, Bindung, s. 14, dn. 13); Huber, s. 91 vd; Henckel, Prozeßrecht, s. 131; Wassermann, s. 97; Hahn, s. 300, 302.

¹⁰⁴ Klein, Betrachtung, s. 19, 20 (Naklen Brehm, Bindung, s. 14, dn. 13); Baur, F., Sozialer Ausgleich, s. 193; Boehmer, Grundlagen, s. 114; Bolla-Kotek, s. 413 vd.; Brüggemann, s. 159 vd.; Gottwald, Bewältigung, s. 251, 259; Gündüz, s. 26 vd.; Hagen, s. 388 vd.; Hahn, s. 19, 291, 293, 294, 297; Henckel, Gerechtigkeitswert, s. 19 vd.; Henckel, Prozessrecht, s. 145; Kisch, s. 1; Langer, 376 vd; Menger, Anton, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl., Tübingen 1908 (Naklen Brehm, Bindung, s. 14); Radbruch, Mensch, s. 46; Wassermann, s. 49, 103, 105, 106.

¹⁰⁵ Mahkemeleri sosyal yapının korunmasına ilişkin yükümlülük taşıdığını ilk olarak Heller ileri sürmüştür. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur, 1930 (Naklen Künzl, s. 39 dn. 78). Ayrıca bkz. Wassermann, s. 68.

¹⁰⁶ Alangoya, İlkeler, s. 86 vd.; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 5 vd; Yılmaz, Usul Ekonomisi, s. 248, 249; Baur, Aktivität, s. 190; Lang, s. 66; Schmidt, Zweck, s. 34 vd.

dayanmamalı, sistem ve kurumların maddî gerçeğin oluşturulması amacıyla oluşturulması gerekmektedir. Amaç maddî gerçeğe ulaşmak olmalıdır. Zira böylelikle yargılama faaliyeti yoluyla hukukî barışın sağlandığı söylenebilecektir¹⁰⁷. Şüphesiz bu kapsamda yapılacak yargılama sonucunun, bireyin adaletin temin edilmesine ilişkin talebini karşılaması da söz konusu olacaktır¹⁰⁸.

D. Kanaatimiz

1. Genel Olarak

Öğretide ileri sürülen düşüncelerin hemen hepsi “*hukukun işlevi nedir?*” sorusundan hareket ederek medenî yargılama hukukuna anlam yüklemişlerdir. Bu yüzden medenî yargılamanın amacını açıklama gayretleri, hukuka verdikleri anlamla sınırlı kalmış¹⁰⁹ ve hukukun yöneldiği değeri adalet olarak görenler adaletin gerçekleşmesini, kamusal refahın sağlanması olarak görenler bunun teminini ve pozitivist hukukun yerine getirilmesi olarak görenler de yürürlükteki kuralların uygulanarak birey taleplerinin karşılanmasını medenî yargılama hukukunun amacı ve işlevi olarak değerlendirmişlerdir¹¹⁰. Karşı görüşe yönelttikleri eleştiriler de medenî yargılama hukukuna yükledikleri bu anlam ve işlev dolayısıyla olmuştur. Örneğin, *Von Hippel*, medenî yargılama hukukunun maddî hukuktan ayrıştırılmasına ve bu yolla şekli yargılama yapılarak sadece kesin hüküm elde edilmesinin hedeflenmesine¹¹¹; *Arens*, ispat zorlukları dikkate alınmadan medenî yargılama hukukunda mutlak anlamda maddî gerçeğe ulaşılacağı fikrine¹¹²; *Bötticher*, tarafın iddia ve vakıaları getirirken özensiz davranabileceğinin göz ardı edilerek, medenî yargılama hukukun salt taraf hâkimiyetine terk edilmesine¹¹³; *Üstündağ* ise, belirsiz

¹⁰⁷ Lang, Untersuchungs-, s. 64, 67.

¹⁰⁸ Yılmaz, Islah, s. 30, 31; Heinze, s. 518.

¹⁰⁹ Von Hippel, s. 170 vd.

¹¹⁰ Gottwald, Ekonomik Analiz, s. 2; Hagen, s. 385, 390; Wolf, Gerichtliches, s. 16.

¹¹¹ Von Hippel, s. 321 vd.

¹¹² Arens, Grundprinzipien, s. 4.

¹¹³ Arens, Prozessrecht, s. 257, 258; Bötticher, Besprechung von Henckel, s. 1 vd (1-29); Jauernig, Materielles, s. 239.

ve değişik görünümlere sahip bir kavram olması sebebiyle medenî yargılama hukukunun amacının adaleti temin etme düşüncesi olmasına karşı çıkmıştır¹¹⁴.

Biz medenî yargılama hukukunun birden fazla amacı olduğunu ve bu amaçlardan sadece biri esas alınarak açıklanamayacağını düşünmekteyiz¹¹⁵. Kanımızca medenî yargılama hukukunun öncelikli bir amacı ve bu öncelikli amacın temin edilmesi için ve temin edilmesi yoluyla gerçekleşmesi umulan başkaca amaçları bulunmaktadır. Öncelikli amaç, sübjektif hakların korunması olmalıdır¹¹⁶. Bu amacın hizmet edeni maddî gerçek¹¹⁷ ve sonucu ise adaletin temin edilmesidir. Bu nedenle, medenî yargılama hukukunun işlevini, sadece vakıa ve ispat sahasına indirgeyip, yapılacak tespitin (kesin hükmün), dış dünyadaki hakikati ifade etmesini tek başına yargılama hukukunun amacı olarak değerlendirmemek gerekir. Medenî yargılamanın amacı, yargılama hukukunun teknik kurulumu ve ilkeleri ile bağlantılı ve bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

2. Amaca Uygunluk ve Taraf Özgürlüğü (Taraf Hâkimiyeti İlkesi)

Taraf hâkimiyetini ifade eden ilkeler, medenî yargılamanın kapsamına ve vakıa/ispat sahasına ilişkin olarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Medenî yargılamanın kapsamı, maddî hukuktaki tasarruf yetkisi ile şekillenmekte olduğundan, bu sahada yer alan normlar, yetki normlarıdır. Yetki normu olması dolayısıyla taraf hâkimiyeti ve irade özgürlüğü medenî yargılamanın kapsamının belirlenmesinde mutlaktır. Bu sahaya, hâkimin müdahalesi, ancak yetki devri (vasi atanması, çocuk malları üzerinde tedbir alınması vs.) ya da yargılamanın taraf

¹¹⁴ Üstündağ, Medenî, s. 277, dn. 20.

¹¹⁵ Esasen Konuralp'in belirttiği gibi, "hukuk usulünün tek amacı olduğunu benimsetecek güçlü nedenler bulunmamaktadır" Konuralp, İspat Kurallarının, s. 6; Karafakih, Hukuk, s. 2, 3; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 47 vd; Üstündağ, Medenî, s. 3 vd; Brehm, Stein/ Jonas ZPO Komm., vor § 1, kn. 5 vd; Vogel, Grundriss, s. 32 kn. 13; Vollkommer, Zöller Komm., Einl. kn. 36.

¹¹⁶ Cernelutti, s. 265; Lüke, G., Münchener Komm., Einl. kn. 7; Saenger, Nomos Komm., Einf. kn. 2 (s. 2).

¹¹⁷ Bu amaç, 393 sıra sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının genel gerekçesi içinde ayrıca vurgulanmıştır. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, s. 4.

iradesine bağılı olmadan görülmeye devam etmesi (boşanma davasında kabulün olmaması vs.) ve aydınlatma ödevi (dava konusu belirsiz ise vs.) söz konusu ise, mümkün olacaktır. Tasarruf ilkesine ait bu sahada meydana gelen sonuçların, mutlaka maddî gerçek ile açıklanması beklenmemelidir. Zira medenî yargılamada yapılacak tespitle (feragat, kabul, sulh) bir yargılamanın maddî hukuktaki durumu yansıtması söz konusu olmadan sona ermesi mümkün olabilecektir. Hatta böylelikle maddî hukuka ait yeni bir durumun yaratıldığı bile söylenebilecektir.

Bu konudaki asıl tartışmalar ise, vakıa ve ispat sahası alanındadır. Bu sahaya ait normlar görev normları olup, kanun koyucunun tercihinin bağılı olarak tarafa veya hâkime (yahut da ikisine birlikte) görev ve sorumluluk yüklemektedir. Bu sahada hâkimin kamusal görevi¹¹⁸, hukukî korunma talebine ilişkin yargılama faaliyetini görmesi olunca, verdiği hükmün gerekçesindeki vakıanın gerçek olduğuna ikna edilmesi gerekmektedir¹¹⁹. Bu ise, getirilen vakıaların maddî gerçek olmasını ifade etmektedir¹²⁰. Fiilen gerçekleşmiş vakıaların getirilmesi için ise, hem taraflara hem de hâkime sorumluluk yüklenmelidir¹²¹. Bu husustaki yasama organı tercihi (taraflarca getirme ilkesi/ kendiliğinden araştırma ilkesi) her zaman için eleştiri almaya açıktır. Biz, bu alanda bulunacağımız tercihin, bulunmadığımız tercihten daha az eleştirebilir olduğu ya da bu yolla diğerine oranla ulaşılan sonucun, maddî gerçeği daha fazla ifade edeceği iddiasında değiliz. Ancak vakıaların yargılamaya taraflarca getirilmesinin daha doğru bir seçim olduğunu düşünmekteyiz. Zira uyuşmazlık içinde olan taraflar arasındaki menfaat çatışması, hayat olayının gerçekleştiği gibi ve vakıalarının eksiksiz yargılamaya getirilmesini kendiliğinden sağlayacaktır¹²². Bu sonuç, davanın taraflarının kural olarak hayat olayının da tarafı

¹¹⁸ HGK, 04.06.2003, 19-665/1018; HGK 25.02.2004, 10-109/115; 19.HD., 08.07.2004, 12100/8151 Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹¹⁹ Gözler, Res İudicata'nın, s. 47.

¹²⁰ Bauer/ Öztekin, s. 447; Brehm, Bindung, s. 39; Frohn, s. 244; Gottwald, Bewältigung, s. 261; Luhmann, s. 11 vd.

¹²¹ Usûl hukukunda son yarım yüzyıl içinde yapılan reform çalışmalarında hâkimin görev ve yetki kapsamının giderek güçlendirilmeye çalışıldığı rahatlıkla ifade edilebilecektir. Bkz. Habscheid, Französische Code, s. 1052 vd. Ayrıca Cohn, Zur Ideologie, s. 39. Bu durumu bir ideolojik tercihin yansıması olarak değil, sadece modern sosyal devletin ifade ettiği zayıf koruma, maddî gerçeğin bulunarak tesis edilmesi, getirilenler kapsamında doğru hükmün verilmesinin sağlanması olarak ifade etmek gerekecektir.

olmaları sebebiyle zaten beklenmelidir¹²³. Medenî yargılama hukukunun “her şey kendiliğinden” ilkesi¹²⁴, günümüzde ikna gücünü kaybetmiştir¹²⁵. Bu gerekçelerle vakıanın getirilmesi tarafa ait olmalıdır. Bu halde tarafa, vakıaları getirme konusunda bir yetki, getirilenlerin fiilî gerçek olması (sübjektif algısına göre) konusunda ise bir görev yüklenmiştir (HUMK m. 421, 422). Bu sebeple yargı organı, tarafın önemli ve gerçek vakıaları yargılamaya getirmesi konusunda gerekli düzenlemeleri yapmalıdır¹²⁶.

Diğer taraftan dava açılmakla mahkemenin davanın hem şekli ve hem de maddî yürütümünü üstlenmesi, yargılama faaliyetinin bir kamusal faaliyet olması ve verilecek hükümle çekişmenin hukukî açıdan kesin bir şekilde sona ermesi ve böylelikle kamusal barışın sağlanması için getirilenlerin maddî anlamda gerçek olmasını gerektirmekte ve hâkimi de bu açıdan sorumluluk altına sokmaktadır (HUMK m. 428 f. 1 b. 5, 573 b. 7). Bu sebeple hâkim tarafların getirdiklerinin gerçeklik kontrolünü yapacak, getirilenlerdeki eksiklikleri taraflara tamamlattırabilecek, belirsizlikleri açıklattırabilecek¹²⁷ ve hatta yargısal faaliyetin

¹²² Hässemeyer, Parteivereinbarungen, s. 217; Künzl, s. 76; Thomas, Zur Doppelnatur, s. 86; Bunun için re’sen araştırma ilkesi zorunlu olarak görülmemelidir. Feyzioğlu, M., s. 91, 92; Göppinger, s. 22. Bu ilkenin usûlün amacına uyumlu olarak görüldüğü hakkında bkz. Jauernig, Bundesgerichtshof, s. 37. Ayrıca Sprung, s. 380. İlkelerin pozitif hukukun hükümlerinden çıkarılacağına, hukuk normlarının ilkelerden çıkarılamayacağına ilişkin Gaul’un yaklaşımına, medenî yargılamanın kişilerin özel olayına ilişkin bir alan olması sebebiyle katılmamaktayız. Bkz. Gaul, Rechtsverwicklichung, s. 147.

¹²³ Mettenheim, s. 21; Rimmelspacher, Zur Prüfung, s. 147; Weyers, s. 193, 202.

¹²⁴ Ki bu tespitin doğruluğu öğretide de taraftar bulmuştur. Bernhardt, Zivilprozeßrecht, s. 9; Sauer, Prozesslehre, s. 73, 105, 155.

¹²⁵ Bathe, s. 44; Bettermann, Besprechung von Bomsdorf, s. 350; Brehm, Bindung, s. 21.

¹²⁶ Öğretide hâkim düşünceye ve Yargıtay kararlarına göre dava sebebi, davacı tarafından bütün vakıaların eksiksiz yargılamaya getirilmesi yoluyla ortaya konulur. HGK, 05.02.2003, 21-30/57, YKD Haziran 2003, s. 850; 17.HD, 07.03.2002, 1537/1222, YKD Haziran 2002, s. 900, 901. Feredenci, Zaman İtibarıyla, s. 186 vd.; Kuru, Medenî, § 65 B II s. 4995 vd.; Tanrıver, Derdestlik, s. 88; Üstündağ, İddia, s. 65. İyileştirilmiş yeni bireyselleştirme teorisine göre ise, dava sebebinin, benzeri dava sebeplerinden ayrıştırılarak bireyselleştirilmesi yeterlidir. Bu yüzden de davacının ne iddia ettiyse, o iddiasına ilişkin (m. 179 f.1 b.2) bütün vakıaları somut bireyselleştirmiş şekilde sadece davaya getirmesi kanaatimce yeterli olmalıdır. Arslan, Kesin Hüküm, s. 734 vd.; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 77, kn. 6, 12, (s. 483, 484); Schwab, Streitgegenstand, s. 199.

¹²⁷ Bu yolla medenî yargılamadan beklenen sosyal fonksiyonun yerine getirildiğine ilişkin düşünce için bkz. Gottwald, Bewältigung, s. 259, 260, 261.

tıkanmaması için bazı ispat araçlarına ve olanaklarına¹²⁸ kendiliğinden başvurabilecektir. Ancak bu “*her şey kendiliğinden*” ilkesine bir yönelme olarak anlaşılmamalıdır¹²⁹. Aksini amaçlayan bir düşünce, hayat vakıası alanını zaten taraf iradesine kapalı tutar ve öncelikli olarak hâkim yetkisini düzenlerdi¹³⁰. Bu sebeplerle biz, Türk hukuk sisteminin bulunduğu tercihin doğru olduğunu, dava malzemelerinin getirilmesi konusunda tarafa bir yetki, getirilenlerin gerçek olmaları konusunda¹³¹ ise hâkimle birlikte tarafların ortak bir sorumluluk taşıdığı düşüncesindeyiz. Bu görüşümüzden dolayı medenî yargılama hukukunda hâkim ancak getirilenlerin gerçek olup olmadığını kontrol edebilecek, ayrıca dava konusuna ilişkin harici bir gerçeklik araştırmasını kendiliğinden yapamayacaktır.

Biz çıkış noktası olarak medenî yargılama hukukunu karakterize eden, fonksiyon yükleyen esasların öncelikle maddî hukuktaki sübjektif menfaat dolayısıyla bulunduğunu düşünmekteyiz¹³². Medenî yargılama hukukuna yüklenecek araç olma işlevinin temelinde de bu bulunmaktadır. Medenî yargılama, ihlâl edilen bu menfaatleri maddî gerçekliğinin tespitini yaparak dengeleyecek ve koruyacaktır. Böylelikle bireylerin sübjektif menfaatleri, kurumların menfaatleri (evlilik içi nesep vs.)¹³³, grupların menfaati (tüketiciler vs.) korunacak ve bu menfaatlerin bağlı olduğu objektif hukuk gerçekleşecektir. Maddî gerçekliğin ispat güçlüğü nedeniyle tespitinin yapılmamış olması ise, hükmün, fiilî duruma aykırı olmasına neden olacaktır. Ancak bu durum, “*her şey kendiliğinden*” denilerek hâkimin içeriğine yabancı olduğu hayat olayını kendiliğinden araştırması ile de çözümlenemeyecektir. Zira menfaat çatışması dolayısıyla hayat olayından çıkan bütün önemli vakıalar, zaten taraflarca yargılamaya getirilecektir. Tarafın zayıf konumda olması, bilgisiz olması gibi

¹²⁸ Taraf hasrettiyse yemin delilini hatırlatmak, HGK, 24.01.2007, 3–29/19 (Legal MİHDER 2007/3, s. 840; çekişmeli yerin keşfine karar vermek (HUMK m. 363); kendiliğinden isticvaba başvurmak (HUMK m. 230) ve bilirkişiye kendiliğinden başvurmak (HUMK m. 275).

¹²⁹ “... usulün görülmesine ilişkin sorunlarda taraf özgürlüğünün sınırlandırılması ve hâkim konumunun güçlenmesi, yeniden ivme kazanan devletin her şeyden sorumlu olduğu düşüncesinin ifadesi değil, aksine yargılama sisteminde kamusal ve özel menfaatin tanınması ve değerlendirilmesine uygun sonuca ulaşılmasının ifadesidir.” Habscheid, Richtermacht, s. 194. Ayrıca bkz. Koç, s. 1140.

¹³⁰ Postacıoğlu, Hukuki Sebep, s. 509.

¹³¹ Stürner, Aufklärungspflicht, s. 48.

¹³² Gündüz, s. 64; Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 95.

¹³³ Raiser, s. 145 vd.

nedenlerden dolayı gerçekleşebilecek haksızlıklar ise, kanımca “her şey kendiliğinden ilkesi” ‘ne başvurularak değil, yasal düzenlemelerle (avukatla temsil zorunluluğu, hâkimin aydınlatma ve işaret etme yükümlülüğü vs.) önlenebilecektir. Kaldı ki ispatsızlık nedeniyle fiili durumla örtüşmeyen hüküm, sadece fiili durum lehine olan tarafın menfaatinin korunamadığı düşüncesi ile de değerlendirilmemelidir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması için başvuru bütünü olanaklardan (tarafın dinlenilmesi, isticvap, kendiliğinden keşif kararı vs.) sonuç alınamamış ise, fiilî durumla örtüşmeyen tespiti, karşı tarafın menfaatine ilişkin hukukun öngördüğü güvenlik ile açıklamak gerekmektedir. Bu durum, usûlî hakkaniyeti ifade etmektedir¹³⁴. Bu halde hakkaniyete yüklenecek anlam, maddî hukuk sahasına nazaran daha pozitivisttir¹³⁵. Zira verilen hükme ve hükme verilen usûlî değere, maddî hukuka dikkat edilmesi ile (ispat faaliyeti) ulaşılmaktadır¹³⁶. Bu sebeple sosyal usûl teorisi, taraf iradesine bırakılmış bir yargılamanın maddî gerçeği getiremeyeceği yönünde eleştiri getirirken, aynı durumun, hâkim eliyle araştırmanın yapılması halinde de söz konusu olacağını göz önünde tutmalıdırlar.

Bu eleştiriler kapsamında hükmün hukukî çıkarım-sonuç kısmının (tenor) ifade edeceği anlam, kanaatimizce adlî gerçek olmalıdır¹³⁷. Taraf, maddî hukukta gerçekten hak sahibi iken, bunu belgeleyen herhangi bir ispat aracının bulunmaması, ister hâkim kendiliğinden araştırma yapmış olsun isterse de serbest delil sistemine göre taraf her türlü delili yargılamaya getirmiş olsun, maddî gerçeğe örtüşmeyen hüküm verilmesine engel olamayacaktır^{138 139}. Verilecek hükmün maddî gerçeğe

¹³⁴ Erdoğan, s. 174; Üstündağ, Medenî, s. 13.

¹³⁵ Arens, Grundprinzipien, s. 6; Mettenheim, s. 28; Schmidt, Zweck, s. 40 vd.

¹³⁶ Bu sebeple taraf hâkime hayat olayına ilişkin vakıa tespitini sağlayan en uygun dava dilekçesini yazacaktır. Jauernig, Zivilprozessrecht, § 25 VIII (s. 95) vd.

¹³⁷ Zira mahkeme kararları yargılama yapılarak yasallık kazanmaktadır. Gilles, Verfahrensfunktionen, s. 200, 201.

¹³⁸ Bu husus sadece gerçeğe uyuşmayan ikrar ya da tarafların usûl işlemleri yaparak maddî gerçek dışı kararlar verilebilmesi konusunda medenî yargılamanın amacının tartışılır olmayıp, aynı zamanda tarafın iddiasını ispat edememesi halinde verilen hükümlerin medenî usûlün amacıyla ne kadar bağdaşır olduğunu tartışılır yapmaktadır. Bu durumda mahkemenin vereceği hüküm ispat yüküne ilişkin bir karar olacak ve bu karar maddî hukukî durumla uyuşmayabilecektir. Pawlowski, Aufgabe, s. 362.

¹³⁹ Kesin delil sisteminin maddî gerçeği engellediği noktası düşünülecek olursa, Konuralp, kanuni delil sisteminin, Fransa’da yasama organının, yargı organının takdir hakkına duyduğu güvensizliğin ürünü olduğu nakleder (“...maddî hukuku koyan kanun koyucu, bu maddî hukuka ilişkin bir uyumsuzluk çıktığında ispat yöntemini de kendisi belirlemiştir. Takdir yetkisi, takdir

konusu olgunun uygulayıcının keyfine bırakılması olarak görülmüş ve yorum, takdir gibi gerekçelerle yasanın amacının aşılmasından korkulmuştur.” **Konuralp**, İspat Kurallarının, s. 10.) **Postacıoğlu** da senetle ispat yasağının temelinde kamu yararının bulunduğu ve tarafın yalan şahitlikten korunması gerektiğine ilişkin Fransız hukukunda ileri sürülen düşünceler bulunduğunu nakleder (**Postacıoğlu**, Şehadetle, s. 16 vd). Senetle ispatın kamu düzeninden olmadığına ve yalan yere şahadete yer verilmesinin engellenmesine ilişkin bkz. “....Bundan başka, usulün 292. maddesi uyarınca yazılı delil başlangıcı bulunması halinde şahit dinlenmesinin kabul edilmesi dahi bu konuda amme intizamının cari olmamasındandır. Demek ki, kanunun metninden söz konusu hükümlerin amme intizamı düşüncesiyle konulmuş olmadığı açıkça anlaşılmaktadır....” İBK 18.03.1959, 1958/18 ve 1959/21 (RG. 10237)). Ancak kendisi tarafların delil sözleşmesi yapabilmelerini öngören HUMK m. 287 f. 2 sebebiyle kanuni delil sisteminin kamu düzeni ile olamayacağını da belirtir (**Postacıoğlu**, Şehadetle, s. 28 vd.). Biz kanuni delil sistemi tercihinin, ispat hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırladığını düşünmekteyiz. Bu düşünce değişik açılardan gerekçelendirilebilir. **Habscheid**, senetle ispat alanında karşı ispata her durumda izin verilmesi durumunda ispat hakkının ihlâl edilmeyeceğini (**Habscheid**, auf Beweis, s. 330), **Konuralp**, kesin delil olgusunun ispat hukukunun olması gerektiği bilimsel çizgisi içinde olmadığını (**Konuralp**, İspat Kurallarının, s. 11), **Yıldırım** ise, bir eserinde kanuni delil sistemini maddî gerçeğin tespit edilmesinde bir engel olduğunu (**Yıldırım**, Senetle, s. 141), bir diğer eserinde kesin delille ispatı Anayasaya aykırılık içinde (**Yıldırım**, Delillerin, s. 209) değerlendirmişlerdir. Bizim bu husustaki kanaatimiz ise, sadece ilkeseldir (Bu kuralın gerekçesinde ne kamu düzeni bulunduğunu ne de kanuni delil sisteminin yalan şahitliğe karşı yeterli koruma sağlayacağını düşünmekteyiz. Aksi yönde bkz. **Postacıoğlu**, Şehadetle, s. 16. Karşı çıktığımız nokta, tarafların iddialarına ilişkin istedikleri delillerle ispat faaliyeti yapamamalarıdır (**Özekes** kesin delil-takdiri delil ayırımı HUMK’un tercihinin göz önünde tutarak hukukî dinlenilme hakkına aykırı görmez. **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 128). Ancak bu durumun maddî gerçeğin bulunması amacının gerçekleşmesine engel olduğunu düşünmemekteyiz (**Alangoya**, İlkeler, s. 87; **Postacıoğlu**, Şehadetle, s. 17, 319, 320. Aksi yönde bkz. **Yıldırım**, Senetle İspat, s. 141; **Yıldırım**, İlkeler, s. 207.) Zira ispat faaliyetinde başarı, delilin getirilen hayat vakıasını temsil edebilmesi ve bu husustaki güvenilirliği ile doğrudan bağlantılıdır. Konuya bu açıdan baktığımızda, elimizdeki kesin delillerin kesin hükmün zaten adli bir gerçek olduğu dikkate alınacak olursa, sadece yemin ve senet delilleri için hâkimin delille bağlı olması hukuk uygulamasını rahatsız etmemelidir (Usûl kanununda yer alan kesin delillerle ispata ilişkin düzenlemelerin emredici karaktere sahip olması nedeniyle, tarafların iddia ve savunma haklarına aykırı olmadığına ve bu sebeple Anayasa aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceğine ilişkin görüş hakkında bkz. **Alangoya**, Senede Karşı, s. 522). Hukukî ilişkisinde senet düzenlemiş olan taraf ya da hukukî ilişkisine ilişkin yemin etmek durumunda kalan tarafın davranışının hâkim tarafından takdir edilmemesinin beklenmemesi bu delillerin hayat vakıasını yansıması ve menfaat çatışmasının medenî yargılamaya yansıması bakımından güvenilir ve temsil edebilir. Takdiri delillerin ise belli bir miktarın altında olmakla kullanılamamaları ise toplumsal yapı ve alışkanlıklarımıza bağlı olarak belki doğru değil, ama gerekli olarak kabul edilebilecektir (**Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medenî, s. 432.). Kaldı ki söz konusu yasaklılık kuralı HUMK m. 292 ve 293 düzenlemeleri dolayısıyla kanaatimizce geniş bir istisnalar alanı yaratmakta ve yine HUMK m. 287 hükmüne göre taraflarca kararlaştırılmakla ya da m. 289 düzenlemesine göre bir taraf karşı tarafın açık onayı ile takdiri delillere başvurulabilmektedir. Yargıtay’ın hayatın olağan akışına aykırı olan hususlarda takdiri delillere başvurulabileceğine ilişkin içtihatları da bu husustaki ayırımı biraz daha ortadan kaldırmıştır (HGK, 28.01.2009, 6-824/25, MİHDER 2009, Sayı:13, s. 289; HGK, 20.03.2002, 13-777/206, İzBD 2002/3, s. 83; 1.HD., 13.07.2006, 6564/8313, MİHDER 2007, Sayı:7, s. 486). Böylelikle bir taraftan hukuk hayatında uyumsuzluk konusu vakıaların ispatı için bir takım sınırlamalar getirilerek temsil kabiliyeti olmayan delillerin kullanılması yolu kısıtlanmakta, diğer taraftan da istisnalar getirilerek bu sebepten dolayı ortaya çıkacak açık haksızlıklar engellenmektedir. HMK Tasarısında da senetle ispat zorunluluğu muhafaza edilmiştir (m. 206).

örtüşmesi, bu sebeple medenî yargılama hukukunun olmazsa olmazı değildir¹⁴⁰. İspatsızlığa ve doğru olmamaya bağlanan sonuçlar ve haksızlık ise, bu durumda ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla giderilecektir¹⁴¹.

Şu durumda, yargılamanın temel amacı, maddî gerçeğin tespit edilerek uyuşmazlığın çözümlenmesi olmalıdır. Menfaat çatışması dolayısıyla biz hayat olayına ilişkin bütün önemli vakıaların taraflarca getirileceğini öngörmekteyiz. Bilgisizlik sebebiyle getirilen hayat olayı bütününe ait bazı vakıaların eksik ya da belirsiz olması durumunda, bu durum hâkimin aydınlatma görevi, özellikle de işaret etme yükümlülüğü dolayısıyla giderilebilecek ve maddî gerçek ortaya konulabilecektir. Ancak fiilen gerçekleşmiş vakıalar ispat edilemeyebilecektir¹⁴². Bu halde ulaşılabilecek sonuç, maddî anlamda kesin hükmün kapsamında adlî gerçek olarak kabul edilecektir¹⁴³. Zira maddî anlamda kesin hüküm olmak, yargılamada varılacak sonucun hatalı ya da doğru olmasından bağımsızdır¹⁴⁴. Çünkü, söz konusu olan, yargılama sonucunun hukukî kesinliğidir¹⁴⁵.

3. Taraf Özgürlüğü ve Anayasa

a. Anayasal Garanti

Tasarruf ilkesi, birden fazla yargılama hukuku normunda ifadesini bulmakla birlikte temelinde anayasanın garanti altına aldığı başta hak arama özgürlüğü olmak

¹⁴⁰ Usûlî hakkaniyet, aynı zamanda kişilerin toplumca tanınması ve uyulması ile adaletin gerçekleştiği düşünülen otoriteye duyulan güvenin de ifadesini oluşturmaktadır. **Heinze**, s. 524; **Larenz**, s. 195; **Perelman**, s. 64 vd.

¹⁴¹ **Gaul**, Grundlagen, s. 48 vd.

¹⁴² **Lorenz**, S., s. 37.

¹⁴³ 3. HD, 01.12.2005, 13382/12985, Legal HD, Eylül 2006, Yıl: 4, Sayı: 45, s. 2792; 3. HD, 19.09.2005, 9674/8731, YargıD, Mart 2006, Sayı: 123, s. 82, 83; 17. HD, 25.06.2001, 5836/4438, YKD Nisan 2002, s. 586; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, Medenî, s. 718; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medenî, s. 521; **Postacıoğlu**, Medenî, s. 678; **Üstündağ**, Medenî, s. 693, 694; **Böttcher**, Abänderbarkeit, s. 586; **Leipold**, Stein/ Jonas Komm., § 322 kn. 10; **Musielak**, Musielak Komm., § 322 ZPO kn. 4 (s. 1012); **Reichold**, Thomas/ Putzo Komm., § 322 kn. 11; **Schwab**, M., s. 136; **Vollkommer**, Zöller Komm., vor § 322 kn. 3.

¹⁴⁴ **Gündüz**, s. 35, 63; **Gaul**, Entwicklung, s. 457; **Gaul**, Yargılamanın Amacı, s. 116; **Gilles**, Verfahrensfunktionen, s. 200, 201.

¹⁴⁵ **Musielak**, Einige Gedanken, s. 426; **Rüssmann** Bindungswirkungen, s. 677; **Spellenberg**, s. 841.

üzere taraf özgürlüğü esasına dayanmaktadır¹⁴⁶. Ancak bu sonuç, medenî yargılama hukukunda tasarruf ilkesinin maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin ve anayasanın maddî hukuka ilişkin bireylere tanıdığı irade özgürlüğünün usûlî boyutu ve hatta onun bir zorunlu sonucu ya da bağılı olarak gördüğümüz anlamına gelmemektedir. Anayasal garanti kanımızca maddî hukuka ve medenî yargılama sahasına ait yetkileri için ayrı ayrı söz konusu olacaktır. Bu ayırımın nedeni, medenî yargılama sahasının hem doğurduğu etkiler hem de taraflarla kurulan bağlantı bakımından maddî hukuk sahası ile özdeş olmamasıdır. Örneğin, dava açılması ile oluşan derdestlik durumunun ya da hükmün kesinleşmekle ifade ettiği anlamın maddî hukuktaki tasarruf yetkisi (ya da maddî hukuktaki durum ile) ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Sadece bazı istisnai hususlar her iki alan için ortak görülebilecektir. Bu kapsamda sulh, kabul, feragat her iki sahada etki doğurma açısından, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti ise her iki sahada talep edilebilirlik açısından ortak hususlardır. Kaldı ki, maddî hukukun kural olarak emredici olmayan yapısı ve hükümleri, medenî yargılama hukukunda görülmez. Bilakis medenî yargılama hukuku, yapısı itibarıyla emredici karakterde kabul edilmektedir¹⁴⁷. Dolayısıyla ne medenî yargılama hukuku maddî hukukun değerleri ile ne de tasarruf ilkesi maddî hukukun tasarruf yetkisi ile açıklanabilir. Ancak bu medenî yargılama hukukunun, maddî hukuksal durumların ortaya konulması ve çözümlenmesi işlevine zarar vermez. Maddî hukukla olan bağlantı, bu işlev dolayısıyladır¹⁴⁸. Bunun dışında medenî yargılamaya hâkim olan tasarruf ilkesinin ve onu ifade eden normların varlık nedeni, anayasanın hak arama özgürlüğüdür. Bu kapsamda tasarruf ilkesi, hak arama özgürlüğüne ilişkin anayasal temel hakkın yargılama hukuku sahasına yansıyan biçimi olarak görülmeli¹⁴⁹ ve tıpkı tarafsız ve kanunî hâkim güvencesi, maddî gerçeği ifade eden hüküm verilmesi ya da adil yargılanma gibi anayasal garanti altında değerlendirilmelidir¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 29. madde gerekçesi. Hükümetin Teklif Ettiği Metin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, s. 18 (29. madde, Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metinde 30. madde olarak teselsül ettirilmiştir). Ayrıca bkz. **Tanrıver**, Tasarı, s. 643, 644.

¹⁴⁷ **Özkan**, Yetki, s. 122.

¹⁴⁸ **Wieser**, Grundzüge, s. 63 kn. 158.

¹⁴⁹ **Stürner**, Verfahrensgrundsätze, s. 651.

¹⁵⁰ **Atalay E.**, s. 441; **Brüggemann**, s. 127, 134 vd.; **Kengyel**, s. 277; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 1 kn. 28 (s. 8 vd.); **Stürner**, Verfahrensgrundsätze, s. 651.

b. Yargılama Hukukunun Anayasal Esasları

Tasarruf ilkesinin hak arama özgürlüğüne bağlı olarak anayasal güvence altında değerlendirilmesi ve hak arama özgürlüğünün muhatabının devlet olması, bu yönde faaliyette bulunacak olan devletin yargılama faaliyetine ilişkin olarak tarafsızlığını ve tarafsızlığın sağlanması adına hâkimin kural olarak pasif konumda olmasının kabulünü zorunlu kılmaktadır¹⁵¹. Özellikle vakıa ve delil sahası olmak üzere hâkimin uyuşmazlığa ilişkin pasif konumda olması, hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe duyulmasının önüne geçilmek içindir. Tarafsızlık asıl olarak ise, yargısal faaliyetin görülmesine ilişkin başkaca anayasal hakların da mevcudiyetini ve yargılama sürecinde bu hakların gözetilmesini gerektirmiştir¹⁵². Bunlar yasa koyucunun her ne sebeple olursa olsun görmezlikten gelemeyeceği, üzerinde tasarruf edilemeyecek olan anayasal yargılama esaslarıdır. Hukukî dinlenilme hakkına uyma, adil yargılanma, kanuni hâkim, etkin hukukî koruma kamusal adaletin temin edilmesi amacıyla vazgeçilmez, her yargılama faaliyetinde gözetilmesi gereken ve varılan sonucun kanuniliği açısından tartışılmasını engelleyen anayasal değerlerdir¹⁵³.

c. Adalet İdesi

Yargılama hukukunda esas ve ilkelerinin dışında ayrıca adalet idesi de amaçsal bir değere sahiptir. Bu değer, önceleri teolojik görüş içinde, sonraları ise rasyonel doğal hukuk anlayışı içinde pozitivizmle kucaklaşmıştır. Toplum hayatında yaşanan gelişmeler dolayısıyla hukukun etik değeri, objektif bir ölçüt olarak ortaya

¹⁵¹ **Bettermann**, Verfassungsrechtliche, s. 62.

¹⁵² *Gaul*, Alman hukukunda bu yaklaşımın kökeninde 1945 sonrası Anayasa değişikliğini görmektedir. Zira söz konusu değişiklikte birey devletten adaleti temin talebinde bulunabilme hakkı kazanarak, uyuşmazlığı mahkeme önüne götürmekle yetinmekte ve devlet de sadece davacının hakkının tanınmasını değil, davalının haksız yargılamanın sonuçlarından korunmasını temin etmekle de görevlidir. *Gaul*, Yargılamanın Amacı, s. 94.

¹⁵³ 19.HD., 27.06.2006, 1465/7012, MİHDER 2006 Sayı:5, s.1403; 21. HD., 16.03.2006, E.2005/13430, K.2006/2438, MİHDER 2006 Sayı:5, s.1409; *Atalay*, E., s. 443; *Alangoya*, Anayasa'nın, s. 3 vd; *Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım*, Medenî, s. 9; *Demircioğlu*, s. 52 vd; *Gündüz*, s. 34, 57, 59; *Karakehya*, Adil Yargılanma, s. 193; *Konuralp*, Adil Yargılanma, s. 65 vd; *Özekes*, Hukukî Dinlenilme, s. 61; *Öztek*, Hukuk Davalarında, s. 502; *Pekcanitez*, Adil Yargılanma, s. 37, 38; *Pekcanitez*, Anayasa Şikayeti, s. 258 vd.; *Pekcanitez*, Hukukî Dinlenilme, 755;; *Pekcanitez / Atalay/ Özekes*, Medenî, s. 246, 253 vd; *Tanrıver*, Adil Yargılanma, s. 191 vd; *Yılmaz*, Demokratik, s. 348; *Yılmaz*, İnsan Hakları, s. 149 vd; *Yılmaz*, Notlar, s. 181; *Gottwald*, 2001 Reform, s. 692; *Lüke*, G., Münchener Komm., Einl. kn. 109 vd.; *Rechberger*, Adil Yargılanma, s. 68; *Reichold*, Thomas/ Putzo Komm., Einl I kn. 9; *Stalev*, s. 169.

çıkılmaktadır. Bu ise adalet idesidir¹⁵⁴. Adaletin gerçekleştiği etik değer, hukuka ilişkin tanımlamalarda, sosyal ihtiyaçların karşılandığı sosyal olgu ve içeriği gösteren normatiflik olarak tarif edilmektedir¹⁵⁵. Adaletin bir unsur olarak hukuk içinde değerlendirilmesi sebebiyle hâkim, normatif mantıkla ilgili kısıtlamalara bağlı kalmaksızın hukuk alanında yer tutan sosyal barış, eşitlik, özgürlük, adalet, insan onuru gibi değerleri hüküm verirken kullanmalıdır¹⁵⁶. Bu değerlerin gözetilmesi maddî bakımdan hukuk devleti olmanın da bir unsuru olarak görülmektedir¹⁵⁷. Bu sebeple hâkim öncüllerden çıkan sonucun doğru hukuksal durumu yansıtıp yansıtmadığını sorgulamalı¹⁵⁸ ve başkasının hakkı ile kamusal refaha uyulup uyulmadığını hükmünde dikkate almalıdır¹⁵⁹. Örneğin, atanan bir mirasçı mirastan daha erken pay almak için miras bırakanını öldürürse artık miras taksiminden pay almamalıdır. *Dawlin* hukukta yer alan bu prensiplerin hâkimlerin sübjektif görüşleri olmadığını, hukuk sisteminin bir parçası ve zaten hukukta var olan ilkeler olduklarını belirtir¹⁶⁰. Biz de hukukun bu etik değerler (adalet) gözetilmediği durumlarda haksızlıkların ortaya çıkabileceğini kabul etmekteyiz¹⁶¹. Ancak bu değerlendirme, yani adalet, medenî yargılama faaliyeti sonucunun sadece etiksel değerlendirmesine ilişkin prensiplerden biri olup, medenî yargılamanın öncelikli ve tek amacının adaletin temin edilmesi olduğu¹⁶² anlamına gelmez. Kaldı ki hükmün adil olması konusunda ileri sürülen düşünceler, maddî gerçekliğe uygun karar vermek, maddî hukuk normuna uygun karar vermek, tarafların doğrudan dava edilen hak üzerinde tasarruf etmeleri sonucunda yargılamanın sonlandırıldığının tespitine karar vermek

¹⁵⁴ Çağıl, s. 494; Özbilgen, Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi, s. 20; Radbruch, Beş Dakika, s. 8.

¹⁵⁵ Aral, Hukuk, s. 15 vd.; Çağıl, s. 24; Işıktaç, Hukuk Normunun, s. 16; Özbilgen, Eleştirisel Hukuk Başlangıcı, s. 28.

¹⁵⁶ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 47; Işıktaç, Hukuk Normunun, s. 52; Pekcanitez, Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi, s. 515 vd, 536 vd.

¹⁵⁷ Hatemi, s. 19; Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 47; Bauer, H., s. 32, 40; Wertenbruch, s. 495.

¹⁵⁸ Stone, Julius, The Province and Function of Law, s. 137 (Naklen Aktaş, s. 136, dn. 388).

¹⁵⁹ Bauer, H., s. 32; “Bireyin özgürlük alanı ölçüsünü ve sınırlarını devlette bir araya gelen topluluğu zorunlu olarak içermektedir. Bu sınırlamalar özgürlük ilkesinde kendiliğinden bulunur.” Raether, s. 89; Stahlmann, Zur Theorie, s. 36 vd.

¹⁶⁰ Dawlin, Ronald, Taking Rights Seriously, 1997, s. 22 vd (Naklen Aktaş, s. 162).

¹⁶¹ “Summum ius suma iniuria=hukuku kesin uygulamak en büyük haksızlıklara yol açar.” Aral, Hukuk Felsefesinin, s. 134.

¹⁶² Yılmaz, Islah, 30, 31; Yılmaz, Usul Ekonomisi, s. 248.

şekillerinde birden fazla görünümü olabilecektir. Biz, bu şekil verilen hükümleri, sadece oluş tarzlarına bakarak adil hüküm olarak değerlendirmemekteyiz. Kanımızca adalet idesi, hükmün nasıl verildiği ile değil (ontolojik değil), hükmün sonucunun tanıdığı değer, özellikle sübjektif menfaatlerin yargılama dolayısıyla ve sonucu itibarıyla haksızlıklara uğramasının engellenmesi (matereiller einzelfallgerechtigkeit: somut vakıa adaleti anlayışı)¹⁶³ olarak görmekteyiz. Bu çıkarım, verilen hükmün adaleti temin ettiğine ilişkin toplumsal bir doyumu da rastlantısal olarak sağlayabilecektir¹⁶⁴.

Bu açıklamalar sonucunda kanımızca, medenî yargılama hukuku, getirilen hayat olayının gerçekliği tespit edildiği takdirde ihlâl edilen ya da ihlâl edilme tehlikesi bulunan sübjektif menfaatlerin tesis edilmesi ve korunması dogmatik hedefi olan bir yapıdır¹⁶⁵. Bu yapının kapsamına, somut olay bakımından adaletli olmayan hüküm verilmesinin önlenmesi de girmektedir. Ancak bu adaletin temin edilerek sosyal olguların karşılanması ve bu husustaki devlet ilgisini, medenî yargılama hukukunun sübjektif menfaatlerin korunması hedefinin önüne geçirmemektedir¹⁶⁶. Aksini düşünmek, yani adaletin temin edilmesini medenî yargılama hukukunun kuramsal hedefi olarak kabul etmek, adaletin tesis edilmesi adına adalete erişim kapsamında bireylere sağlanan hukukî kesinlik ve güvenliği görmezlikten gelmek ya da medenî yargılamanın sosyal işlevi adına tarafa rağmen biri yararına diğeri aleyhine hukuksal durum yaratmak olacaktır. Objektif hukuk uygulanırken bile taraf talebinin aranması gerekecek kadar çıkış noktası olarak apolitik unsurları barındıran ve hak arama özgürlüğü ve ona ilişkin anayasal garanti söz konusu olduğu sürece barındırmak zorunda olan medenî yargı sisteminde böyle bir kuramsal amaç değişikliğinin kabul edilmesi, uyuşmazlıkları çözmekten daha çok bu sefer medenî yargılama hukuku dolayısıyla uyuşmazlıkları körükleyecektir. Bu açıdan adaletin

¹⁶³ Erdoğan, s. 173; Güriz, Adalet Kavramı, s. 71; Güriz, Adalet Kavramının Belirsizliği, s. 32.

¹⁶⁴ Ki bu Bauer'e göre maddî kesin hükmün haklılık taşıması ile gerçekleşmektedir. Bauer, H., s. 40. Ayrıca bkz. Alangoya, İsviçre'de Yeni Bir, s. 101 vd.

¹⁶⁵ Usûlün vasıtalarının uyuşmazlık çözümüne hizmet etmekle usulün amacının gerçekleştiğine ilişkin görüş için bkz. Nakamura, s. 466 vd..

¹⁶⁶ Bettermann, Verfassungsrechtliche, s. 62, 63; Esener, s. 940; Heinze, s. 520; Bu nedenle Weyers'in ilkelere ilişkin ideolojik kurulumu başarısız kalmıştır.

temin edilmesi talebi şeklinde ifade edilen ve devletin yargılama faaliyetine olan ilgisini ifade eden talep, pozitivist düzenlemelerle karşılanmalıdır.

d. Diğer Anayasal Değerler

Yargısal faaliyet konusunda anayasal garantinin söz konusu olduğu tasarruf ilkesi, tıpkı maddî hukukta tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalar gibi, başka hukukî değerler dikkate alınmak suretiyle medenî yargılama hukukunda uygulama bulmaktadır¹⁶⁷. Yargılama, mahkemeler eliyle devlet otoritesinin uygulandığı bir alan olduğundan, tasarruf ilkesinin hangi unsurlarının değişmez bir biçimde anayasal garanti altında bulunduğu ve hangi unsurları üzerinde kanun koyucunun değişiklikler öngörebileceği, tasarruf ilkesinin sınırlarının tayin edilmesi bakımından önem taşımaktadır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, yargısal faaliyet bir kamu hizmeti olduğundan, bu hizmetin görülmesi ve yürütülmesine ilişkin işlemlerin (davet, tebligat, oturum tarihinin belirlenmesi, davanın aydınlatılması, hükmün yazılması vs.) gerçekleşmesi taraf iradesine, tercihine bırakılmayacaktır. Böylelikle taraf davranışları ile yargılama faaliyetinin yürütülmesinin sekteye uğraması önlenecektir. Bu yolla medenî yargılama hukuku sahasında karışıklığın doğması da engellenebilecek¹⁶⁸ ve kamu huzuru sağlanarak hukuk güvenliği temin edilmiş olacaktır¹⁶⁹. Bu sebeple oturum tarihlerinin belirlenmesinden hükmün tebliği aşamasına kadar yargılamaya ilişkin yapılan bütün şeklî işler ve işlemler tamamen mahkemenin yetkisindedir.

Yargılama faaliyeti, hukukî talebin karşılanabilir olup olmadığı konusunda devlet tarafından bir tespit ve karar verilme işi olmakla, bir kamu hizmeti işidir¹⁷⁰. Bu işin görülmesi hâkime ait olup, işin görülmesi dolayısıyla hâkimin bazı yetkilere sahip olması ve bu yetkiler dolayısıyla taraf işlemlerine ve davranışlarına müdahalelerde bulunuyor olması, ne işin niteliğine ne de tasarruf (taraf egemenliğine

¹⁶⁷ Gündüz, s. 83; Yeşilirmak, s. 392.

¹⁶⁸ AnMahKar 28.01.1964, E.1963/128 K.1964/8 (RG 17.04.1964, Sayı:11685).

¹⁶⁹ Deren Yıldırım, İşbirliği İlkesi, s. 828; Konuralp, İstinafta Kamu Düzeni, s. 3, 4; Rechhberger/Simotta, Zivilprozessrecht, s. 177.

¹⁷⁰ Tuluay, Ders, s. 24; Brehm, Stein/ Jonas ZPO Komm., vor § 1 kn. 118.

dayalı yargılama sistemine) ilkesine aykırı değildir¹⁷¹. Örneğin, hâkim açılan davada kendisini temsil etme bakımından yeteneksiz veya ehliyetsiz olduğu anlaşılan kişilerin avukatla temsil edilmesine karar verebilecektir (HUMK m. 71). Bunlar taraf özgürlüğü kuralının, esnekleştiği hususlar olarak dikkate alınmalıdır.

Taraf özgürlüğüne fiili anlamda sınırlama, korunması gereken başkaca hukukî değerlerin (menfaatlerin) varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Bu değerler taraflardan birinin zayıf konumda olması ile bağlantılı olabileceği gibi, davanın tarafı olmayan ve fakat hüküm sonucundan etkilenen başkalarının menfaatleri ile de bağlantılı olabilecektir¹⁷². Bu halde sübjektif menfaat, sahibi tarafından korunma talebinde bulunulmaya, bunun hukukî haklılık taşıdığına ve hukukî koruma ihtiyacını gerektirdiğine ilişkin talebe ve bu talebin ne şekilde ve nasıl gerçekleşeceğine dair tam ya da kısmî bir ehliyetsizlik taşımaktadır. Bu ehliyetsizliğin nedeni, toplumsal huzurun ve hukuksal güvenliğin temini¹⁷³ düşüncesine dayanır ve sosyal devlet değerleri ile açıklanmalıdır¹⁷⁴. Yargılamanın yürütülmesine ilişkin kamu düzeni sadece devletin yargı faaliyetini yerine getirmesine ve böylelikle hukukî güvenliğin sağlanmasını temin etmeye ilişkin iken (HUMK m. 82)¹⁷⁵, buradaki kamu düzeni kavramı, dava konusu menfaatin taşıdığı kamusal anlama bağlıdır (Evliliğin butlanı davası, özellikle kişiler ve aile hukuku sahasına ilişkin tedbir ve düzenlemeler)¹⁷⁶. Medenî yargılama hukukunun emredici karakteri ve yapısı dikkate alınacak olursa, medenî yargılama hukuku normlarının tasarruf ilkesi dışında koruma sağlayabilmesi, bu hususta bir normun varlığını gerekli kılmaktadır. Bu norm, hukukî korunmaya konu menfaatin maddî hukuk normundan çıkışını ve medenî yargılama hukuku sahasına *geçişini* ifade etmektedir¹⁷⁷. Bu nedenle medenî yargılamada kendiliğinden

¹⁷¹ Üstündağ, Medenî, s. 251.

¹⁷² Bu alanda irade özerkliği kamu menfaatine hizmet etmekte olup, aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkün değildir. Karşı, Usulî İşlemler, s. 193.

¹⁷³ Konuralp, İstinafta Kamu Düzeni, s. 5; Tanrıver, Yabancı Hakem, s. 94.

¹⁷⁴ Grunsky, Dispositionsgrundsatz, s. 34; Hagen, s. 388 vd.

¹⁷⁵ Konuralp bu hususta kesin yetki hallerini, bilirkişi sayısını, dava şartlarını örnek verir, Konuralp, İstinafta Kamu Düzeni, s. 6, vd.

¹⁷⁶ Konuralp, İstinafta Kamu Düzeni, s. 5 vd.

¹⁷⁷ “Bu itibarla aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde kamu düzeni düşüncesiyle hâkime re’sen araştırma yetkisinin verilmiş olması, kaynağını maddî hukukta, daha doğrusu maddî hukuk kuralının konuluş amacında bulan bir anlayışın sonucudur.” Konuralp, İstinafta Kamu Düzeni, s. 6.

araştırma ilkesinin ya da kendiliğinden harekete geçme ilkesinin mevcut olduğu konularda, yargılama hukuku sahasına ilişkin yetkilendirmeler söz konusu olmaktadır. Bu da bizim yalın anlamda medenî yargılamada kendiliğinden harekete geçme ilkesi ile kendiliğinden araştırma ilkesi bulunduğu görüşüne katılmamıza engel olmaktadır. Ancak yargı organına maddî hukuktan kaynaklanan *yetkiler* verilirse, yargı organı bu yetkilerin konusunu oluşturan sübjektif menfaatin korunması için kendiliğinden görevli olabilecektir¹⁷⁸. Zira toplumsal yapıda sürekli değişime uğrayan sübjektif menfaatler, medenî yargılama sahasının taraf menfaatine ve menfaat çatışmasına göre düzenlenmemiş soyut kurallarını genel ve sürekli olarak değiştiremez.

§ 3. TASARRUF İLKESİ İLE TARAFLARCA GETİRİLME VE KENDİLİĞİNDEN HAREKETE GEÇME İLKELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Tasarruf İlkesi ve Taraflarca Getirilme İlkesi Ayırımı

Bugün, *Canstein*'ın yaptığı ayırım esas alınarak davanın açılması, dava konusunun belirlenmesi gibi hususlar üzerindeki taraf tasarrufu ile vakıa ve delil sunumunun farklı olduğu genel kabul görmekte¹⁷⁹ ve davanın açılıp açılmayacağı, dava konusunun ne olacağı, hüküm verilmeden evvel taraflarca davanın sonlandırabilmesi, kanun yoluna başvurulabilmesi gibi hükümler, taraflarca getirme ilkesi içinde değerlendirilmemektedir.

Tasarruf ilkesi, taraf hâkimiyetini ifade ederken¹⁸⁰, bu hâkimiyetin alanına vakıa sunumu, delillerin getirilmesi ve ispat faaliyeti girmemektedir¹⁸¹. Bunlar üzerindeki taraf hâkimiyeti ve sorumluluğu, taraflarca getirme ilkesi ile ifade edilmektedir¹⁸². Bu sebeple tarafın maddî hakka ilişkin yargısal koruma sağlanmasını

¹⁷⁸ Yılmaz, Savcılar, s. 260.

¹⁷⁹ Brüggenmann, s. 100; Grunsky, Grundlagen, s. 166, 185; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 25 VIII (s. 95) vd; Leipold, Zivilprozeßrecht, s. 441; Leykam, s. 50; Schima, s. 472; Wolf, Anerkenntnis, s. 58.

¹⁸⁰ Habscheid, Richtermacht, s. 176; Schreiber, s. 191.

¹⁸¹ Brüggenmann, s. 107; Künzl, s. 192 vd.; Zettel, s. 18.

¹⁸² Bruns, Zivilprozessrecht, s. 99; Leykam, s. 52a.

ve tanınmasını istemesi, bundan vazgeçmesi, bunun kapsamını belirlemesi, talep konusu üzerinde tasarrufta bulunması, verilen hükme karşı kanun yoluna başvurusu gibi yargılamanın kapsamına ilişkin tasarrufları, altlamaya girecek koşul vakıalar ile delillerin yargılamaya getirilmesine ilişkin işlemlerden farklı olacaktır¹⁸³. Bu farklılığın nedeni, tasarruf ilkesinin bireyin hak arama özgürlüğünün yargılama hukukuna yansıyan sûreti olmasıdır. Bu nedenle tasarruf ilkesinin sadece maddî hukuka ait birey özgürlüğü ile tanımlanması¹⁸⁴ eksiklik taşıyacaktır. Kaldı ki salt birey özgürlüğüne dayalı yapılacak tanımlama, vakıa ve delil sahasına ait tasarrufta bulunmayı da içerebilecektir¹⁸⁵. Ayrıca tasarruf ilkesinin usûlî talep üzerinden maddî hakla kurulan bağlantısı, geçerliliği ve etkililiği, vakıaların toplanmasına ilişkin ilkede yoktur¹⁸⁶.

Tasarruf ilkesini bu şekilde ayırt ettikten sonra, temel hatlarını şu şekilde belirtebiliriz:

- ✓ Davacının yargılamayı başlatması (Ne procedat iudex ex officio),
- ✓ Davacının yargılamanın konusunu ve böylelikle dava konusunu belirlemesi,
- ✓ Davacının davayı geri alması, davadan feragat etmesi, davalının davayı kabul etmesi ve tarafların sulh olmaları,
- ✓ Tarafların kanun yoluna başvurmaları, kanun yolu başvurularını geri almaları, kanun yoluna başvurudan feragat, kanun yolunda incelenmesini istedikleri sebebi belirlemeleri.

B. Talep Üzerine Harekete Geçme Kuralının İstisnası: Kendiliğinden Harekete Geçme İlkesi

Medenî yargılama hukukunda irade özgürlüğü bulunduğunu, tarafların yargısal faaliyet neticesinde sübjektif haklarının korunmasını isteme ve istediği

¹⁸³ Künzl, s. 16; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 76 kn. 2 (s. 479).

¹⁸⁴ Bakker, s. 256; Haus, s. 39.

¹⁸⁵ Cahn, s. 40; Henckel, Prozessrecht, s. 126; Wolf, Anerkenntnis, s. 58; Zettel, s. 18.

¹⁸⁶ Kölz, s. 8.

korumanın kapsamını belirleme iradesine sahip olduklarını¹⁸⁷ yukarıda belirtmiştik. Sübjektif hakların yargılama hukuku sahasında temini, bu alanın sadece sübjektif hakların temin edilmesine ilişkin bir fonksiyon gördüğü anlamına gelmemelidir. Medenî yargılama hukuku, aynı zamanda kamu düzenine ait menfaatlerin korunmasında ve kamusal refahın sağlanmasında da fonksiyona sahiptir¹⁸⁸. Bugün değişen pozitivizm anlayışı, sosyal hukuk yaklaşımı, doğal hukukun artan etkisi, sosyal yapıdaki gelişmeler nedeniyle medenî yargılamanın bu fonksiyona da ayrıca sahip olduğunu çok daha rahat söyleyebiliriz¹⁸⁹. Ancak bu fonksiyonun yüklenilmiş olması, kamusal refahın sağlanmasını, medenî yargılama hukukunun ön ya da bağımsız bir amacı haline getirmez¹⁹⁰.

Medenî yargılama hukuku kamu düzenine ilişkin fonksiyonunu dolaylı ve doğrudan yerine getirmektedir. Öncelikle sübjektif menfaatlerin yerine getirilmesi yoluyla toplum barışı sağlanır ki, bu medenî yargılama hukukunun dolaylı olarak kamu refahı ve düzeni kavramına katkısıdır. İkinci olarak ise ihlâl edilen veya ihlâl edilme tehlikesi bulunan bazı sübjektif menfaatlerin korunmasının sadece menfaati taşıyan kişiye (onun iradesine) bırakılmayacak nitelikte (bireyüstü) olmalarıdır. Bu halde yargı organı kendiliğinden harekete geçmekle sübjektif menfaatlerin korunması fonksiyonunu görecek¹⁹¹. Bu fonksiyonun görülmesi için yargı organına verilen yetkilerin temelindeki normlar, görev ve yükümlülük normlarıdır. Bu görev ve yükümlülük sebebiyle yargı organı, menfaati korunacak ilgilinin hukukî korunma

¹⁸⁷ "Sübjektif hak sahibi hakkının takip edilmesinde özgürdür, bunun anlamı onun kendisine tanınan hukukî normun işletilmesi yetkisini özgür iradesine ve şahsi istemine göre gerçekleştirebileceğidir." Eugen, s. 70.

¹⁸⁸ Gaul, Zur Frage, s. 42; Thiere, s. 5.

¹⁸⁹ Blomeyer, Zivilprozessrecht, s. 2; Grunsky, Grundlagen, § II, s. 5; Henckel, Prozeßrecht, s. 58; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 1 III (s. 3 vd); Pohle, s. 197 vd; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 kn. 8, 9 (s. 3); Thiere, s. 9 vd.; Bunun hukukî barışın temininden kaynaklanan ideal amaç olduğuna ilişkin bkz. Üstündağ, Medenî, s. 3 vd, 250, 268; Arens, Grundprinzipien, s. 6; Habscheid, Bundesarbeitsgericht, s. 896; Mettenheim, s. 28; Pawlowski, Aufgabe, s. 354; Rimmelpacher, Zur Prüfung, s. 23; Schönke/ Kuchinke § 1 II s. 3.

¹⁹⁰ Saenger, Nomos Komm., Einf. kn. 4 (s. 2).

¹⁹¹ "Bireyin inisiyatifine bırakılmayacak kadar önemli, devlet korumasını gerektiren kamu menfaatinin olduğu hallerde re'sen hareket ilkesi ortaya çıkmaktadır." Bilge/ Önen, Medenî, s. 297; Yıldırım, Çekişmesiz, s. 34; Brehm, Bindung, s. 21 vd.; Gottwald, Buchbesprechung von Brehm, s. 201; Lüke, G., Münchener Komm., Einl. kn. 178; Melissinos, s. 16 vd.; Staehelin, s. 644; Walder, Offizialmaxime, s. 8.

talebi olmaksızın harekete geçmekte¹⁹², kendiliğinden araştırma yapmaktadır¹⁹³. Bu yükümlülük ifa edilmekle kamu yararına hizmet edilmektedir¹⁹⁴.

Aile hukuku alanında tasarruf ilkesine istisna oluşturan pek çok norm bulunmaktadır¹⁹⁵. Özellikle çocuk hakları bu hususta önem taşımaktadır. Türkiye 25.01.1996 tarihli “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”’ni 09.06.1999 tarihinde onaylamış ve “4620 Sayılı Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun’ la (RG 02.05.2002, Sayı:24743) da sözleşmeyi onaylamıştır. Sözleşmenin 8. maddesi “Bir çocuğu ilgilendiren davalarda, çocuğun esenliğinin ağır bir tehlike altında olduğunun iç hukuk tarafından belirlendiği durumlarda, adli mercinin re’sen harekete geçme yetkisi vardır” hükmünü içermekte olup, sözleşmenin beyan metninde Türkiye Cumhuriyeti Devleti, sözleşmenin adli bir makam önünde, aile hukuku sahasındaki boşanma, ayrılık, çocukların velayetine ilişkin, ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda uygulanacağını kabul etmiştir. Bu sebeple çocuk hakları ile ilgili hususlarda yargı organın ve adli mercilerin kendiliğinden harekete geçme yetkisi bulunmaktadır¹⁹⁶.

¹⁹² Genellikle çekişmesiz yargı işlerine ilişkin olarak bu yargının söz konusu olduğu Türk doktrininde açık şekilde dile getirilmiştir. **Atalı**, Çekişmesiz, s. 82; **Budak**, Çekişmesiz, s. 129; **Kuru**, Nizasız, s. 39, **Yıldırım**, Çekişmesiz, s. 34; **Ottomann**, s. 93; **Staehelein**, s. 644. **Schreiber**’e göre savcının kendiliğinden harekete geçmesi halinde de esasen tasarruf ilkesi ile bir uyuma söz konusu olup, bu durumda mahkeme kendiliğinden yetkili olmamaktadır. **Schreiber**, s. 191.

¹⁹³ **Budak**, Çekişmesiz, s. 154 vd; **Budak**, Üçüncü Kişilerin, s. 116 vd. Türk ve Alman hukuklarında devletin yetkili organına (savcısına) tanınan bu yetkinin hangi konulara ilişkin verildiği yasal düzenlemelerde sabit bir şekilde belirtilmişken, Fransız hukukunda (CPC Art. 423) kamu adına (ordre public) harekete geçme konusunda genel bir yetkiyi (kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın) ifade etmektedir.

¹⁹⁴ **Keidel**, s. 78; **Staehelein**, s. 644. Kamu yararının sağlanması **Pawlovski** ve **Gaul**’e göre maddi gerçeğin tam olarak ortaya konulması ile **Gaul**, Zur Frage, s. 27 vd; **Pawlovski**, Aufgabe, s. 345 vd., **Raiser**’e göre ise bu evlilik, nesep gibi kurumlarının korunması ile gerçekleşir. **Raiser**, s. 145 vd.

¹⁹⁵ Bu maddeye ilişkin 1971 tarihli TMK tasarısının gerekçesi: “...hukuk yargılama usulünde, talep olmadıkça yargıcın bir taraf lehine herhangi bir menfaate hükmedememesi prensibi yürürlükte ise, aile hukuku alanı, sadece fertlerin menfaatlerinin korunması için değil, aynı zamanda toplumsal korunma için gerekli hükümleri kapsadığından, bu alanda yargılama usulü prensiplerine bazı istisnalar koymak zorunluluğu vardır.” **Uyar**, Kanun, s. 1470.

¹⁹⁶ **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, Medenî, s. 236.

Hâkimin kendiliğinden harekete geçeceğine ilişkin çocuk hakları ile ilgili olarak Türk Medenî Kanunu düzenlemesinde de hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlere baktığımızda hâkimin kendiliğinden, boşanma veya ayrılık davası süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri alabildiğini (TMK m. 169), hâkimin boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlebildiğini (TMK m. 182); kararlaştırılan düzenlemelere ilişkin ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde gerekli önlemleri alabileceğini (TMK m. 183); eşlerin ortak yaşama ara vermeleri halinde çocukların anne ve babaları ile kişisel ilişkilerini düzenleyen gerekli önlemleri alabileceğini (TMK m. 197 f. 4); ana ve babanın evli olmayıp da annenin küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyetin kendisinden alındığı durumlarda çocuğun menfaatine göre vasi atayabileceğini (TMK m. 337); çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunması veya çocuğun manen terk edilmiş hâlde kalması halinde çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebileceğini (TMK m. 347); velayet kaldırılmakla çocuğa vasi atanabileceğini (TMK m. 348); velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkması durumunda velayeti geri verebileceğini tespit etmekteyiz (TMK m. 351)¹⁹⁷.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda da Çocuk Mahkemelerinin suç dolayısıyla kendiliğinden çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici önlem alabileceği düzenlenmiştir¹⁹⁸. Bu kapsamda (ÇKK m. 5) hâkim çocuğa ilişkin danışmanlık, eğitim, özellikle bakım (çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel

¹⁹⁷ 2.HD, 04.06.2002, 6834/7495. www.kazanci.com.tr. Çocuk velayetine ilişkin düzenlemelerin temelinde yer alan ilke, çocuğun yararı ilkesidir. Bu ilke, ana ve babaya tedip ve velayet hakkının kullanılmasının sınırlarını tespit etmede ve somut olaya göre çocuk ile karar vermek durumunda kalan adli ve idari mercilerin, hukuken ve fiilen kendi menfaatlerini korumada zayıf olan çocuğun yararını göz önünde tutmada söz konusu olmaktadır. Akyüz, s. 650; Ayan, s. 224, 252, 298; Budak, Baki Kuru'nun, s. 281 vd.; İmamoğlu, s. 171; İnan, s. 716; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 236 vd; Walder, Offizialmaxime, s. 9 vd.

¹⁹⁸ 5717 sayılı kanun kapsamında Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanun hükümleri (m. 5, 10 vd) de ayrıca bu hususta dikkate alınacaktır.

bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması), sağlık (çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına) ve barınma (barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya) tedbirleri ile hukukî korumayı kendiliğinden (ÇKK m. 7) sağlayacaktır. Hâkimin yetkisi karar verilen tedbirin kaldırılması, değiştirilmesi ve 18. yaşın dolması durumunda belirli bir süre devamı hallerini de içermektedir (ÇKK m. 7). Aynı hâkim, velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar vermeye yetkilidir (ÇKK m. 7).

Türk Medenî Kanunda kendiliğinden harekete geçebilecek aile hukukuna ilişkin başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlar, evliliğe ilişkin mutlak butlan sebebi bulunduğu durumda savcının kendiliğinden mutlak butlan açmasına ilişkin düzenleme (TMK m. 146), hâkimin kendiliğinden boşanma veya ayrılık davası süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin geçici önlemleri alabileceği düzenlemesi (TMK m. 169); eşlerden birinin tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanarak kısıtlanması durumunda gerekli önlemlerin alınması ve taşınmaz üzerindeki tasarrufun kısıtlanmasına ilişkin kararın kendiliğinden tapuya şerh edilmesine karar verilmesi düzenlemesi (TMK m. 199 f. 2 ve 3), eşlerin aile konutunda kimin kalmaya ve ev eşyasını kimin kullanmaya devam edeceği konusunda anlaşamamaları hâlinde, hakkaniyet gereği hâkimin olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu hakka hangisinin sahip olacağına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar vermesine ilişkin düzenleme (TMK m. 254 f. 2); eşlerin konutta kira ile oturmaları ve hâkimin konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar vermesi durumunda kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenlemelerin yapılmasına kendiliğinden karar vereceği düzenlemesi (TMK m. 254 f. son) ile Cumhuriyet savcısının sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edebilmesine ilişkin düzenlemeleridir (TMK m. 294 f.1).

Aile hukukuna ilişkin son olarak 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a bakmak gerekecektir. Söz konusu Kanunun 5636 Sayılı Kanunla

değiştirilen 1. maddesine göre Aile Mahkemesi Hâkimi, Türk Medenî Kanununda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını tespit etmesi durumunda aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen tedbirleri¹⁹⁹ ya da aynı Kanun'un m. 1 f. 1 düzenlemesine göre, meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak uygun göreceği başkaca önlemleri kendiliğinden alacaktır.

Türk Medenî Kanunu'nda hâkimin (veya resmi bir makamın) kendiliğinden harekete geçebileceği, kişiler hukukuna ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Derneğin kuruluş bildiriminde, tüzükte ve kurucuların hukukî durumlarında kanuna aykırılık veya noksanlık tespit edilip de bunların tamamlanması isteminin tebliğinden itibaren otuz gün içinde belirtilen noksanlık tamamlanmaz ve kanuna aykırılık giderilmezse; en büyük mülkî amirin, Cumhuriyet savcılığına bildirimde bulunması üzerine, Cumhuriyet savcısının mahkemeden derneğin faaliyetinin durdurulmasına karar verilmesini kendiliğinden istemesi (TMK m. 60); derneğin amacının kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelmesi halinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemenin derneğin feshine karar vermesi (TMK m. 89); dernek faaliyetleri ile ilgili yasak ve sınırlamalara aykırılık hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle mahkemenin derneğin faaliyetten alıkonulmasına karar vermesi (TMK m. 90); vakıf başvurusunda bulunulan mahkemenin başvuruya konu vakfa ait mal ve hakların korunması kararı vermesi (TMK m. 102); vasi atanması kararı (TMK m. 337, 413); vasi atanmadan evvel koşulların gerektirmesi halinde sulh hukuk mahkemesinin gerekli önlemleri alması kararı (TMK m. 420); kanunda yazılı sebepleri gerçekleşmesi halinde sulh hukuk mahkemesinin temsil kayyımı ataması (TMK m. 426); görevden alınmasını gerektiren sebebin öğrenilmesi durumunda sulh hukuk

¹⁹⁹ a) Aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması, b) Müsterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması, c) Aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi, ç) Aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesi, d) Varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesi, e) Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması, f) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurusu.

mahkemesinin vasiyi görevden alması (TMK m. 484) talep olmaksızın alınabilen kararlardır²⁰⁰.

Türk Medenî Kanunun Miras Hukukuna ait bölümünde de hâkimin kendiliğinden harekete geçmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar ise, hâkimin vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevinin ifasına ilişkin tedbirleri kendiliğinden alması (TMK m. 555); mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkiminin, tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere gerekli bütün önlemleri kendiliğinden alması (m. 589); *(1. Mirasçılardan birinin uzun süreden beri bulunamaması ve temsilci de bırakmaması hâlinde menfaati gerektiriyorsa, 2. Mirasta hak sahibi olduğunu ileri sürenlerden hiçbiri mirasçılık sıfatını yeterince ispatlayamazsa veya bir mirasçı bulunup bulunmadığı şüpheli olursa, 3. Mirasçıların tamamı bilinmiyorsa, 4. Kanunda özel olarak öngörülümüşse)* sebeplerinin bulunması halinde hâkimin mirasın resmen yönetilmesi kararını kendiliğinden alması (TMK m. 592) ve mirasın Devlete geçmesi hâlinde sulh mahkemesinin kendiliğinden terekenin resmî defterini düzenlemesi normlarıdır.

Borçlar Kanununda da hâkimin kendiliğinden hareket edebileceği husus bulunmaktadır. Bu, ölüme bağlı bakım sözleşmelerinde sözleşmenin tek taraflı feshinin gerçekleştiğine karar verilecek yerde mahkemenin kendiliğinden iki tarafın birlikte yaşamalarına nihayet verip buna mukabil alacaklıya kaydıhayat ile bir irat tahsis etmesi (BK m. 517) normudur.

Yukarıda verilen örnekler göstermektedir ki, bireyüstü menfaat dolayısıyla savcı ya da hâkimin harekete geçmesi, yargılama faaliyetinin çekişmeli veya çekişmesiz olması ile açıklanamayacaktır²⁰¹. Bu konuda belki sadece hâkimin kalıplaşmış görevlerinden bahsetmek için hâkimin hukuku (*richterrecht*) kavramının²⁰² kullanılması yeterli olmalıdır²⁰³. Bu kavramın dışında kalan ve hâkimin kendiliğinden harekete geçtiği durumlarda ise hem sübjektif menfaat hem de kamusal yarar bir arada bulunmaktadır. Bunlardan kamusal yararın evveliyetle

²⁰⁰ 2.HD, 13.03.2003, 2180/3547. www.kazanci.com.tr.

²⁰¹ Atalı, Çekişmesiz, s. 82.

²⁰² Alangoya, İsviçre Hukukunda, s. 120.

²⁰³ Objektif hukukun uygulanması ya da kamu görevinin ifa edilmesi olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, TTK m. 990'a göre deniz raporu tanzim etmesi.

gerçekleşmesinin düşünülmesi, sadece tarafın talebi olmadan hâkimin harekete geçmesini sağlamaktadır²⁰⁴. Böylelikle kamusal yarara hizmet eden hukukun gerçekleşmemesi endişesi bertaraf edilmektedir. Ancak bu bireysel menfaatlerin yokluğu, hâkimin kalıplaşmış kamusal görevlerinin dışında faaliyetlerinde bulunmadığı anlamına gelmemektedir.

Acaba tarafların medenî hukuk sahasında yargılama organına başvurarak hak talep etmek zorunda oldukları durumlarda geçerli olan ilke, hangi ilke olacaktır. Bu durumda acaba tasarruf ilkesi mi, kendiliğinden harekete geçme ilkesi mi geçerli olacaktır? Örneğin, kişinin boşanmak için dava açıp açmamak kendi tasarrufunda iken, bunu ancak mahkeme kanalıyla kullanabilmesi durumunda ya da şufa hakkının ancak mahkemeye başvurarak kullanılması durumunda tasarruf ilkesinin varlığından söz edecek miyiz? *Walder*'e göre kendiliğinden harekete geçme ilkesi, mahkemeye hukuki korunma talebiyle tarafın başvurduğu hallerde de söz konusudur²⁰⁵. Biz tasarruf ilkesini dava açmak zorunda kalmaksızın maddî hukukta işlem yapabilmeye bağlı bir serbestlik olarak değil, tarafın dava ettiği usûlî talebin kapsamına ilişkin olarak hareket serbestisini ifade eder olarak gördüğümüzden, boşanma davası gibi ancak dava açılmakla hukukî sonucun gerçekleşebileceği durumlarda dâhi, halen tarafın yargılama faaliyeti sonucuna ilişkin arzusuna bir bağlılık olduğunu düşünmekteyiz. Bu sebeple boşanma davasında mutlak anlamda kendiliğinden harekete geçme ilkesi ile kendiliğinden araştırma ilkesi bulunmamaktadır²⁰⁶. Bu davalarda davacının dava açmak zorunda olmaması, açtığı boşanma davasından feragat etmesi halinde tasarruf ilkesinin geçerli olduğu, karşı tarafın bu davayı kabul ederek sonuçlandıramaması halinde ise davalı menfaatini korumayı hedef alan kendiliğinden harekete geçme ilkesinin geçerli olduğu kabul edilebilir.

²⁰⁴ Örneğin, kendini koruyamayacak ve bu durumda hukukî koruma talebinde bulunamayacak konumda olan çocuğun menfaati gözetilerek TMK m. 348'e göre velayeti kaldırılan çocuğa vasi atanması için mahkemenin TMK m. 404'e göre vesayet makamına başvurması.

²⁰⁵ *Walder*, *Offizialmaxime*, s. 8.

²⁰⁶ Bkz. *Üstündağ ve Sungurtekin Özkan'ın görüşleri için, Tartışmalar (II. Oturum), Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-1, Eskişehir 2003, s. 105, 106.*

II. BÖLÜM

DAVA AÇILMASINDA TASARRUF İLKESİ

§ 4. DAVANIN AÇILIŞINDA TASARRUF İLKESİNİN UYGULAMA ALANI

A. Dava Hakkı

1. Hak Kavramı

Toplumsal yaşam, kişiler arasındaki ilişkide değişik dayanaklarını bulabileceğimiz bazı kuralların varlığını ve toplumsal yaşam alanını düzenlemeyi gerektirmiştir. Bu kurallardan bir kısmı din, bir kısmı ahlâk ve bir kısmı ise görgü kurallarıdır. Toplumsal kurallardan bir kısmını ise, diğer toplumsal yaşam kurallarından yaptırım özelliğine sahip olmak bakımından ayırt edilebilen hukuk kuralları oluşturmaktadır.

Hukuk kurallarının temelinde hak kavramı vardır. Bazı yabancı hukuklarda hukuk kavramının, hak kavramını da ifade eden tek bir kelime ile kullanılması¹ bunların özdeş olmalarından değildir; bunlar farklı kavramlardır. Bu yüzden de hukuk kavramı anlatılmak istenildiğinde, hak kelimesine objektif kelimesi dâhil edilmektedir².

Hakkı, metafizik temellere dayandırarak açıklayanlara göre, toplumsal yaşamda var olmadan dolayı kişilerin yetkileri ve toplumsal yaşama karşı ödevleri bulunmaktadır. Bunun böyle düşünülmesi, yani sosyal bir varlık olarak insanın kişilik olmasından kaynaklanan yetkilerinin olduğunun kabul edilmesi düşüncesi metafizikseldir³. Bu düşünce annenin bebeğini emzirmekle yükümlü olmasından,

¹ Almancada "Recht", Fransızca'da ise "Droit" kelimesinin hem hukuk hem hak de hak için kullanılıyor olması.

² Oğuzman/ Barlas, s. 101.

³ Hukukun metafizik kökenli kaynağına ilişkin tartışmaların odak noktasındaki kuram, doğal hukuk öğretisi olmuştur. Bu teoriye göre hak ve hakkın yansımasını bulduğu hukuk kuralları zaten doğada eşyanın tabiatı gereği var olan kurallardır. Bu kuralların oluşmasında ne Tanrı iradesinin ne de toplumsal iktidar güçlerinin ve ne de *Rousseau* tarafından savunulan toplumsal iradenin hiçbir etkisi yoktur.

ölen kişinin malvarlığının haklı dağıtımının yapılmasına kadar toplumsal yaşamın bütününde karşılaşılabilecek durumlara yöneliktir. Bu sebeple hak, toplumsal yaşama ilişkin, kişinin varolmasından kaynaklanan yetkileridir⁴.

Hak kavramının metafizik gerekçelerle açıklanamayacağı sonradan anlaşılmış ve hakkı açıklamaya yönelik değişik teoriler geliştirilmiştir. Bunlardan ilki *irade teorisi* olup, bu teoriye göre, hak, kişinin iradesi ile başkasını kendi iradesi doğrultusunda zorlayabilme gücüdür⁵. İrade, alacaklının borçlu olan muhataba başvurması ya da dava açmak yoluyla devlete başvurmasıyla kullanılabilecektir⁶. Bir diğer teori ise *menfaat teorisi* olup, bu teoride hak, hukuk düzeni tarafından korunan menfaattir. Kullanımı ise korumayı sağlayan devlet organına başvurarak gerçekleşecektir⁷. Bir başka teori ise, hakkı, bireyin sahip olduğu menfaatin korunması için kendisine tanınan irade kudreti olarak görmektedir⁸. Bu görüşe bağlı kalındığında bir taraftan irade sahibi olmayanların menfaatleri de bu hususta yetkilendirilmiş olan kişilerce (veli, temsilci vs.) korunabilecek, diğer taraftan sübjektif menfaat söz konusu olmaksızın hukukça korunması gereken menfaatlerin de korunması sağlanabilecektir⁹. *Velidedeoğlu*, 1945 tarihli eserinde yaptığı “*Hukukî himaye edilmiş ve bu himayeden istifade hak sahibinin iradesine bırakılmış olan menfaatir*” şeklindeki tanımlama ile karma görüş doğrultusunda hakkı tanımlamış olup, bu tanım, bugün Türk Hukukunda kabul görmektedir¹⁰.

Hak kavramını açıklayan yukarıdaki görüşlerin ruhsal bir fenomone dayanması, hak kavramına yönelik başkaca düşüncelerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu kapsamda hak, hukuk kuralları tarafından düzenlemeye bağlı olarak, devlet tarafından düzenlenen hukukî ödev olarak tanımlanmıştır¹¹. Buna göre, esasen

⁴ *Grotius* ve *Pufendorf*, bu düşüncenin temsilcileridirler. Bkz. *Hirş*, 188, 191.

⁵ *Güriz*, Hukuk Felsefesi, s. 47; *Oğuzman/ Barlas*, s. 102.

⁶ Bu teori, öğretilde *Savigny*, *Gierke* ve *Windscheid* tarafından savunulmuştur. *Güriz*, Hukuk Felsefesi, s. 47.

⁷ *Güriz*, Hukuk Felsefesi, s. 47; *Velidedeoğlu*, s. 179.

⁸ *Ansay*, Hukuk Bilimine, s. 108. Bu görüş, *Jellinek* tarafından savunulmuştur.

⁹ 1. HD., 02.04.1974, 2958/2297, YKD 1976/4, s. 441.

¹⁰ *Oğuzman/ Barlas*, s. 121; *Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes*, Medenî, s. 37; *Serozan*, Medenî Hukuk, s. 164.

¹¹ Bkz. *Güriz*, Hukuk Felsefesi, s. 49; *Hirş*, s. 178; *Işıktaç*, Hukuk Felsefesi, s. 220.

sübjektif anlamda var olmayan değerler kanun koyucunun hukuk kuralı yaratmasıyla objektif nitelik kazanmışlar ve hakkı oluşturmuşlardır. Hak, bu yüzden hukuk normunun kendisidir ve hukuk kuralının somut ve bireyselleşmiş bir içerik kazanmasıdır¹². Bu düşünce de hak kavramı yerine ödev yükleyen hukuk kuralını yerleştirmesi nedeniyle eleştiri almış ve bir hukuk kuralı içinde ödev ile hakkın karşılık içinde bulunduğunu ileri sürülmüştür¹³.

Kanaatimizce hakka ilişkin tartışmaların temelinde kavramlaştırmadan kaynaklanan sorunlar bulunmaktadır. Kavramlaştırma bir şeyin o şey olmayandan ayrıştırılmasını mümkün kılan kelime ya da kelime grubudur¹⁴. Hak ise kavramlaştırılırken bazen doğrudan gözlemlenebilir fenomenleri¹⁵ bazen de çıkarsanmış fenomenleri¹⁶ tanımlarken kullanılmıştır¹⁷. Bize göre hak, toplumsal yaşama ait bir yetki çıkarsamasıdır. Bu yetki, toplumsal hayatın devamlılığına hizmet eden itici bir güçtür. Temelinde var oluştan kaynaklanan değerlerin olması ya da sosyolojik hayatın dinamik yapısından çıkarılan sonuçların bulunması bir önem taşımaz. Onu belirleyen, başlık parası, otobüste yaşlılara yer verme, fakir birine para yardımında bulunma gibi ahlakî, dinî unsurlardan ayrıştırması ve yaptırıma bağlanmış olmasıdır. Bu bağlılık, hak kavramını hukukla özdeşleşmiş bir kavram olarak (tekçil anlayış) görmemize yol açmıştır. Bu nedenle hak, hukuk düzeninin tanıdığı ve koruduğu menfaattir.

¹² **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 49.

¹³ **Ross, Alf**, On Law and Justice, 1958, s. 162 vd (Naklen **Güriz**, Hukuk Felsefesi, s. 50).

¹⁴ **Demir/ Acar** Sosyal Bilimler Sözlüğü, s. 239.

¹⁵ “Bir insana ait olan şey, doğruluk, insaf.” **Devellioğlu**, Osmanlıca- Türkçe Lûgat, s. 314; “Nefsin emri ile uyumlu doğru” **Türk Dil Kurumu**, Mükemmel Osmanlı Lûgatı, s. 119.

¹⁶ “Hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey”, **Türk Dil Kurumu**, Türkçe Sözlük, s. 829; “Objektif hak, içtimai hayat nizamının muhafaza ve idamesi için cemiyet azası sıfatıyla fertlerle fertler veya cemiyetle- yani devletle-fertler yahut muhtelif devletlerarasındaki münasebetleri tanzim eden usul ve kaidelerdir... Sübjektif hak, objektif hakkın usul ve kaidelerine dayanarak hak sahibi sıfatıyla fertlere ve devletlere tanınmış salâhiyetlerdir” **Türk Hukuk Lûgatı**, Türk Hukuk Kurumu, s. 110; “Hak, hukukten korunan menfaat”, **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, s. 438.

¹⁷ **Marshall**, Sosyoloji Sözlüğü s. 395.

2. Adalete Erişim

Adalete erişim, davacının davalıya karşı maddî hukukta belirtilmiş olan içerik ve unsurlardan bağımsız şekilde devletin yargı organlarına başvurmasını ve başvurulan yargılamada işlemlerin muhatabı olmada eşit konumda olmasını ifade etmektedir¹⁸. Tanımın kapsamına giren adalete erişim konusundaki bağımsız başvuru hakkı, maddî hak sahipliğı ile olan ilgi dikkate alınmaksızın vardır ve kullanılması anayasal güvence altındadır¹⁹. Dolayısıyla, bu yola başvurulmasını engelleyen her durum, anayasal bir hakkın ihlâli neticesi doğurmaktadır. Adalete erişim, *soyut dava hakkı, dava edebilme imkânı*²⁰ ve *adaletin gerçekleştirilmesi talebi (Justizgewährungsanspruch)* olarak da ifade edilmektedir²¹. Anayasal açıdan devletin sübjektif menfaatlerin korunmasına, gerçekleştirilmesine yönelik korunma taleplerinin muhatabı olması, ihkâkı hak yasağından dolayı bireyin devletin hukukî koruma alanında mutlak anlamda faaliyet göstermesini ve bu faaliyetin *etki doğurucu nitelikte* olmasını ifade eder²². Başka bir deyimle adalete erişim ya da adaletin gerçekleştirilmesi talebi, hukukî korunma talebinde bulunmanın garanti edilmesine yönelik birey talebini ifade etmektedir²³. Bu yüzden de adaletin gerçekleştirilmesi talebi, şekli bir kamusal haktır.

Adalete erişim, bu yöndeki başvuruda, muhatabın sadece devlet olduğı bir talep olanağını ifade etmektedir. Zira hakkında hüküm kurulması istenilen karşı tarafın olması, adalete erişimin unsuru değıldir. Bu yüzden de kanımızca adalete

¹⁸ Tuluay, Bülow'un bu hususta Wach'a sert eleştirilerde bulunduğunu nakleder. Tuluay, Dava İlişkisi, s. 116 dn. 45.

¹⁹ Demircioğlu, s. 105; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 235; Umar, Ders Kitabının, s. 498; Yılmaz, Hukuk Davaları Bakımından, s. 55; Yılmaz, Medenî Hukuk ve Usul Reformu, s. 473; Mitsopoulos, s. 119. Bu sosyal devletin de bir gereğıdir. Bkz. Akkan, s. 31; Ansay, Hukuk, s. 200; Belgesay, Teoriler, s. 131; Gündüz, s. 131; İldır, s. 393; Ökçesiz, Adalete İlişkin s. 47; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 41.

²⁰ Belgesay, Dava Teorisi, s. 6, 54; Üstündağ, Medenî, s. 268.

²¹ Alangoya /Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 201; Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 50 dn.115; Yılmaz, Islah, s. 31 vd; Yılmaz, Usul Ekonomisi, s. 248; Adaletin yerine getirilmesi talebinin usûlün amacı olduğı daha sıklıkla dile getirilmektedir. Blomeyer, Rechtsschutzanspruch, s. 31; Rechberger/ Simotta, Grundriş, kn. 11 vd (s. 14 vd); Saenger, Nomos Komm., Einf. kn. 9 (s. 3); Vollkommer, Zöller Komm., Einl. kn. 48.

²² Belgesay, Teoriler, s. 15 vd; Berkin, Medenî, s. 15; Gündüz, s. 131; Özbek, Adalete Erişim, s. 908; Christoph, Zivilprozessrecht, kn. 19 (s. 13) dn. 1; Markus, Zivilprozeşrecht, s. 2 kn. 4.

²³ Meier, Auflösung, s. 26 vd (3-72); Rechberger/ Simotta, Grundriş, s. 6, kn. 11.

erişim, bir dava ilişkisi kurmayı da ifade etmeyecektir. Kaldı ki dava ilişkisini adaletin gerçekleştirilmesi talebi şeklinde açıklamak, bu kavramın hangi hukukî kavramlar ile doldurulacağına ilişkin tereddüt ve boşluklara yol açacaktır²⁴.

3. Hukukî Korunma Talebi

a. Genel Olarak

Adalet erişim, şeklî bir kamusal hakkı ifade ederken, hukukî korunma talebi (*rechtsschutzanspruch*), maddî anlamda kamusal bir hakkın kullanılmasını ifade etmektedir²⁵. Bu açıdan, hukukî korunma talebi, bireyin, başvurusunda, devletten korunma talebine uygun ve doğru hüküm kurulmasını istemesidir²⁶. Burada muhatap, sadece devlet değil, devlet ile birlikte aleyhine hüküm verilmesi istenilen karşı taraftır. Bu sebepten da dava ilişkisi kurmayı ifade eden dava kavramı, hukukî korunma talebi ile ifade edilmektedir²⁷.

Dava, her ne kadar talebin muhatabının devlet olması açısından kamusal nitelikte ise de, bir başkasının maddî hakka ilişkin bir iddia ile mahkûm olması talebini içermekle de maddî hukukla organik bir bağ içindedir²⁸. Dava ilişkisi ise, dava açılmakla taraflar arasında oluşan hukukî durumun, devletin yargılama sahasındaki görünümü şeklinde ifade edilmektedir²⁹. Bu özelliği nedeniyle ki,

²⁴ Özbek, Adalet Erişim, s. 908; Üstündağ, Medenî, s. 277, dn. 20.

²⁵ Bu ayırım ilk defa *Degenkolb*'ün 1877 tarihli "Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere Anerkennungsklagen" adlı eserinde teori sahada tartışılmış ve ileri sürülmüştür (Naklen Mes, Peter, Der Rechtsschutzanspruch, Prozessrechtliche Anhandlungen, Heft 28, 1970, s. 15); *Kleinfeller*'in 1905 tarihli "Lehrbuch des Civilprozesses" isimli eserinde "soyut ve somut dava hakkı" şeklinde yapılmıştır (Naklen, Hellwig, Klagrecht, s. 8).

²⁶ Özekes, Hukukî Dinlenilme, s. 50 dn. 115; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 41; Üstündağ, Medenî, s. 268, 269; Habscheid, neuere Entwicklung, s. 181, 182 vd; Habscheid, Streitgegenstand, § 15 2; Vollkommer, Zöller Komm., Einl. kn. 49.

²⁷ "Dava, mahkemeden verilecek bir hükümle, bir iddia üzerinde hukukî korunmanın sağlanması dileğidir." İBK, 0.12.1964, E.1964/3, K.1964/5 (RG 12.12.1964, Sayı:11880). Postacioğlu, Medenî, s. 179, 180.

²⁸ Belgesay, Dava Teorisi, s. 54; Berkin, Medenî, s. 57; Karafakih, Hukuk, s. 6; Kuru, / Arslan/ Yılmaz, Medenî, s.235; Önen, Medenî, s. 53, 54; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 293.

²⁹ Bu sebeple Roma Hukukunda bireyin iddiası önceden belirlenmiş actiolarla karşılanmadığında, preatorlar tarafından ileri sürülen maddî hakkın bünyesine uygun yeni actioların yaratılması yoluna gidilmiştir. Arslan, Dürüstlük, s. 39 vd; Gürten/ Küçük, s. 471; Karadeniz, s. 118 vd.; Henckel, Prozeßrecht, s. 41, 349.

dava ilişkisi içinde, taraflar usûlî işlem yapabilecekleri gibi, bir kopma söz konusu olmadığından maddî hukuksal işlem de yapabileceklerdir. Ancak bu alan devletin yargılama sahasının görünümü de olduğundan yapılacak usûlî işlemlere ait bazı sınırlamaların var olması da kaçınılmaz olacaktır.

b. Hukukî Korunma İhtiyacı

Devletin hukukî korunma talebinin muhatabı olması ve gereğini yerine getirmesi, bu hususta talepte bulunanların hukukî korunma ihtiyacı içinde olmaları durumunda söz konusu olacaktır. Başlı başına bir sübjektif menfaatin ihlâl uğramış olması ya da ihlâl tehlikesi, yeterli olmayıp, bu durumun bireyi, mutlaka dava yoluyla hukukî korunma ihtiyacı içine çekmiş olması gerekmektedir³⁰.

Hukukî korunma ihtiyacı, yargısal faaliyet yoluyla hukukî bir koruma elde etme ihtiyacı olarak ifade edilmekte olup, bu ihtiyacın güncel, hukukî ve meşru olması gerekmektedir. Güncellik bu kapsamda davaya getirilen menfaatin muaccel ve mevcut olmasını ifade edecektir. Örneğin, davacının muaccel olmamış alacak kalemi için eda davası açmasında bu menfaatin günceliğinden bahsedilemeyecektir. İhtiyacın hukukîliği ise, talep sahibinin hukuken dikkate değer bir menfaatin sahibi olmasını ifade etmektedir. Örneğin arsanın yabancı bir kişi tarafından işgal edilmesi halinde, işgalin önlenmesine ilişkin menfaatin arsa sahibine ait olması beklenecektir. Ancak bu kıstas, dava hakkının mutlak surette hak sahibi tarafından kullanılmasını değil³¹, kullanılan dava hakkının konusunu oluşturan menfaatin, kendisinin ya da adına hareket ettiği hak sahibinin korunma ihtiyacını ifade etmektedir³². Bu sebepten dolayıdır ki biz dava takip ehliyeti (yetkisi) kullanılarak medenî yargılama sahasında üçüncü kişilere ait hakların da doğrudan korunabileceğini söyleyebiliriz. İhtiyacın meşru olması ise, menfaatin ileri sürülmesinin hukuk kurallarına aykırı olmamasını belirtmektedir. Bu sebeple, amcanın ahlakî bir vazifenin yerine getirilmesi için

³⁰ Üstündağ, Medenî, s. 269; Rechberger/ Simotta, Grundriß, kn. 267 (s. 174).

³¹ Hanağası, Menfaat, s. 151.

³² Hanağası, hukukî menfaat kavramını bir hakkın ihlâlî iddiasında bulunabilmek şeklinde usûlî ve hak sahipliği olgusundan arınmış olarak değerlendirmekle birlikte, iddia edilen husunun yapılacak inceleme sonucunda bir hakka ilişkin korunmaya yönelik elverişli olmaması durumunda verilecek kararın esastan ret olması gerektiğini belirtmektedir.

yeğenine verdiklerinin geri istenilmesine ilişkin hukukî menfaati, yeğene karşı meşruluk taşımayacak ve dava ilişkisinin kurulmasına engel olacaktır (BK m. 62)³³.

Hukukî korunma ihtiyacının bu şartlar altında varlığı halinde taraf bu ihtiyacının karşılanması için devlete başvurabilecektir. Aksi halde devlet talebi karşılamayacak ve istenilen husus bir davayı gerektirmekte ise o davaya bakmayacaktır. Hukukî korunma ihtiyacının olması halinde ise, devlet talep üzerine *kendisinden beklenildiği şekilde* hukukî koruma ihtiyacını karşılamak durumundadır³⁴.

c. Usûlî Talep

Tarafın dava açmakla bulunduğu talebin, kural olarak somut belirli bir sübjektif menfaate dayandırılıyor olması, maddî taraf teorisi yönünde ileri sürülen düşünceleri³⁵ çağrıştırmaktadır. Yargılama faaliyeti, dava konusu yapılan hakkın ya da objektif hukuka ilişkin talebin maddî hukuktaki durumunun incelenmesi ve usûlî açıdan ifade edilmesi olduğundan³⁶, medenî yargılama hukukunun maddî hukukla olan bağlantısı yadsınamaz³⁷.

Öğretide medenî yargılama hukuku sahası, ilk olarak devletin soyut maddî hukuk kuralında belirtilen hakkın talep edildiği ve söz konusu hukuk kuralının öngördüğü yükümlülüklerin olduğu bir alan olarak değerlendirilmiştir. Bu görüşe göre, medenî yargılama hukuku sahası, sübjektif hakka ilişkin emir ve yükümlülüklerin olmadığı bir sahadır. Talep edilen de, talebe ilişkin yükümlülükler

³³ Bu hususta menfaatin meşru olması, tıpkı hukukî olmasındaki gibi iddia edilip edilmeme ile ilgili olacak ve bu hususta yüklendiği anlam, dava edilen sübjektif hakkın hukukî ve ahlakî açıdan talep edilebilirliği ile esas bakımından değerlendirmeyi gerektirecektir. Aynı yönde bkz. **Hanağası**, Menfaat, s. 152 vd.

³⁴ Bu konuda devlet, taraflarca getirilenler ve tespit edilenlere göre mutlak bir yükümlülük taşımaktadır. **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medenî, s. 41; Ayrıca bkz. **Meier**, Auflösung, s. 31.

³⁵ **İlhan**, Dava Teorisi, s. 738.

³⁶ **Henckel**, Prozessrechts, s. 5, 12.

³⁷ **Jauernig**, medenî yargılama hukuku kurallarının maddî hukuk kurallarının varlığına bağlı olmasını, “var olmaya bağlılık” olarak nitelendirir. Zira ona göre maddî hukuk olmaksızın yargılama hukuku da var olamaz. **Jauernig**, Materielles, s. 328.

de uygulanması istenilen maddî hukuk normu dolayısıyladır³⁸. Bu sebeple de medenî yargılama hukuku, bağımsız bir sahayı ifade etmemektedir³⁹. Medenî yargılama hukukunun maddî hukuk olarak anlaşılması, öğretilde eleştirilmiştir⁴⁰. Haklı olan bu eleştiriler, hükmün şartlarını düzenleyen medenî yargılama hukukunun, verilecek hükmün içeriğini düzenleyen maddî hukuk normundan farklı olduğu noktasından hareket etmiştir⁴¹. Onlara göre, medenî yargılama hukuku, yargı organı önünde hukukî korunma talebine yönelik görülen yargılamada tarafların davranışlarını düzenleyen normları, maddî hukuk ise, hukuksal koruma konusunda bir yargı organının aracılığı olmaksızın sübjektif hakka ilişkin doğrudan davranış sergileyebildiği yaşam alanını ifade etmekteydi⁴². Bu nedenle medenî yargılama hukuku sahası, maddî hukuk sahasından ayrıdır ve bağımsızdır. Bu sahada hâkimin yargılamayı gerçekleştirip yürütmesine ilişkin görev ve yetkileri ile tarafların usûlî işlemlerde bulunması gibi maddî hukukla hiç bağlantısı olmayan bazı görev ve yetki normları uygulama bulacaktır. Örneğin, hâkimin kendiliğinden isticvaba karar vermesi, taraflara soru sorması, tarafın delil göstermesi, kanun yoluna başvurusu gibi normlar, sadece yargılama hukuku sahasına aittir. Bu kapsamda davacının talebi de sadece yargılama hukuku sahasına ait bir talep olarak değerlendirilecek ve dava açılmakla maddî hukuka ait talebin usûlî talebe dönüştüğünün düşünülmesi⁴³, kanımızca hatalı olacaktır. Sadece tespit davasının talep sonucu dâhi, maddî hukuktaki haktan bağımsız bir usûlî talebin olduğunu açık bir şekilde ortaya

³⁸ Yargılama sahasında sübjektif hakka ilişkin emir ve yükümlülükleri düzenlenmesine uygun olmaması. **Goldschmidt**, Prozeß, s. 1.

³⁹ **Goldschmidt**, Zwei Beitrage, s. 126 vd.

⁴⁰ **Blomeyer**, Zivilprozessrecht, s. 3 vd.; § 30 VII 2, s. 144 vd.; **Brehm**, Stein/Jonas Komm., vor § 1 kn. 45; **Dölle**, Pflicht, s. 289; **Lent**, Zur Unterscheidung s. 344; **Niese**, Doppelfunktionelle, s. 105; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 1 kn. 23 (s. 7); **von Hippel**, s. 319; **Zeiss**, Arglistige, s. 32.

⁴¹ **Neuner**, s. 6, 12.

⁴² **Belgesay**, Dava Teorisi, s. 13 vd; **Henckel**, Prozessrecht, s. 24, 25.

⁴³ **Winscheid**, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856, s. 222 vd (Naklen **Rimmelspacher**, Materiellrechtlicher, s. 3).

koymaktadır⁴⁴. Usûlî talep, her şeyden evvel usûlî işlemlere konu olmakla ve yargı organına yöneltilmiş olmakla maddî talepten ayrılır.

Bu sonuçlar, usûlî talebin, maddî hak ile bir bağlantısının olmadığı ve olamayacağı anlamına da gelmeyecektir⁴⁵. Örneğin, eda davasında usûlî talep, maddî talep ile özdeş unsurları içerdiğinden, feragat ve kabul gibi işlemler her iki sahaya ait talepler için ayrı ayrı aynı etkiyi; davanın açılması gibi işlemler ise her iki sahaya ait talepler için farklı etkileri doğuracaktır. Keza boşanmak, önalım hakkını kullanmak gibi yenilik doğuran hakların kullanılması da ayrıca usûlî talep olarak yargılama sahasına aktarılması ve onun üzerinden hüküm kurulmasıyla söz konusu olacaktır.

Şu halde, usûlî işlemlere konu olmak bakımından bağımsız kabul edeceğimiz usûlî talep, medenî yargılama faaliyetinin konusunun sübjektif menfaatin korunması olması dolayısıyla maddî hukukla bağlantılıdır. Bu bağlantı dolayısıyla maddî hakka ilişkin yaşanacak değişiklikler, usûlî talep bakımından görmezlikten gelinemeyecektir⁴⁶. Örneğin, uyuşmazlık konusunun itfa nedeniyle sona ermesi, tarafların sulh yapmaları, görülen yargılamada usûlî talep hakkında karar verilmesini gereksiz kılacaktır. Ayrıca altlama faaliyeti dolayısıyla maddî hukuka ait vakıaların kullanılması ile maddî hukuk sahasından medenî yargılama hukuku sahasına ve de verilen hüküm kesinleşmekle dava konusu yapılan talebin medenî yargılama hukuku sahasından maddî hukuk sahasına aktarılması ile de bir bağlantı kurulacaktır. *Henckel*, bu ilişkiyi, '*değiş tokuş ilişkisi (Wechselbeziehung)*' olarak nitelendirir⁴⁷. Bu nitelendirme, gerçek bir tespiti içermekte ve maddî hukuk ile medenî yargılama hukuku arasındaki ilişkiyi doğru olarak ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, usûlî talep, maddî hukuka ait talep kavramı ile özdeş olarak kullanılamayacaktır. Birbirlerine özdeş değillerdir, her biri ait olduğu sahanın kurallarına bağlıdır. Örneğin, bir eda davasında usûlî talebin geri alınmasının, maddî hukuk sahasındaki talep ile bir ilgisi olmayacaktır. Aralarındaki bağlantı, altlama

⁴⁴ Üstündağ, *Medenî*, s. 274; *Hellwig, Konrad*, *Anspruch und Klagerecht*, s. 155 (Naklen *Rimmelspacher*, *Materiellrechtlicher* s. 3); *Wach Adolf*, *Handbuch*, s. 19 (Naklen *Rimmelspacher*, *Materiellrechtlicher*, s. 3).

⁴⁵ *Habscheid*, *Streitgegenstand*, s. 21.

⁴⁶ *Henckel*, *Prozessrecht*, s. 25.

⁴⁷ *Henckel*, *Prozessrecht*, s. 26.

faaliyetinde maddî hakkın tartışılması dolayısıyla bulunmaktadır. Medenî yargılama sahası ise, kesin hükmün maddî bir gerçekliği ifade etmesiyle maddî hukuku etkileyecektir. Ancak bu durum, maddî hukuka ilişkin bir durum tespitini ifade edecek, maddî hukuka ait yeni bir hak ihdas etmeyecek⁴⁸, doğrudan hukukî korunma talebini etkileyecek⁴⁹ ve tespiti yapılan hukukî sonuç hakkında hiçbir şekilde artık farklı karar verilemeyecektir⁵⁰. Bu ayırım nedeniyle, bir işlemin bir alanda doğurduğu etki, sadece o alana ilişkin olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, davanın açılmamış sayılması kararı, dava açılmakla maddî hukukta meydana gelen sonuçları değil, sadece usûlî sonuçları ortadan kaldırmalıdır.

d. Usûlî Talebin Tarafı

Medenî yargılamanın ilk amacı özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesi olunca, medenî yargılama hukukunda uygulanacak ve tarafın bir diğer tarafla olan menfaat çekişmesine ya da menfaatinin tanınması isteminin karşılanmasına ilişkin çözüm maddî hukukta bulunacaktır. Bu sebeple, davanın tarafına ilişkin teorilere baktığımızda⁵¹, dava hakkının maddî hukukta hak sahipliğine bağlı olduğu ve hak sahibi tarafından kullanılacağına ilk olarak ileri sürüldüğü tespit edilebilecektir. Bu görüşe göre, bir hakka ilişkin uyuşmazlık konularında davanın görülmesini talep etmek, hak sahibi olmak ile bağlıydı⁵². Bu sebeple maddî hukukta hak sahibi olmayan tarafça açılan dava, dava şartı eksikliğinden dolayı reddedilecektir. Bir

⁴⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 524; Üstündağ, Medenî, s. 694. Sadece inşai hükümler mutlak anlamda şekli kesinleşmeyle dava konusu edilen maddî hukukî durumda doğrudan bir değişikliğe neden olur. Gürdoğan, Kesin Hüküm İtirazı, s. 48; Sungurtekin Özkan, İnşai Dava, s. 575.

⁴⁹ Musielak, Einige Gedanken, s. 426.

⁵⁰ Çenberci, Kesin Hüküm, s. 18; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 533; Musielak, Musielak Komm., § 322 ZPO kn 4, 9 (s. 1012, 1013).

⁵¹ Alangoya, Yavuz, MUHD, s. 130; Deren Yıldırım, Subjektif Sınırları, s. 20; Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s. 28; Sunar, s. 334; Tanriver, Derdestlik, s. 60; Üstündağ, Medenî, s. 387; Hüftege, Thomas/ Putzo Komm., vordem § 50 kn. 2; Lüke, W., Zivilprozessrecht, kn.98; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 40 kn. 4 vd (s. 235 vd).

⁵² Postacioğlu'na göre dava hakkı, maddî hukuktaki hakkın yaptırımı olan, ona bağlı fer'i nitelikte bir haktır. Postacioğlu, Dava Teorisi, s. 740, 742. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya, Tarafla İradi, s. 130; Deren Yıldırım, Subjektif Sınırları, s. 16; Pekcanitez, Feri Müdahale, s. 26; Sunar, s. 333; Tanriver, Derdestlik, s. 59; Üstündağ, Medenî, s. 268, 387; Yılmaz, Islah, s. 340 vd.

başka görüş ise, sadece malvarlığına ilişkin davalarda davanın tarafı olmanın hak sahipliğine bağlı olduğunu, diğer davalarda hak sahipliği aranmadan kişilerin bir davanın tarafı olabileceğini belirtmektedir⁵³. Bugün öğretilde hâkim düşünce, yargı organına başvurarak hukukî korunma talebinde bulunan herkesi davanın tarafı olarak görmektedir⁵⁴. Maddî hukukta hak sahibi olmak, davanın tarafı olmak bakımından önem taşımamaktadır. Bu nedenden dolayıdır ki, menfî tespit davalarında hak sahibi olmayan kişinin açtığı davada, davacı hak sahibi olmamasına rağmen taraf olabilmektedir⁵⁵. Tarafın dava konusu yapılan hak ile olan maddî hukuk bağlantısı, bu nedenle yargılamada tespiti gereken bir faaliyettir. Bu ise taraf sıfatı ile ilgilidir⁵⁶. Yani yapılan yargılama sonucunda verilecek hüküm, tarafın maddî hukuk sahasında hak sahibi olup olmadığını gösterecektir.

Biz, dava hakkının anayasal temelleri barındırmakla, maddî hukuktaki talep kavramından daha farklı olduğunu düşünmekteyiz. Adalet erişim, hak sahipliği olgusuna bağlı olmaksızın herkesin yargı organına başvurarak hukukî koruma talep edeceğini içerdiğinden⁵⁷, bir davanın tarafı olmak, bu başvurunun sahibi ya da muhatap alınması olmaya bağlı olacaktır. Bu sebeple davanın tarafı, dava dilekçesinde hakkında hüküm kurulması için davacı ve davalı olarak gösterilenlerdir.

B. Davacı Yoksa Hâkim Yoktur Kuralı

Medenî yargılama hukukunun ilk amacı tarafların sübjektif menfaatlerinin gerçekleştirilmesi olunca, bunun gerçekleştirilmesi için hem kendisine yönelinen devlet ve hem de devlete başvuran taraf bazı yükümlülükleri yerine getirmek durumundadır. Devletin yükümlülüğü, sosyal bir hukuk devleti olmaya bağlı anayasal bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük ise, ancak etkin ve etkili bir hukukî

⁵³ De Boor, Zur Lehre, s. 51.

⁵⁴ Weber, s. 102 vd.

⁵⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medeni, s. 203; Tuluay, Ders, s. 108; Baumgärtel, Einführung, s. 5.

⁵⁶ Alangoya, Tarafta İrâdi Olarak, s. 138.

⁵⁷ Bu hak sübjektif kamusal bir hak olup, bu hakla ilişkin düzenlemelerden yararlanma hakkından taraf, feragat edemez. Tuluay, Ders, s. 36, 37; Ballon, Einfluß, s. 462, 464; Dolinar, s. 60; Fashing, Rechtsschutzverzichtsverträge, s. 432; Holzhammer, Zivilprozeßrecht, s. 3.

koruma⁵⁸ sağlanarak⁵⁹ gerçekleştirilecektir. Bu konuda yargı organının sorumluluk taşıması, sübjektif menfaatinin korunması için bir taraf talebi varsa (HUMK m. 72, Tasarı m. 30) ancak söz konusu olabilecektir⁶⁰. Bu talep olmazsa, yargı organı harekete geçmeyecek ve yargılama faaliyeti başlamayacaktır⁶¹. Bu ilke, 'talep üzerine harekete geçme ilkesi' olarak (*Antragsgrundsatz*) adlandırılır⁶². "Bir yerde davacı yoksa hâkim de yoktur" (*Ne procedat iudex ex officio*)⁶³ şeklinde ifade edilen bu kural, öğretide medenî yargılama hukukunun maddî hukuk ile olan organik bağı ile açıklanmıştır⁶⁴. Medenî yargılama hukukunun temel amacı, sübjektif hakların gerçekleştirilmesi olduğundan bunun için harekete geçecek olan da hakkı ihlâl edilen ya da ihlâl edilme tehlikesi altında bulunan taraf veyahut da objektif hukuk kuralının uygulanmasını isteyen ilgili olacaktır. Burada, anayasal garanti altında olan irade özgürlüğünün yargılama hukuku sahasına bir yansıması söz konusudur⁶⁵.

⁵⁸ Etkin hukukî koruma, ihtilafa ilişkin gerçeğin ortaya çıkarılmasını, etkili hukukî koruma ise söz konusu gerçeğe mümkün olduğunca kolay, süratli, ucuz ve güven içinde ulaşılmasını ifade etmektedir.

⁵⁹ Pekcanitez, Genel Olarak, s. 78; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 42; Benda/ Weber, s. 287.

⁶⁰ HGK 17.10.1973, İKİD s. 2535; Ansay, Hukuk, s. 145; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 183; Ercan, Richter, s. 33; Karafakih, Hukuk, s. 73; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 228; Üstündağ, Medenî, s. 239; Ballon, Einführung, s. 25; Blomeyer, Zivilprozessrecht, s. 89; Gehrlein, Zivilprozessrecht, s. 89 kn. 1; Hartmann, Baumbach Komm., Grundz § 253 kn. 6; Melissinos, s. 30, 97; Ottomann, s. 90, 91; Vogel, Grundriss, s. 157 kn. 9.

⁶¹ Fransız Usul Kanunu taraf talebi ile bağılılığı temel alan tasarruf ilkesini ilk maddede düzenlemiş ve yargılamanın ancak taraf iradesi ile açıklanabileceğini belirtmektedir. CPC Article 1; 'Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi.' Tarafın verdiği dilekçe hükmün tanınacağı iradesini de içerir. Bkz. Hellwig, Prozesshandlung, s. 59 dn. 8. Schreiber'a göre taleple harekete geçmek, başlı başına tasarruf ilkesini açıklamayıp, sadece yargılamanın başlatılmasının taraf tasarrufunda olduğunu gösterir. Schreiber, s. 190 Ayrıca bkz. Lüke, W., Zivilprozessrecht, kn. 6 (s. 7).

⁶² Gehrlein, Zivilprozessrecht, s. 89; Guldener, Schweizerisches, s. 148; Hartmann, Baumbach Komm., Grundz § 128 kn. 19; Holzhammer, Zivilprozeßrecht, s. 125; Konrad, Klagrecht, s. 11; Leipold, Verfahrensbeschleunigung, s.335; Stürner, Verfahrensgrundsätze, s. 650.

⁶³ "Ne procedat iudex ex officio" Bkz. Blomeyer, Zivilprozessrecht, s. 90. Ayrıca bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 229.

⁶⁴ Degenkolb, "Beiträge zum Zivilprozeß – Der Streit über den Klagerechtsbegriff" s. 45 (Naklen Mes, s. 15); Gehrlein, Zivilprozessrecht, s. 89; Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 24 kn.36; Hartmann, Baumbach Komm., Grundz § 253 kn. 3; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 24 I (s. 84).

⁶⁵ Önen, Medenî, s. 140 vd; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 228. Bu hususta bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarı madde 29 hükümet gerekçesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, s. 18 (29. madde, Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metinde 30. madde olarak teselsül ettirilmiştir). Ayrıca bkz. Jauernig, Zivilprozessrecht, § 24 I (s. 84); Schreiber, s. 190.

Biz yukarıda vurguladığımız gibi, menfaat çatışmasından dolayı yargılama hukukunun taraf insiyatifine ve taraflarca getirilenlere göre düzenlenmesini doğru bulmaktayız. Bu yasama tercihi, eşyanın tabiatı gereği ile de uyumlu olacak ve aynı zamanda basit, hızlı ve ucuz bir yargılama yapılarak gerçek hayat olayının tespitine ve doğru hüküm verilmesine yol açacaktır. Taraf talebi ile yargı organının harekete geçmesi ise, anayasanın hak arama özgürlüğünün yargılama hukuku sahasına yansması olarak değerlendirilmelidir. Nasıl medenî hukuk sahasında kişinin hakkı üzerinde tasarruf etmesi irade özgürlüğüne terk edilmişse, hukukî korunma talebinde bulunmak da irade özgürlüğü ile bağlantılıdır⁶⁶. Ancak bu özgürlüğün temelinde anayasal garanti altında olan hak arama özgürlüğü bulunmaktadır. Bu sebeple dava hakkının kullanılması, maddî bir hakkın kullanılması değil, anayasal bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilmelidir.

“Bir yerde davacı yoksa hâkim de yoktur” şeklindeki kural, medenî yargılama hukukunun tamamına ait bir taraf hâkimiyetini ifade etmeyip, sadece yargılamanın başlatılmasının taraf insiyatifinde olduğunu göstermektedir⁶⁷. Hukukî korunma talebi yoksa, bir yargılama faaliyetinin başladığı da söylenemeyecektir⁶⁸. Bu kural, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun mevcut 72. maddesinden çıkarılabilecektir (Tasarı m. 30). Söz konusu maddede yer alan, hâkimin taraf talebi olmaksızın kendiliğinden bir davayı tetkik edemeyeceği ve çözemeyeceği ifadesi, talep üzerine harekete geçme kuralının yargılama hukukumuzda geçerli olduğunu bize göstermektedir⁶⁹.

⁶⁶ Stalev, s. 165; Bötticher, Besprechung von Henckel, s. 1, 25; Grunsky, Grundlagen, s. 18 vd; Schilken, Zivilprozessrecht, s. 179, kn. 340.

⁶⁷ Ercan, Richter, s. 34; Karafakih, Hukuk, s. 74; Schreiber, s. 190.

⁶⁸ “Nemo iudex sine actore” ve “iudex ve procedat ex officio” ifadeleri biri tersten ifade edecek şekilde mahkemenin kendiliğinden bir yargılamayı başlatamayacağını, yargılama faaliyetlerinin sadece tarafça harekete geçirilebileceğini ifade etmektedir. Kölz, s. 5; Rechberger/ Simotta, Grundriß, kn. 267 (s. 174).

⁶⁹ Bu kural, başka usûl kanunlarında da geçerlidir. Fransa Medenî Yargılama Kanununun 1. maddesi “Kanunda aksi yazılmadıysa taraflar sadece yargılamayı başlatırlar. Taraflar hükümle ya da kanun gücünden dolayı yargılama sona ermezden evvel yargılamayı sona erdirmeye özgürlüğüne sahiptir” düzenlemesini içermekle, Alman Medenî Yargılama Kanununun 253. maddesinin 2. fıkrasında davanın açılmasını sağlayan dava dilekçesinde dava konusuna ve sebeplerine yönelik belli bir talebin bulunması gerektiği belirtilmekle, 01.04.1992 yürürlük tarihli Neuchtel Usûl Kanununun 53. maddesi; “Taraf talebi olmaksızın hâkim yargılamaya başlayamaz” şeklindeki düzenlemesini içermekle, 2011’de yürürlüğe girecek İsviçre Yargılama Kanununun değişik maddelerindeki (46, 53, 54 vs) ifadelerden talep üzerine harekete geçme ilkesinin geçerli olduğu

Davacı yoksa dava da yoktur kuralı, sadece medenî yargı ihtilaflarında değil, idarî yargı, sosyal güvenlik ve iş yargılamasında da geçerlidir⁷⁰. Bu kural, sadece ceza yargılamasında geçerli değildir⁷¹. Ceza hukuku alanında hakkı ihlâl edilen kişinin talebi aranmaksızın kamu düzenini korumakla görevli olan savcının iddiası üzerine yargılama başlamaktadır. Esasen bu yargılamada da yine bir talep vardır, ancak talebin sahibi, hukukî korunma talebinin konusunu oluşturan hakkın sahibi değildir⁷². İstisnası bulunmakla beraber geçici hukukî önlemlerde ve çekişmesiz yargı işlerinin çoğunluğunda da yine talep üzerine harekete geçme kuralı geçerlidir⁷³. İlk derece mahkemesinin verdiği karara karşı üst yargı yollarına başvurmada da yine irade özgürlüğü ve talep üzerine harekete geçme söz konusu olacaktır⁷⁴. Kural, bu sebeple sadece ilk derece mahkemesinden hukukî koruma talebini ifade ediyor olması şeklinde dar anlaşılmamalıdır⁷⁵.

Davacı yoksa dava da yoktur kuralı, karşılık davaların görülmesi bakımından da geçerli bir kuraldır. Davalı talep ederse, mahkeme davalı hakkında açılan bir davada karşı tarafa ait hak iddialarını da inceleyecektir. Hakkında dava açılan davalının, davacı tarafa ait hak iddialarını yargılamaya getirmesi ve hakkında hüküm verilmesini istemesi de, irade özgürlüğü ile açıklanacaktır. Davalı talebi olmaksızın, hâkimin, davalının da davacıdan alacaklı olduğuna karar verme yetkisi olamayacaktır⁷⁶.

Açılan davanın esastan reddi için ise, davalı tarafın bir talebi aranmayacaktır. Zira mahkemenin görevi, dava edilen usûlî talebin tanınması ve korunması olunca, bu görevin gereği olarak talep edilen usûlî talebin reddedilmesi için ayrıca davalı

anlaşılmaktadır. 2009 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 30. maddesinde yer alan ve tasarruf ilkesini medenî yargılama sisteminde hâkim ilke olarak sistematize eden düzenlemenin ilk fıkrası da talep üzerine yargılama faaliyetinin başlayacağını düzenlemektedir.

⁷⁰ Fenn, s. 120.

⁷¹ Baur, Aktivität, s. 187.

⁷² Schreiber, s. 190, 191.

⁷³ Kuru/Arslan /Yılmaz, Medenî, s. 613; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 649, 650.

⁷⁴ Guldener, Zivilprozeßrecht, s. 148.

⁷⁵ Schreiber, s. 191.

⁷⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 331; Blomeyer, Außerprozessuale, s. 439, 441; Hässemeyer, sogenannte "Prozeßaufrechnung", s. 215 vd; Schaad, s. 80.

tarafın talebi gerekmeyecektir⁷⁷. Bu sebeple, davalının davaya cevap vermemesi dava konusu usûlî talebin ve ona ilişkin iddiaların kabul edilmediği şeklinde anlaşılmalıdır⁷⁸. Bu hususta özellikle hâkim, ispat yükünü taşıyan tarafın ispat imkânsızlığını aşmak için kendiliğinden harekete geçemeyecek ve dosyada tespitini yaptığı itiraz sebeplerinin varlığını kendiliğinden dikkate alacaktır.

Davacı yoksa dava da yoktur kuralı, mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu hallerde de söz konusu olup, taraf teşkilinin sağlanamamış olması, davanın bu sebepten dolayı görülmesine engel olacaktır⁷⁹. Mecburi dava arkadaşlığı davacı taraf için aranmakta ise, usûlî talebin gerek maddî hukuka ait gerekse yargılama hukukuna ait sebeplerden dolayı taraflara bölünmesi mümkün olmayıp, davanın bütün ilgilileri tarafından birlikte açılması gerekmektedir. Bu talepte bulunmuş olmak için bir zorunluluktur. Mecburi dava arkadaşlığının davalı tarafta bulunması durumunda ise bu unsur, davacının davalı tarafta bütün ilgilileri göstermesi ile gerçekleşecektir. Aksi halde, hukukî korunma talebi eksiklik taşıyacaktır.

Bir yerde davacı yoksa hâkim de yoktur kuralının ifade ettiği diğer bir husus, kişinin çekişme konusu sübjektif hakkını yargılamaya getirme konusunda zorlanamayacağıdır (Tasarı m. 30 f. 2)⁸⁰. Bu konuda karar verme ve bir yargılamanın başlatılıp başlatılamayacağını belirleme yetkisi kural olarak tarafa aittir. Kural bu olmakla beraber, grup davalarında bu hususta farklı bir durum söz konusudur. Bu davalar her ne kadar yetkili bir taraf ya da organ tarafından açılmakta ise de, davayı açan ve talepte bulunanın dışında konuyla ilgili talep etme hakkına sahip olan bütün şüphelerin en azından farazi olarak davacı tarafta birleştiği kabul edilmelidir⁸¹.

⁷⁷ Hellwig, Handlungen, s. 60. Musielak'a göre yargılamada taraflar zaten karşılıklı bir konumda bulunduklarından davanın reddedilmesi için davalının ayrıca bir talepte bulunması aranmamaktadır. Musielak, Bindung, s. 350, 351.

⁷⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 320.

⁷⁹ Beinert, s. 25 vd.; Ottomann, s. 93.

⁸⁰ "Invitus agere nemo cogatur" Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 305; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 228; Blomeyer, Zivilprozessrecht, s. 90; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, s. 185 kn. 1.

⁸¹ Ottomann, s. 93.

C. Talep Üzerine Harekete Geçme Kuralının Sonucu: Hâkimin Hüküm Verme Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Tarafın hukukî koruma talebinde bulunmasının meydana getirdiği ilk sonuç, bu hususta yetkilendirilen yargı organının önüne gelen uyuşmazlığı çözmek zorunda olmasıdır⁸². Hâkimin bu husustaki yükümlülüğü, tarafın hak arama özgürlüğü ve bu özgürlüğün anayasal teminat altında olması dolayısıyladır⁸³. Hâkim ise, bu talebin karşılanması için yargılamayı hem idare edecek hem de yargılama faaliyetini ifa ederek usûlî talep hakkında hüküm verecektir⁸⁴.

Hâkim, hukukî korunma talebini incelemek, buna ilişkin yargılama faaliyeti yapmak ve hüküm vermek zorundadır⁸⁵. Davanın maddî anlamda yürütülmesi ve sonuçlandırılmasını ifade eden bu duruma ilişkin hâkime verilmiş yetkiler, dar anlaşılmamalıdır. Hâkim sadece kanunî düzenlemeyi uygulayan konumunda değildir. Kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle önüne gelen uyuşmazlığı çözmekten kaçınmaz. Yasama organı tarafından öngörülme ve çoğu zaman teknolojiye bağlı olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıklar konusunda da, hukukî korunma talebinde bulunanın talebini incelemek ve hüküm vermek zorundadır. Bu halde hukuk yaratarak taraf talebini karşılayacak olan hâkimin görevi, genel anlamda hukukun tesis edilmesidir⁸⁶.

2. Iura Novit Curia (Uygulanacak Hukuk Kuralının Tespiti)

Yargılama hâkimi, uyuşmazlıklarının çözümü konusunda ne salt altlama işlevi gören bir görevli⁸⁷ ne de uyuşmazlığın halli için çalışma yapan bir sosyal psikolog olarak⁸⁸ görülmelidir. Maddî anlamda davayı yürüten hâkim, hukukî açıdan

⁸² Hergenröder, s. 239; Mes, s. 37.

⁸³ Ballon, Einfluß, s. 462; Benda/ Weber, s. 301.

⁸⁴ Koch, M., s. 26.

⁸⁵ Koch, M., s. 26.

⁸⁶ Baur, Aktivität, s. 192; Dütz, Funktionswandel, s. 369.

⁸⁷ Rasehorn, Reform, s.1167.

⁸⁸ Özbek, Adalete Erişim, s. 918; Dütz, Funktionawandel, s. 382.

çatışan taraf menfaatlerini tespit edecek ve çözecektir. Ancak bu yükümlülük, talep edilenin yerine getirilmemesi ya da sosyal yapının zarar görmemesi endişesi ile değil, hukukun uygulanmaması endişesi ile yerine getirilecektir⁸⁹. Aksi halde hâkim bir taraftan sübjektif menfaatlerin gerçekleşmesi konusunda tarafların endişesini paylaşacak ve onlarla birlikte dava malzemelerinin yargılamaya getirilmesi konusunda ortak sorumluluk taşıyacak, diğer taraftan ise sosyal yapının korunması adına taraf iradesine aykırı olarak kendiliğinden harekete geçebilecektir⁹⁰.

Hâkimin getirilen hayat olayına uygulanacak hukuk kuralını tespit etmesi ve uygulaması, “*Hâkim hukuku kendiğinden uygular*” (*Iura Novit Curia*)⁹¹ yargılama kuralı ile ifade edilmektedir. Hukukumuzda bu kural Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 76’da düzenlenmiştir (Tasarı m. 39). Bu düzenlemeye göre, hayat olayının yargılamaya getirilen vakıalarını esas alan hâkim, hangi hukukî gerekçe altında (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vs.) vakıaları değerlendireceğine karar vererek uyuşmazlığı çözecektir⁹².

Hangi hukukî sebep altında vakıaların değerlendirileceği meselesi, hâkimin davayı görme yükümlülüğü altında değerlendirilen ve taraf tasarrufuna kapalı bir husustur. Taraflar hangi hukuk kuralını hâkimin vakıaya uygulaması gerektiğine ilişkin anlaşma yapma ya da tek taraflı tasarruflarda bulunma yoluyla hâkimi sınırlandıramazlar⁹³. Bu hususta ancak dolaylı olarak etkide bulunabilirler. Örneğin, hayat olayına ilişkin bazı vakıaları getirmeyerek, sadece belli bir hukukî gerekçe altında altlama yapılmasına yol açacak vakıaları yargılamaya getirerek istedikleri hukukî sebep altında hâkimin hukuku uygulamasını sağlayabilirler. Dava

⁸⁹ Meier, Iura, s. 3.

⁹⁰ Fashing, mühsama Weg, s. 306; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 78 kn. 25 vd (s. 499 vd.).

⁹¹ “*Iura Novit Curia kuralı ve onu takip eden hâkimin yükümlülüğü, bütün kapsama giren hukuk normlarına göre tespit edilen hayat vakıasını dava dilekçesi üzerinden hüküm için altlamaktır*” Bader, s. 68; *Hâkimin hakkı ve yükümlülüğü, tarafların getirdiklerini bütün olası hukukî noktalar açısından incelemektir*” Blomeyer, Zivilprozessrecht, s. 112, 113.

⁹² Akil, s. 9; Postacioğlu, Hukuki Sebep, s. 509; Postacioğlu, Tecrübeler, s. 348; Guldener, Zivilprozeßrecht, s. 155, 156; Walder, Offizialmaxime, s. 5.

⁹³ Guldener, Zivilprozessrecht, s. 156; Kölz, s. 11; Kummer, Klagerecht, s. 72 vd.; Müller, s. 26, 29 dn. 28; Nikisch, Streitgegenstand, s. 31; Schlosser, Buchbesprechung von Meier, s. 438; Schwab, Streitgegenstand, s. 183 vd.

dilekçesinde hukukî sebebin gösterilmesi bir zorunlu unsur olarak aranmakta ise de⁹⁴, gösterilen hukukî sebebin hâkimi hukuk uygulamasında bağlayacağı düşünülmemelidir. Hâkimin hukuku uygulaması, hukukî korunma talebinin karşılanması konusunda hâkime yüklenilen görev ile açıklanmalıdır⁹⁵. Bu görevin emredici yapısı, hukukun vakıalara uygulanmasında taraflara tercih hakkı vermeyecek kadar bir mutlaklığı içermektedir⁹⁶. Hâkim bu yüzden, hukuku uygularken taraflarca getirilen hukukî sebebe bağlı kalmayacak ve usûlî talebin birden fazla hukukî sebep altında haklılık taşıyor olması durumunda en uygun, taraf için en elverişli hukukî korumayı sağlayan hukukî sebebe göre hükmünü verecektir⁹⁷. Bu sonuç, medenî yargılama hukukunda “*da mihi factum, dabo tibi ius*” (*bana vakıayı ver, ben de sana hakkını vereyim*) şeklinde ifade edilmektedir.

Hâkim hukuku uygularken öncelikle yazılı kuralları özü ve sözüyle uygulayacaktır (TMK m. 1)⁹⁸. Bu uygulamasında hâkim, başkaca yorum metodlarından (tarihi vs.) da yararlanacaktır. Yazılı bir hukuk kuralının yokluğu durumunda ortaya çıkacak kanun boşluğu, yazılı olmayan hukuk kuralları (örf adet

⁹⁴ Özkes, Hukuki Sebep, s. 756; Postacıoğlu, Tecrübeler, s. 350; Aksi yönde bkz. Akil, s. 5.

⁹⁵ HGK, 23.01.2008, 4-7/24, www.kazanci.com.tr; Üstündağ, Medenî, s. 464; Böttcher, Besprechung von Bettermann, s. 315.

⁹⁶ HGK, 11.04.1990, 1-152/236, YKD 1990/11, s.1607; 1.HD, 14.12.1990/14086/14697, YKD 1991/9, s. 1309; HGK, 03.11.1993, 460/699. Alangoya, İlkeler, s. 96; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 310.

⁹⁷ “...Hâkimin bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddî vakıalar ve netice talepleriyle bağlı olup dayandıkları kanun hükümleriyle ve onların hukukî tavsifleriyle bağlı olmadığı ve kanunları re’sen tatbik ederek iddia ve müdafaadaki netice talepleri karara bağlamakla mükellef bulunduğu...” İBK, 04.06.1958, E.15, K.6 (RG, 01.10.1958/10021); 4. HD, 28.05.2003, 6307/7090, www.kazanci.com.tr; Akkan, s. 31, 38; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 302; Hâkimin kendiliğinden hukuk kuralını uygulaması, uygulanacak kuralın yabancı hukuk kuralı olması halinde de söz konusudur. Yabancı kanun hükmünün varlığının ispat edilmiş olması şartı (HUMK m. 76), taraflar arasındaki uyumsuzluğa Türk kanun hükümlerinin mi, yabancı kanun hükümlerinin mi uygulanacağını hâkim tarafından tespit edileceği ve tespit edilen hukuk kuralının somut olaya uygulanacağı kuralını değiştirmez. Bkz. Nomer, s. 48.

⁹⁸ Uluslararası sözleşmelerdeki kurallar da hâkimin bağlı olduğu yazılı kurallar olarak değerlendirilmelidir. Türkiye, 1948’de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan hakların her yerde tanınması ve uygulanmasını hedef alan (giriş gerekçesinden) AİHS’ni 18.05.1954’de onaylamakla (RG 19.05.1954, Sayı: 8662), bildiride yer alan esaslarla Türk hâkiminin bağlanmasını sağlamıştır. HUMK’a öncelikle 445/A maddesi eklenmek suretiyle (4771 Sayılı Kanun), sonradan ise söz konusu hükmün yürürlükten kaldırılıp m. 445 f. 1’e 4793 Sayılı Kanun ile eklenen b. 11 ile bu durum bir yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmaktadır. Türk hâkimi bu sebeple hükmünü, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye (ve gerekçesi olan İHEB’ne - gerekçesinden) veya eki protokollere göre karar vermek durumundadır. Bkz. Anayasa m. 90; Kaboğlu, s. 261; Teziç, s. 9, 10, Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar 8. Bası, München 2006, § 19 kn.37 (Naklen Akkan, s. 37).

hukuku) tarafından doldurulacak⁹⁹, bunun mümkün olmaması durumunda ise ortada bir '*hukuk boşluğu*' olacak ve hâkim somut olayın altlanacağı hukuk kuralını artık kendisi yaratacak ve olaya uygulayacaktır¹⁰⁰.

Hukukun hâkim tarafından uygulanması kapsamına, somut olayda uygulamak durumunda kaldığı ve fakat Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü hukuk normunun Anayasa Mahkemesinden iptalinin istenmesi ve elindeki davaya başvurusunu bekletici mesele yapması da hâkimin kendiliğinden hukuku uygulaması kapsamında değerlendirilecektir. Mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurusunun nedeni, tarafın bu hususta ciddi kabul edilen itirazı olsa da, yapılan başvuru, hâkimin hukuku uygulaması kapsamında düşünülmelidir (Anayasa m. 152)¹⁰¹.

Hukuku uygulamak ve hukukî korunma taleplerine cevap vermek zorunda olan¹⁰² hâkimin, hukukî korunma taleplerini karşılarken adaleti de temin etme yükümlülüğünün olduğu söylenebilecektir¹⁰³. İlk olarak şu tespiti yapmamız gerekir ki, bu yönde ileri sürülen düşünceler, pozitivist hukuk anlayışına, tabii hukuk anlayışının vazgeçilmez değerlerini dâhil etmektedir¹⁰⁴. Bu durumda hâkimin hukuk uygulamasında vardığı sonuç, hukukta olduğu kabul edilen hakkaniyet, insan onuru, kişilik değerleri gibi değerlerle uyumlu olmalıdır¹⁰⁵. 17. yy'da tabii hukuk ekolü

⁹⁹ Akipek/ Akıntürk, s. 98; Gürdoğan, Özel Hukuk s. 19; Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 12; Oğuzman/ Barlas, s. 84; "Örf ve teamül hakkında usulen tahkikat icra edilmek lazımdır." 3. HD'nin 1929 tarihli kararı (Naklen Velidedeoğlu, s. 106, dn. 2).

¹⁰⁰ Aybay, A., Adalet, 146; Oğuzman/ Barlas, s. 87 vd; Üstündağ, Medenî, s. 15.

¹⁰¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 228.

¹⁰² Anayasa m. 36 f. 2; "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz"; HUMK m. 573 f. 1: "Hâkim ve icra reisi aleyhine aşağıda yazılan sebeplere binaen tazminat dâvası ikame olunabilir:..... 6- İhkakı haktan istinkâf olunması." ve m. 574 f.1: "İhkakı haktan istinkâf, kanunen kabule şayan olan bir arzuhalî bilâ mucip reddetmek veyahut bir dâva rüyeti hazır bulunmuş ve sırası gelmişken bir takım vâhi özürler beyaniyle hakikaten suikasitten naşi rüyetine teşebbüs ve devam etmektir."; TMK m. 1 f. 2: "Kanunda bir hüküm yoksa, hâkim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir."

¹⁰³ "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." Anayasa m. 138 f. 1 ve "Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir." TMK m. 4.

¹⁰⁴ Esasen hukukî pozitivism yaklaşımı geleneksel çizgisinden ayrılmakta ve hukuk anlayışı genişlemektedir. Uygur, s. 145 vd.; Hart, s. 15 vd.

¹⁰⁵ Gözler, Hukuka Giriş, s. 263. Hâlbuki Kelsen, hem hukuka itaat etmek hem de ahlâkı izlemek suretiyle ondan ayrılmada mantıksal bir çelişki bulunduğunu düşünmektedir. Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, s. 374 (Naklen, Hart, s. 15).

tarafından savunulan ‘*hukukta evrensel değerlerin bulunduğu*’ iddiası, 19. yy’da savaş, ekonomik buhran, toplumsal bunalım ve çöküş gibi sebeplerle dinamik adalet (zaman ve mekâna göre değişken) kavramı¹⁰⁶ adı altında hukuk uygulaması içinde değerlendirilmiştir¹⁰⁷.

Anayasa m. 138’te hâkimin vicdani kanaatine ve Türk Medenî Kanunu m. 4’te hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceğine ilişkin düzenlemelerin anlamı, acaba hukuk pozitivizminin değişen ifadesi midir? Biz hukuk uygulamasına ilişkin bir belirsizliğin olmaması gerektiğini, hukuk güvenliğinden taviz verilmeksizin hukukî pozitivizm içinde hukukun uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz¹⁰⁸. Mevcut kanuni düzenlemeler ve hâkime tanınan yetkiler (TMK m. 1)¹⁰⁹, kanaatimizce bu husustaki endişemizi de ortadan kaldıracak güçtedir. Anayasa m. 138’e göre vicdani kanaate ve Türk Medenî Kanunu m. 4’e göre hak ve hakkaniyetle karar vermesi ile karşılaştığı örtülü boşlukta¹¹⁰ nasıl karar vereceği konusunda hâkim, hukuk dışında kalmaya yönelik kendisine bir yetki verildiğini düşünmemelidir; sadece somut olaya ilişkin olarak verilecek hükmün hâkim tarafından yadırganmamasını temin etmektedir¹¹¹. Bu hususta hâkimin elinde

¹⁰⁶ Yılmaz, Usul Ekonomisi, s. 248, 249.

¹⁰⁷ Can/ Güner, s. 30, 31; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 395; Hukukî pozitivizm de bu sebeple bir çehre değişikliğine uğramıştır. Esnek hukukî pozitivizm anlayışına ilişkin felsefî yaklaşımlar konusunda bkz. Uygur, s. 148 vd; “*Hukukçular gerçekte pozitif hukuk kuralları ve içtihatlar dünyasında yaşamakta, adliye kültür ve uygulaması yaşamlarına egemen olmaktadır. İşte hukuk uygulamasındaki bu bilimsel ruh eksikliği adli reform veya etkinlik sorununa karşı duyulan ilgisizliği de kısmen açıklar niteliktedir.*”, Yücel, s. 26; Haksızlık karşısında hukukçunun duruşunun bir farkı olmak zorundadır. Bu fark onun görevi, bilinci ve yetkinliği olduğu kadar gücü ve yükümlülüğü de olmaktadır. Ökçesiz, Hukuk ve Siyaset, s. 18, 117.

¹⁰⁸ Gözübüyük, Hukuka Giriş, s. 18; Kırca, s. 109.

¹⁰⁹ HGK, 29.11.2003, 21–18/35, İBD 2004/4, C.78, s. 1639; HGK, 15.10.2003, 10–531/567 (kazanci.com.); 19. HD, 08.07.2004, 12100/8151; Akyol, Çelişki Yasağı, s. 287; Oğuzman/ Barlas, s. 88; Öztan, s. 156.

¹¹⁰ “Kanun koyma politikası, hâkim toplumsal anlayış ve gerçek hukuk açısından yeterli görülüyor ise gerçek olmayan boşluk vardır.” Meier- Hayoz, Arthur, Berner Kommentar, Art. 1 ZGB Bern 1962, kn.275 (Naklen, Kırca, s. 95).

¹¹¹ Arslan, Dürüstlük, s. 51, 53, 54, 56, “...dürüstlük genel kuralının usulde uygulanması kabul edilerek, hâkime tarafların davadaki davranışlarını kontrol ve değerlendirmede bir ölçüt verilmesi gerekir. Bu genel kuralın uygulanması halinde hukuk güvenliği zarar görmez. Aksine, hâkimin elindeki bu objektif ölçüt hâkimin hisleri ile tarafların işlem ve davranışlarını değerlendirmesini ve davayı yönlendirmesini de önler.....dürüstlük kuralının objektif niteliği ile tarafların ve hatta hâkimin usuli yetkilerinin sınırlarını belirleyeceğini, bu yetkilerin tanınma amacının kullanılıp kullanılmadığını kontrole yarayacağını kabul zorunludur...” s. 59; Berkin, Tatbikatçılara, s. 424 vd.; Bilge/ Önen, Medenî, s. 299 vd.; Önen, Medenî, s. 182; Baumgärtel, Treu (gute Sitten), s. 91 vd.; Guldener, Treu, s. 652.

kullanabileceği vasıtalar olarak dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı bulunmaktadır. Dürüstlük kuralı, esasen hâkimin hukuku uygulamak konusunda sahip olduğu yetkilerin somut münferit olaya indirgenerek uygulanmasında varılan yargının (sonuç)¹¹², genel hukuk ilkelerine¹¹³ ve bu ilkelerin ifade ettiği değerlere¹¹⁴ uygunluk taşımasını ifade etmektedir¹¹⁵. Hâkim bu hususta bir ihlâlin bulunup bulunmadığını kendiliğinden gözetecek¹¹⁶ ve bir ihlâli tespit ettiğinde medenî yargılamada dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğmasını önleyecektir¹¹⁷. Bu durumda hâkimde vicdani kanaatin oluşumunu, *Özekes*; “*vicdani*

¹¹² “Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine...” İBK 30.09.1988, E.1987/2 K.1988/2, YKD 1989/2 s. 1-15. “İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuru ile iş belli zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK. 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshedilmesi ileriye etkili sonuç doğurur” İBK, 25.01.1984, E. 1983/3 K. 1984/1, www.kazanci.com.tr. Ayrıca bkz. 3. HD, 14.06.2004, 5997/6790, www.kazanci.com.tr.

¹¹³ “Örtülü boşluklar kanunun amacının gerektirdiği istisnanın eklenmesi veya geniş kanun lafzının somut olaya uygulanmaması yoluyla doldurulur.” *Kırca*’ya göre söz konusu boşluklar esasen gerçek boşluk olarak kabul edilmelidirler ve bu hususta getirilecek sınırlama amaca uygun olmalıdır. *Kırca*, s. 114.

¹¹⁴ *Özcan*, s. 109.

¹¹⁵ *Aybay*, A., Adalet, s. 145, 146; *Gözler*, Hukuka Giriş, s. 267; *İşıktaç*, Hukuk Normunun, s. 27, 28, 113; *Karayalçın*, s. 98; Bu kapsamda bir kuralın adil olması, adaleti temin edebilme iddiasını içermeli ve her hukuk kuralının temelinde olan analitik gerekçelendirmeye açık bir aykırılık taşımamalıdır. Bkz. *Zaluski*, s. 467.

¹¹⁶ *Akyol*, Çelişki Yasağı, s. 61; *Akyol*, Dürüstlük, s. 11; *Arslan*, Dürüstlük, s. 47; *Tanrıver*, Tasarı, s. 645.

¹¹⁷ HGK 25.05.2006, 6-288/304, YKD 2006/10, s. 1573; 1.HD, 23.02.2006, E.2005/14392/ K.2006/1778, YKD 2006/5, s. 715; *Akkan*, s. 65; *Akyol*, Dürüstlük, s. 17; *Arslan*, Dürüstlük, s. 65; *Gökyayla*, s. 404; *Özekes*, İcra Hukukunda, s. 50; *Lorenz*, Gebot s. 58; “İsvBK 402/II’ye (BK m. 294) göre kusurlu olmadığını ispatlamakla müvekkil vekilin vekâlet dolayısıyla uğradığı zararları ödemekten kurtulabilecekken, vekâlet görevinin ücretsiz yapılması ve vekâlet dolayısıyla müvekkilin kusuruna dayanmayan bir zararın meydana gelmesi durumunda (örneğin, sahibinin sağlık nedeniyle işi yapamaması sebebiyle, onun ricasını kırmayarak ağaçtaki meyveleri toplayan komşunun işi yaparken düşüp kolunu kırması durumunda meydana gelen zararın tazmin edilmesinde m. 294’ün elverişsizliği) meydana gelen örtülü boşluk hakkaniyet esaslarına göre doldurulmalıdır. BGE 61 II 95, 98 (Naklen. *Kırca*, s. 102, dn. 68); *Konuralp ve Tercan*, ‘Medenî Hakların Şümülü’ olan 747 sayılı eski MK m. 2 düzenlemesi madde başlığının, 2001 tarihli Türk Medenî Kanunu (Sayı:1721 m. 2) ile ‘Hukukî İlişkileri Kapsamı’ şeklinde düzenlenmesi ile amacın bu olmamasına rağmen medenî usul ve icra iflâs hukuku açısından dürüstlük kuralının

kanaate göre karar vermek, keyfi karar vermek değildir. Bu sebeptendir ki, hukukun kabul ettiği vicdani kanaat, objektifleştirilmiş, keyfiliğe izin vermeyen bir sübjektivitedir; soyut ve genel olan hukuk kuralları, sübjektif bir husus olan vicdani kanaatin mümkün olduğunca en objektif şekilde ortaya çıkmasını sağlamaya çalışır”¹¹⁸ şeklinde ifade etmektedir. Atalay bu hususu, hâkimin sadece kişi olarak kendisinin değil, aynı zamanda makul bir üçüncü kişinin de ikna olabileceği kanaati şeklinde objektif gerçekleştirilmiş sayma olarak nitelendirmiştir¹¹⁹. Biz bu düşüncelere hak vermekte olup, kamu kanaatinin hâkim tarafından görmezlikten gelinemeyeceğini kabul etmekteyiz. Bu yaklaşımın ancak pozitif gerekçeler ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği¹²⁰, pozitif gerekçe olarak da eleştirel ahlaki¹²¹, evrensel değerleri, hukukun genel ilkeleri¹²² ve anayasal esasları¹²³ görmekteyiz. Bu

sınırlayıcı bir nitelik taşıdığına ilişkin tereddütlerin oluşabileceğini belirtmişlerdir. Konuralp/ Tercan, s. 17, 18.

¹¹⁸ Özkes, Ülkemizde, s. 6. Özkes’in bu yaklaşımı hukukî pozitivizmin geleneksel katı yapısının kırılmasına ilişkin günümüz hukuk anlayışını ortaya koymaktadır. Aynı yönde bkz. Berkin, İngiltere, s. 336; Feyzioğlu, M., s. 106 vd.; Karakehya, Duruşma, s. 249; Mumcu, s. 156 vd. Hart’ın hukukun kurallar dışında hukukî standartları içermesine ilişkin yaklaşımı (Essay in Jurisprudence and Philosophy, s. 158) ile toplumsal ahlak kavramı yaklaşımı (Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Çev. Öz, E., Ankara 2000, s. 28), MacCormick’in eleştirel ahlakilik yaklaşımı (eleştirel veya temel anlamındaki ahlakiliğin normatif bir düzenle ilgili olması, My Philosophy of Law adlı eserinden), Coleman’ın ayrılabilirlik tezi ve yaklaşımı (Coleman, Negative and Positive Positivism) pozitivist hukuk taraftarlarının hukukun kurallar dışında ahlaki nitelikte olan ilkelere de oluştuğunu artık kabul ettiklerini bize göstermektedir. Ayrıntılı felsefik tartışmalar için bkz. Hukukî Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?, Uygur, s. 145 vd. “Nesafet temelde adalet kavramı ile ilgilidir. Ancak burada söz konusu olan, hukukun vaz ettiği genel kuralın özel durumlarda neden olacağı adaletsizlikleri bertaraf etmektir.” Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 225; “Amaca uygun sınırlama yoluyla kanunun düzeltilmesi pozitif hukukun değerlerine göre açıklanabilir nitelikte, bu değerlerle uyum içerisinde olmalıdır.” Kırca, s. 109; Hart, bu durumu pozitif ahlakın hukukî dayatımı olarak ifade etmektedir. Hart, s. 28. Bu yaklaşımı dikkatli değerlendirmek ve kanaatimizce ‘hukukun işlevini, bir ahlak ilkesini dayatmak olduğu şeklinde’ anlamamak gerekir. Bu yaklaşım medenî yargılama hukukunun sadece yalın teknik sübjektif amacın gerçekleşmesine yönelmeyip, aynı zamanda zayıfın korunması, yargılama neticesinde ulaşılan hukukî sonucun kamusal kanaat tarafından yadırganmamasını esas almaktadır. Arens, Grundprinzipien, s. 10; Baur, Beitrag s. 193; Bettermann, Verfassungsrechtliche, s. 63; Dütz, s. 370, 392.

¹¹⁹ Atalay, O., s. 41.

¹²⁰ Arens, bunun kendisine medenî yargılamanın pozitivistliği ile uyumlu gözükmediğini, ancak yargılamanın medenî yargılamanın anayasaya uyumlu olmasının iyi olduğunu, ancak bu hususta pek çok belirsiz noktalar bulunduğunu belirtir. Arens, Grundprinzipien, s. 11.

¹²¹ Hart, s. 51, 52.

¹²² Tanrıver, bu ilkenin kanun değişikliği ile açıkça usûl hukukunda da geçerli olduğunun vurgulanması gerektiğinden bahsetmektedir. Tanrıver, Hukuk Yargısında, s. 80.

¹²³ Metin, Ballon, Einfluß, s. 484; Benda/ Weber, s. 298; Dütz, s. 370.

değerler toplumsal harç oluşturmakta ve kamu düzenini temin etmektedirler¹²⁴. Bu durumun zarara uğraması ya da buna ilişkin bir tehdide maruz kalması durumunda, bahsi geçen değerler hukuksal pozitivizm içinde kabul edilmeli ve değerlendirilmelidir. Yoksa hâkimin ihlâli halinde sadece üzüntü duyduğu ve sübjektif değer yargısı olarak uygulanması gerektiğini düşündüğü ahlak anlayışı ile prensipleri, hukuk dışı ahlak ve objektifleştirilmemiş sübjektif değerler olarak görülmelidir. Biz şu durumda söz konusu değerlerin kullanılması açısından gerçek boşluk (TMK m. 1) ile örtülü boşluk (TMK m. 2) arasında fark görmemekteyiz¹²⁵. Hâkim her iki durumda da aktif konumdadır ve temel hukuk ilkelerine bağlı kalarak her iki madde kapsamında faaliyette bulunacaktır¹²⁶. Bu faaliyet ile de hakkaniyete aykırı görülen sonucu engelleyecektir.

Adalet kavramı ise yukarıdaki esaslardaki objektiflik unsurları taşımayıp, göreceli bir kavram olup, objektif olarak tanımlanamaz¹²⁷. Zira adalet kavramının objektif ve evrensel bir ölçüsü bulunmamaktadır¹²⁸. Kavramın görecelikten çıkması ise ilk olarak yasama organının bunu gözeterek kanun yapmasıyla, yani hukuk alanına taşınmakla mümkün olabilecektir. Adil olanın ne olduğunu belirlemek yetkisini hâkimin sübjektif değer yargılarına bırakacak olursak¹²⁹ ve bunu hukuku uygulamasında kullanmasını beklersek, bu durum hukuk güvenliğini tehdit edecektir. Hâkimin yargılama sonucunda vardığı sonucun haksızlık taşıması durumunda başvurabileceği kurum ve yolların oluşturulması ve üst önermenin adaletle uygunluğu

¹²⁴ 11.HD., 19.10.2004, E.2003/13676, K. 2004/10051. Bu hususa ilişkin açıklamalar için bkz. **Atalay, O.**, s. 125 vd.

¹²⁵ Aralarındaki farklılığı sübjektif menfaatten kaynaklanan uyumsuzlığa ilişkin düzenlemenin yer alıp alamamasına bağlamak gerekmektedir. **Kırca**, s. 97 vd.

¹²⁶ Ancak bu her iki kavram, amaca uygunluk sınırlanması esas alınarak birbirleri yerine kullanılmamalıdır. Aksi halde hangisinin uygulanacağı sorunu ortaya çıkar. Örneğin, BK m. 183'e göre hasar ve yararın parça borçlarında da çeşit borçlarında olduğu gibi malın teslimi ile geçmesine ilişkin yaklaşımı Atamer TMK m. 2 kapsamında görürkeni Kırca TMK m. 1 kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. **Atamer**, 148 vd; **Kırca**, s. 107 dn.85.

¹²⁷ **Gözler**, Hukuka Giriş, s. 265, "Bir normun adillliği sorunu, o normun belli bir hukuk düzeninin esinlendiği ideallere cevap verip vermediği sorundur" ve "...adelet sorunu, hukukun deontolojik sorundur." s. 56; **Güriz**, Hukuk Başlangıcı, s. 224.

¹²⁸ **Hafizoğulları**, s. 66; **Gözler**, Hukuka Giriş, s. 263; **Güriz**, Hukuk Başlangıcı, s. 227.

¹²⁹ "...sosyal ahlak kurallarının belirleyicisi toplumun kendisidir. Kişisel ahlak ise kişinin vicdanından kaynaklanır." **Güriz**, Hukuk Başlangıcı, s. 25 ve s. 15; **Brandenburg**, s. 71, 59; **Kramer**, s 88 vd, 110.

hukuk devleti olmakla ilintilidir¹³⁰. Bu görev ise zamanında sahih- gayrisahih ayrımı yapan Medenî Kanun (şimdi TMK) düzenlemesinin yasama yoluyla değiştirilmesinde olduğu gibi kendisini bir yasama değişikliği ile¹³¹ ya da aynı konuda Kanun değişikliği yapılmadan evvel tarihli verilmiş örneğindeki gibi bir İçtihadı Birleştirme Kararı¹³² yahut da açık düzenlemelerle ifade edilmekle¹³³ kendisini gösterecektir¹³⁴. Aksi halde hâkim, toplumda oluşan egemen ahlakî değeri (pozitif-paylaşılan ahlak), temel hakları¹³⁵ ya da kabul edilebilir insanî değerleri dikkate alarak hukuk uygulamasını bireyin subjektif menfaatine indirgeyecektir¹³⁶. Bu yolla dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, somut olayın hukuka uygunluğuna hizmet etmektedir¹³⁷. Bu ölçü sosyolojik anlamda toplum olmanın

¹³⁰ Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 224; Kaboğlu, s. 386 vd.

¹³¹ Yasama organı, yeni normlara ihtiyaç duyulup duyulmadığını araştırmakla görevli olmalıdır. Aral, Hukuk İlmini, s. 239.

¹³² “Tabii babalığına hükmolunan, gayri sahih nesepli olup Medenî Kanun’un 3678 sayılı Kanunla değişik 443 üncü maddesi uyarınca, babasına mirasçı olurlar.” İBK 22.02.1997, E.1996/1 K.1997/1.

¹³³ Dürüstlük kuralı medenî yargılama mevzuatımızda doğrudan bir düzenlemeye sahip değildir. Ancak HUMK’un değişik maddeleri usul yargılamasında dürüstlük kuralının uygulanmasına ilişkin düzenlemeleri (HUMK m. 230, 313, 319, 421, 422, vs.) içermektedir.

¹³⁴ Teziç, s. 77, 78.

¹³⁵ Lorenz, grundrechtliche Anspruch, s. 629.

¹³⁶ Gözler, Hukuka Giriş, s. 263, 264; Kırca, s. 114; Oğuzman/ Barlas, Medenî, s. 184; Özkes, Ülkemizde, s. 6; “İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ortaya çıkan başlıca iki etken, positif hukukun da yetersizliğini göstermiştir. Bu etkenlerden ilki, sosyal ve ekonomik gelişmelerle ilgili olup, bunların karşılamada positif hukuk yetersiz kalmıştır. Bu nedenle yargıçlar ve diğer hukukî yetkililer, ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak adına, positif hukuk dışındaki daha genel ilkelere başvurumaktadırlar.” Uygur, s. 170; “Hukukî pozitivistler ise, ahlakiliğin hukukî kararlarda rol oynayabileceğini, hukuk devletiyle birleşen değerlere hukuk sistemlerinde yer verilebileceğini belirtmektedirler.” Uygur, s. 173; Dütz, s. 394.; Ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun, temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlâl eden olgular olup, yetki anlaşmasının bu hallere aykırı olarak yapılamayacağına ilişkin HGK 06.05.1998, 12-287/325. kazanci.com.tr. Dava açılabilmesinde de dürüstlük kuralı uygulanmakta olup, tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümün kuaför işyeri olarak kullanılmasından kaynaklanan men'i müdahale talebine ilişkin olarak dosyada fotokopisi bulunan noter onaylı muvafakatnameye göre, aynı binada 3 numaralı bağımsız bölüm maliki olan davacı B'nin dava konusu 2 numaralı meskende malik S'nin işyeri açmasına, çalıştırmasına, keza bu hususlarda kiraya vermesine rıza ve muvafakatının bulunduğunu bildirmiş olduğundan, bu açık muvafakatına rağmen davalı S'nin sözkonusu bağımsız bölümü işyeri olarak kullanmasının önlenmesini istemesinin TMK m. 2 ile bağdaşmayacağına ilişkin 18. HD, 06.02.2003, E.2002/11869 K.2003/927. www.kazanci.com.tr.

¹³⁷ HGK. 06.06.1979, E.78/14 – 190, K.79 – 799, Batider 1980, Cilt: X, Sayı: 3, s. 809; HGK. 09.06.1982, E.1979/15 – 1613, K.1982/565, ABD 1983 – 1, s. 68; HGK. 12.12.2001, E.11-1113/K.1150, kazanci.com.tr; 13.HD, 02.12.1991, 7217/10901, kazanci.com.tr; “Hâkimlerin görevi, usûl hukuku kuralları aracılığıyla maddî hukuktan doğan hakların gerçekleştirilmesini sağlamaktır.” Akkan, s. 58; Aybay, R. s. 32 vd.

zorunlu bir sonucu olup, hukuksal anlamda taraf menfaatlerini dengelemenin vasıtasıdır¹³⁸. Biz bu ölçüyü hukukî pozitivizm içinde değerlendirmekteyiz¹³⁹. Hâkimin bu değerlendirmesi, atılma faaliyeti sonucunun bir değerlendirmesini içerdiğinden istisnai bir özellik¹⁴⁰ gösterir. Ancak bu istisna ile hâkim, sadece doğru olan normu seçme konumundan çıkararak, dengeleyici adaleti temin etmeye yönelir¹⁴¹.

3. Kanun Yolunda Hukuk Uygulaması (Hukuka Uygunluk Denetimi)

Kanun yolundaki hukuk uygulaması hem ilk derece mahkemesinin kararını kontrol etmeyi hem de usûlî talep hakkında yeni karar verilmesini içermektedir. Hukukî denetimi ifade eden kontrol, ilk olarak ilk derece mahkemesinde maddî hukuk kurallarına uygun karar verilip verilmediği hususunu kapsar¹⁴². Bu husus, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 428 f. 1 b. 1 ve b. 5’de ifade edilmiş olup, hâkimin hukuk kuralını yanlış uygulaması ve maddî meseleyi yanlış takdir etmesi, mutlak bir bozma sebebi olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay, bu maddelere dayanarak hâkimin hukuku uygulamasında atılma faaliyetine konu küçük önermenin ona uygun olmayan büyük önerme altında altlamaya çalışılması ya da küçük önermenin yanlış tespit edilmesi ile ulaşılabilecek yanlış sonucu denetleyebilmektedir. Bu, 5236 sayılı Kanunla Hukuk Usulü Muhakemeleri

¹³⁸ Alangoya, İsviçre’de Yeni Bir, s. 99; Yavuz, C., s. 181. Bu ölçü kapsamına kanaatimizce bir kimsenin başkasında haklı bir güven oluşturup bu güvene aykırılık oluşturacak tarzda davranmasında (*Venire Contra Factum Proprium*) ve yasal olmayan sebeple kazanılan bir hakkın hukukî korumanın dışında bırakılmasında (*Nemo Auditur Prensibi*) da uygulanmalıdır. Bkz. Yavuz, Uygulama, s. 310, 311.

¹³⁹ Öktem, s. 179; Yüksel, s. 20; Stahlmann, s. 51.

¹⁴⁰ “Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukukî meseleleri sarıh olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat’i ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taallük eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. nun 2. maddesini fevkalâde zaruri olan hallerde sırf itimam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lâzımdır...” Schwarz, s. 201 vd. Aynı yönde bkz. İBK 25.01.1984, 3/1; Gökyayla, s. 403; Oğuzman, s. 408.

¹⁴¹ Erdoğan, s. 173; Güriz, Adalet Kavramının Belirsizliği, s. 32; Yüksel, Hukukun Yönelimindeki, s. 24.

¹⁴² Meier, İura, s. 76 vd.

Kanunu'nda yapılan üç dereceli kanun yolu değişikliğinde istinaf nedeni (m.426/m)¹⁴³ olarak düzenlenmiştir. İstinaf yargılamasının temyiz denetiminden farklı olarak aynı zamanda maddî olayı da değerlendiriyor olması, bu derecede hukuk uygulamasının kapsamını daha geniş anlamamızı gerektirecektir. Şu halde istinafta sadece uygulanan kuralın doğru uygulanmış olması ile değil, altlamaya giren maddî olayın doğru değerlendirilmiş olup olmadığı da girmektedir.

Hâkimin yargılamaya getirilen vakıaları bütün hukukî gerekçeler altında incelememesi ve altlamaması, yükümlülüğünü ihlâl etmek anlamına gelmeyebilir ve kanun yolu incelemesinin de kanımızca bir sebebini oluşturmayabilecektir. Zira hâkim, yargılamaya getirilen vakıaları taraf menfaatine (davacı) en uygun hukukî gerekçe altında altlamak ve hüküm vermekle yükümlüdür¹⁴⁴. En uygun hukukî gerekçe altında olumlu olarak altlanılan bir davaya ilişkin olarak, hâkimin neden diğer hukukî gerekçelerle altlama faaliyeti yapmadığı sorusu, kanımızca bir anlam taşımayacaktır. Ancak olumsuz sonuçlanmış bir davada getirilen vakıalarla altlamaya girmeyen hukukî sebeplerin bulunması, hâkim yükümlülüğünün bir ihlâli olarak değerlendirilmelidir¹⁴⁵. Bu ise, hem bir temyiz sebebi olacaktır (HUMK m. 428 f. 1 b.1)¹⁴⁶ hem de hâkimin hukukî sorumluluğuna (HUMK m. 573) yol açacaktır. Ayrıca mahkemenin bu durumda vereceği hükmün maddî anlamda kesinliği hâkimin üst önerme olarak kullanmadığı hukukî gerekçeleri içermeyeceğinden, bu gerekçelere dayanılarak aynı vakıalar getirilerek tekrardan dava da açılabilecektir¹⁴⁷. Kesin hüküm reddedilen davalarda altında altlama faaliyeti gerçekleşmeyen hukukî sebepler için söz konusu olmayacaktır¹⁴⁸.

Hâkimin hukuku uygulamak konusundaki ihlâl hareketlerinden biri de, tarafın getirmedığı vakıa iddiasına dayanarak yargılamayı sona erdirmesidir. Hâkim bu

¹⁴³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısı m. 377'te *hukukun yanlış uygulanmış olması*, temyizde bir bozma sebebi olarak düzenlenmiştir.

¹⁴⁴ **Wieczorek**, ZPO Komm., § 313 B IV b.

¹⁴⁵ Bu yönde düşünceler için bkz. **Bader**, s. 86; **Habscheid**, Streitgegenstand, s. 167; **Lent**, Zur Lehre (Streitgegenstand), s. 334; **Nikisch**, Streitgegenstand, s. 145; **Schwab**, Streitgegenstand, s. 101.

¹⁴⁶ **Meier**, Iura, s. 72.

¹⁴⁷ **Meier**, Iura, s. 73.

¹⁴⁸ **Kummer** bu sonucun sadece hâkimin hukuk kuralını uygulaması ile değil, taleple bağlılık kuralı ile de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. **Kummer**, s. 68. Anm. 1.

davranışını adaleti temin etme amacıyla da yapsa, kanımızca ihlâl hareketini gerçekleştirmiş olacaktır¹⁴⁹.

Hukuka uygunluk denetimi, karar mahkemesinin yargılama esaslarına uygun olarak yargılama faaliyeti yapıp yapmadığını da içermektedir¹⁵⁰. Bu husus, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (m. 428 f. 1 b. 2, b. 3, b. 4, b. 6) düzenlenmiş olup, karşı tarafın ileri sürmesi aranmaksızın, bir bozma nedenidir. 5236 sayılı Kanunla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan üç dereceli kanun yolu değişikliğiyle istinafta hukuk uygulamasının kapsamının (konusunun), tarafların ileri sürdükleri istinaf sebepleri ve kamu düzeni ile sınırlandığını tespit etmekteyiz¹⁵¹.

§ 5. DAVA KONUSU ÜZERİNDE TASARRUF İLKESİ

A. Genel Olarak

Hukuk devletinin bir gereği olarak bireyler hakları ihlâl edildiği ya da tehlikeye düştüğü durumda, hukukî koruma için devlete başvurmak zorunda olup, kendiliğinden hak arama yetkisine sahip değildirler. Bireylere tanınan bu hak, devletin anayasal teminatı altındadır. Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrası hükmü¹⁵², hak arama özgürlüğü adı altında hukukî koruma talebine yönelik bireylere gerekli anayasal teminatları vermektedir. Evrensel nitelikli¹⁵³ bu teminattan taraf

¹⁴⁹ Bu durumda talep edilen hayat olayının dışında karar verilmesi sebebiyle hükmün etkisizliği söz konusu olacaktır. **Blomeyer**, Urteilsgegenstand, s. 47 vd; **Jauernig**, fehlerhafte Zivilurteil, s. 156 vd.

¹⁵⁰ **Meier**, Iura, s. 77

¹⁵¹ Bu düzenlemeleri HMK Tasarısı m. 359 (istinaf için) ve m. 375'te (temyiz için) genişleyerek (hukukun uygulanması kapsamında genişleme sağlanarak) muhafaza edilmiştir.

¹⁵² "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

¹⁵³ Bu hususun doğal hukukta kökleri olan evrensel (pozitif hukuk üstü) bir kavram olduğuna ilişkin diğer düzenlemeler için bkz. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi m. 8 "Her şahsın kendisine Anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek şekilde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır.", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 f. 1 ilk cümle: "Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir."

vazgeçemez¹⁵⁴. Tarafın bu hakkını kullanması durumunda ise, devlet istenilen hukukî koruma talebine ilişkin doğru karar vermekle yükümlü olacaktır. Bu yükümlülüğün konusu usûlî talebi, yani dava konusunu ifade etmektedir.

Biz, usûlî talebin, taraflar arasında uyuşmazlığı doğuran hayat olayı ile bundan dolayı istenilen talep sonucu olduğunu düşünmekteyiz¹⁵⁵. Hâkim, yargısal faaliyetini bu usûlî talebe göre yapacaktır¹⁵⁶. Nasıl yargısal faaliyetin başlatılması taraf iradesine terk edilmişse¹⁵⁷, dava konusunun belirlenmesi de tarafa aittir. Bu hususlarda taraf iradesi, anayasal garanti altındadır¹⁵⁸.

B. Dava Dilekçesi Vasıtasıyla Dava Konusunun Belirlenmesi

Dava konusu, hem vakıa ve ispat sahası dışında kalan davanın kapsamı üzerinde taraf tasarruf özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi hem de bazı yargılama kurumlarının (kesin hüküm, derdestlik, dava değiştirme, objektif dava yığılması gibi) işlevinin belirlenmesi ve kullanılması bakımından aydınlatılması gereken bir kavramdır. Sınırlarının belirlenmiş ve açıklığa kavuşturulmuş olması, tasarruf ilkesi bakımından tarafın hâkimin görev sahasına ilişkin belirlemeyi yapmasına ve hâkimin de bu kapsamda görevini yerine getirmesine olanak verir. Bu ise aynı zamanda yargılama hukukunun diğer kavramlarının unsurlarının açıklanmasını da sağlar.

Dava konusunun Roma Hukukunda '*actio*' kavramı içinde maddî hukuk ile yargılama hukuku ayırımı yapılmadan kullanılması, medenî yargılama hukuku sahasında kavramın maddî hukukta verilmesi ya da yapılması öngörülen istem olarak tanımlanmasına ve maddî hukukta olduğu kadar yargılama sahasında da hakların oluştuğunun düşünülmesine neden olmuştur¹⁵⁹. Bu düşünceye karşı öğretilde iki teori

¹⁵⁴ Ballon, Einfluß, s. 464; Dolinar, s. 60; Fasching, Rechtsschutzverzichtverträge, s. 431, 432, 435; Holzhammer, Zivilprozeßrecht, s. 3

¹⁵⁵ Holzhammer, Zivilprozeßrecht, s. 2, 169.

¹⁵⁶ Karwacki, s. 17.

¹⁵⁷ Debernitz, s. 198.

¹⁵⁸ Lent, Zur Lehre (Entscheidungsgegenstand), s. 63; Melissinos, s. 15, 16; Musielak, Bindung, s. 349, 350; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 kn. 28 vd (s. 8 vd);

¹⁵⁹ Çenberci, s. 17; Üstündağ, Medenî, s. 694; Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis, 1888, s. 64, 112; Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905; Pohle, Gedanken über das

geliştirilmiştir. Bu teorilerden ilkinin savunanlar, talep kavramının muhatabı olarak devletin görülmesi gerektiğini düşünmüşler ve 'talep' kavramını, hukukî korunma talebi olarak¹⁶⁰ değerlendirmişlerdir. Şüphesiz bu yöndeki düşünce, esasen dava hakkının taşıdığı anlama yönelik bir düşünceydi ve bu yüzden de gerçek anlamda dava konusu teorisi değillerdi¹⁶¹. Aksi halde günümüzde medenî yargılamanın amacı ve dava hakkının kapsamına ilişkin tartışmalarda sıkça ileri sürülen adaletin temin edilmesi talebi lehinde ileri sürülen düşünceleri de dava konusu içinde değerlendirmek gerekecekti. İkinci teori ise usûlî teori olup, bu teoriyi savunanlar, medenî yargılama hukukunu, maddî hukuktan tamamen bağımsız değerleri ve bağımsız bir varlığı olduğu düşüncesiyle ayırtmışlar ve dava hakkına yönelik arzuyu içeren bağımsız bir 'usûlî talep' kavramına ulaşmışlardır. Bu teorinin bir kısım savunucuları, dava konusunun tek olduğu ve sadece dava dilekçesinde yazılı istem (talep sonucu) ile belirlendiğini ifade etmişlerdir¹⁶². Bu düşünce, hayat olayını dava konusu kapsamında değerlendirmemiştir. Zira onlara göre hayat olayının, talep sonucunun sadece ferdileştirilmesini ve diğer dava dilekçelerinden ayırtılmasını sağlayan bir fonksiyonu vardı. Bu teori derdestlik, dava değiştirme, objektif dava birleşmesi hususlarında uygulanabilir olup, kesin hükmün kapsamına ilişkin uygulanabilir değildir¹⁶³. Bu teorinin diğer bir kısım savunucuları ise, dava konusunun, talep sonucu yanında talep sonucunun temelinde yatan hayat olayı ile birlikte belirlendiğini ileri sürmüşlerdir¹⁶⁴. Bu teori bir hayat olayından çıkan maddî

Wesen der Rechtskraft, 1957 (Naklen **Vollkommer**, vor § 322 kn. 15, 16); **Reischl**, objektiven Grenzen, s. 71, 72; **Schwab**, Stand, s. 82, 83.

¹⁶⁰ Wach, Pohle, Blomeyer, Goldschmidts, Kuchinke, Schlosser tarafından savunulmuştur. Ayrıntı için bkz. **Brehm**, Stein/ Jonas ZPO Komm., vor § 1 kn. 239 vd.. Bu hususta ayrıca bkz. **Yıldırım**, Dava Konusu Teorileri, s. 30 vd.

¹⁶¹ **Hellwig**, Anspruch und Klagerecht, s. 151 (Naklen **Yıldırım**, Dava Konusu Teorileri, s. 30 ve **Schwab**, Stand, 84).

¹⁶² **Üstündağ**, Medenî, s. 473; **Böttcher**, Zur Lehre, s. 73 vd.; **Georgiades**, s. 163; **Hess**, s. 59; **Schwab**, Streitgegenstand, s. 184 vd, 199. Avusturya hukukunda *Kralik Winfried* ve *Dolinar H.* ve İsviçre'de *Meier* ve *Walder* bu teorinin savunucuları olmuşlardır (Naklen **Yıldırım**, Dava Konusu Teorileri, s. 33).

¹⁶³ **Baumgärtel**, Zur Lehre, s. 72; **Habscheid**, Streitgegenstand, s. 200 vd.

¹⁶⁴ **Grunsky**, Zivilprozessrecht, s. 91 kn. 116; **Habscheid**, neue Entwicklung, s. 181 vd; **Habscheid**, Streitgegenstand, s. 208 vd; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, § 37 IV (s. 155, 156); **Leipold**, Stein/ Jonas Komm. (22. Bası), § 322 ZPO kn. 101, 102; **Lüke**, G., Münchener Komm., vor § 253 kn. 33; **Lüke**, W., Zivilprozessrecht, kn. 162 (s. 156, 157); **Musielak**, Grundkurs ZPO, § 2 kn. 68 (s. 39); **Musielak**, Musielak Komm., Einl. kn. 75 (s. 18); **Reichold**, Thomas/ Putzo Komm., Einl. II kn.5; 15. basıdan itibaren **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 92 kn. 22 (s. 617);

hukuktaki bütün talep sebeplerini tek bir dava konusu altında değerlendirir. Böylelikle her bir talep sebebinin ayrı bir dava konusu oluşturduğuna ilişkin maddî hukuk teorisine yöneltilen eleştirileri kendisi için önleyebilmiştir¹⁶⁵. Örneğin, sözleşmeye aykırılıktan dolayı açılan bir dava görülürken aynı hayat vakıasının haksız fiilden dolayı yargılamaya getirilmesi durumunda dava sebebi farklı olduğu gerekçesiyle derdestlik itirazının söz konusu olamayacağına ilişkin yaklaşım ve eleştirilerde, dava sebebi olarak vakıa olgusu değil, vakıanın girdiği hukukî kalıp tartışılmaktadır. Bu ise söz konusu teorinin dava konusunun unsuru olarak gösterdiği hayat vakıasını değiştiren ve bu sebeple farklı iki davaya yol açan bir nitelik değil, hâkimin hukuku uygulamasıyla ilgili olarak tercih edeceği hukukî sebebi ihtiva eder. Eğer sorun hukukî sebebin kullanılacağı farklı bir vakıanın ileri sürülmesi ise, ileri sürülen vakıa görülmekte olan davanın ileri sürülmeyen bir kısmını oluşturmakta ise, iddia ve savunmanın değiştirilmesi genişletilmesi yasağından, yok eğer yeni davayla ileri sürülen vakıa görülmekte olan davadaki hayat olayından farklı bir hayat olayının vakıası ise, o zaman da görülmekte olan davada farklı bir hayat olayı olması sebebiyle derdestlik itirazından değil, farklı hayat olayına ilişkin yeni bir usûlî talepten söz etmek gerekecektir.

Dava konusunun medenî yargılama hukukuna ait bir kavram olarak değerlendirilmesi öğretide hem '*yeni maddî teori*'¹⁶⁶ adı altında hem de '*görecelik*

Schellhammer, Zivilprozess, kn. 126, 130 (s. 61 vd); **Schilken**, Zivilprozessrecht, s. 123 kn. 225; **Stürner**, Rechtskraft, s. 917, 918; **Vollkommer**, Zöller Komm., Einl. § 322 kn. 83; **Zeiss/Schreiber**, Zivilprozessrecht, § 44 s. 129 kn. 311. BGH taraflarca getirilmeyen vakıaları da kesin hüküm içinde değerlendirmektedir, JR 2005/2, s. 68, BGHZ 123, 137; Avusturya hukukunda bu teorinin savunucuları *Fasching, Holzhammer, Wolff, Neumann, Kralik R.* tarafından bu teori savunulmuştur (Naklen, **Yıldırım**, Dava Konusu Teorileri, s. 32). İsviçre hukukunda bu teoriyi savunanlar ise, **Kummer**, s. 72 vd.

¹⁶⁵ Bu kapsamda çift unsurlu dava teorisine yönelik eleştiriler kanımızca yanıltıcıdır. Bkz. **Hanağası**, Menfaat, s.120, 121; **Muşul**, Terdit, s. 99 vd, 113 vd.; **Tanrıver**, Derdestlik, s. 73; **Yılmaz**, İslah, s. 185.

¹⁶⁶ *Henckel*'e göre talep maddî hukuk hükümlerine göre altlandığından, talebin ferdileştirilmesi için maddî hukuk talebi olarak anlaşılması kaçınılmazdır. Talep, dava türünü ve talebin muhtevasını gösterirken, dava sebebi vakıalarla ferdileştirilen maddî hukuktaki hayat olayını ifade edip, dava konusu bunların bütününe göre belirlenir. **Henckel**, Parteilehre, s. 264 vd., 287. Aynı yaklaşım *Rimmelspacher*'de de görülmektedir. **Rimmelspacher**, Materiellrechtlicher s. 48, 107, 168. *Böhm*'e göre ise vakıalar kompleksi, belirgin bir sınırlaması olmayan hayat olayına göre belirlenemez. Sadece maddî hukuk normları, vakıalar kompleksi içinde altlamanın yapılabilmesi açısından anlam taşıyacak ve vakıalar ile talep arasında bağlantıyı sağlayabilecektir. **Böhm**, Ausrichtung, s. 109.

*teorisi*¹⁶⁷ adı altında değişik düşüncelerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu yönde değerlendirilebilecek son gelişmeler ise Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarında görülmektedir. Bu kararlar, derdestlik hususundaki yaklaşımıyla hem tek dava konusu kavramından ve hem de dava konusunun usûlî sahaya ait bir kavram olmasından ayrı bir dava konusu anlayışını barındırmaktadır¹⁶⁸. '*Çekirdek Nokta Teorisi*' (*Kernpunkttheorie*) adı altında ifade edilen derdestlikteki dava konusuna ilişkin bu yaklaşım, öğretide destek bulmuştur¹⁶⁹.

Dava konusu, maddî hukuktaki talep kavramı ile özdeş olmayacak kadar yargılama hukukuna ait olup, bunun tespiti, talep sonucu ve dava dilekçesinde somutlaştırılan hayat olayı ile gerçekleşmektedir¹⁷⁰. Kanımızca hayat olayı, maddî hukuk ile talep sonucu arasında bağlantının sağlandığı noktadır ve sadece davacının dava dilekçesinde yazdıkları ile değil, getirilenler karşısında davalının konumunu da belirleyen dış dünyada gerçekleşendir¹⁷¹. Bir hayat olayını, diğer bir hayat olayından

¹⁶⁷ Bu teoride ileri sürülen düşüncelerin ortak noktası, dava konusunun tek bir kavram olarak anlaşılabilmesi gerektiğine yönelik olmalarıdır. *Jauernig*'e göre, dava konusu taraflarca getirme ilkesine tâbi olan bir dava ile kendiliğinden araştırma ilkesine tâbi bir davada farklı şekilde tespit edilecektir. *Jauernig*, Verhandlungsmaxime, s. 43 vd.; *Baumgärtel*'a göre dava konusu dava türlerine göre farklı şekilde ayrıştırılmalıdır. *Baumgärtel*, Zur Lehre, s. 69 vd.; *Vollkommer*'e göre tespit davası ile eda davasının farklı dava konuları vardır. *Vollkommer*, Zöller Komm., Einl. kn. 82.

¹⁶⁸ Davacı Gubisch KG, borçlu davalı İtalya vatandaşı Guilio Palumbo'ya satış sözleşmesinin yerine getirilmesi davasını Almanya'da açar. Davalı ise bu davaya karşı terditli olarak sözleşmenin geçersizliğinin tespiti, buna ek olarak teslim süresine uymamasından dolayı sözleşmenin feshini ya da ayıptan dolayı sözleşmenin iptalini dava eder. İkinci davalının davalısı Gubisch KG, ikinci davaya derdestlik definde bulunur ve fakat bu defî İtalya mahkemesi tarafından reddedilir. Avrupa Adalet Divanına bu yolla götürülen davada derdestlikte dava konusunun özdeş olması incelenmiş olup, EuGVÜ madde 21'in amacından yola çıkarak her iki davanın esas noktasını (kernpunkt=çekirdek nokta) satış sözleşmesinin geçerliliğinin oluşturduğunu, davadaki usuli olgular açısından her iki hukukî çekişmenin özdeş dava konusuna sahip olduklarını, dava konusunun davalının sadece şekli özdeşliği ile sınırlanamayacağını belirterek, aksi halde EuGVÜ madde 27 Numara 3'e göre satış sözleşmesinin geçersiz olduğunun tespitine yönelik İtalya'da verilecek bir hüküm, Almanya'da satış parasının ödenmesine ilişkin verilecek hükmün İtalya'da tanınamayacaktır. Bu tür sonuçlar hukukî koruma amacının Avrupa topluluğunun tamamında daha kuvvetli olarak gerçekleşmesine engel oluşturmaktadır. EuGH C-144/86 vom 08.12.1987, EuGHE 1987, 4871 (Naklen *Gottwald*, Streitgegenstand, s. 86. Aynı yönde kararlar bkz. EuGHE 1994, I-5460 (Tatry Olayı), EuGHE 1998, I-3075 (Drouot Olayı) ve EuGHE 1998, I-3097 (Turner Olayı) (Naklen *Gottwald*, Streitgegenstand, s. 86 vd).

¹⁶⁹ *Gottwald*, Streitgegenstand, s. 94; *Leipold*, Wege, s. 23; *Rußmann*, Streitgegenstandslehre, s. 414. Aksi düşünce için bkz. *Walker*, s. 445.

¹⁷⁰ *Yıldırım*, Dava Konusu Teorileri, s. 41.

¹⁷¹ *Bettermann*, Rechtshängigkeit, s. 28 vd; *Bruns*, Zivilprozessrecht, kn. 139; *Costede*, Unorthodoxe, s. 908; *Rußmann*, Streitgegenstandslehre, s. 414. Esasen *Postacioğlu*'nun hâkimi bağladığını düşündüğü taraf iddiaların tavsifi ile kastettiği de budur. Bkz. *Postacioğlu*, Hukuki Sebep, s. 509, 510, 517, 520, 527.

ayırır, unsur vakıalarıdır. Her bir hayat olayı, başta yer ve zaman olmak üzere, diğer bir hayat olayından farklı unsur vakıaları barındırmaktadır. Bu sebeple bir hayat olayına ilişkin yeterli ve gerekli vakıaların getirilmesi ile yargılamaya getirilen hayat olayının ferdileştirildiği kabul edilecektir¹⁷². Böylelikle ne maddî hukuktaki hayat olayına ilişkin vakıaların yargılamaya getirilen vakılar ile aynı olduğu ne de maddî talebin yargılama hukukunun talep sonucu ile aynı olduğu artık ileri sürülebilecektir¹⁷³. Bu iki unsur, maddî hak kavramı ile özdeş göremeyeceğimiz dava konusunu oluşturmaktadır¹⁷⁴. Yani dava konusu, talep sonucu ve getirilen hayat olayı ile belirlenecektir. Talep sonucu istenilen hukukî sonuca ilişkin taraf tercihinin ifade ederken, hayat olayı bu tercihin somut gerekçesini oluşturmaktadır¹⁷⁵. Bu tespitin dava değiştirme, derdestlik, objektif dava birleşmesi, taleplerin yarışması ve terditli dava konularında belirleyici¹⁷⁶ olduğunu, sadece kesin hükümde dava konusu kavramının talep sonucu, hayat olayı ve hükmün altlandığı gerekçe ile birlikte belirlenmesi gerektiğini, zira kesin hükümde getirilen hayat olayının ve talep sonucunun davanın başındaki gibi getirildiği saf haliyle değil, ilk davadaki altlama faaliyeti dolayısıyla yargılama faaliyeti ürünü olarak bulunduğunu düşünmekteyiz¹⁷⁷. Ancak bu düşünce, göreceli teorilere hak verdiğimiz anlamına gelmemeli, kesin hükmün taşıdığı anlamın zorunlu bir sonucu olarak değerlendirilmelidir.

Şu halde dava konusu, davacı tarafından dava dilekçesinde hayat olayı ve talep sonucu gösterilerek belirlenir. Bu belirleme, her halükârda davalının davacı

¹⁷² Brehm, Bindung, s. 34, 35.

¹⁷³ Mitsopoulos, s. 120; Schwab, Noch Einmal, s. 793 vd., 807.

¹⁷⁴ Brox, s. 121; Hartmann, Baumbach Komm., § 2 ZPO, kn. 4; Lüke, G., Zivilprozessrecht, kn. 162 (s. 156, 157); Mösbauer, § 6 I 2; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher, s. 561.

¹⁷⁵ BGH NJW 1983, 2032; Habscheid, materielle Rechtskraft, s. 2642; Zeiss/ Schreiber, Zivilprozessrecht, § 44 s. 128 kn. 309.

¹⁷⁶ Jauernig, Zivilprozessrecht, § 37 IV (s. 155, 156); Musielak, Musielak Komm., § 322 ZPO kn. 18 (s. 1016); Reichold, Thomas/ Putzo Komm., Einl. kn. 11; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 92 kn. 25 vd (s. 617 vd); Vollkommer, Zöller Komm., Einl. kn. 83; Zeiss/ Schreiber, Zivilprozessrecht, § 44 s. 129 kn. 311.

¹⁷⁷ Meriç, s. 397; Lent, Zur Lehre (Entscheidungsgegenstand), s. 98; Koussouls, s. 15 vd. Lüke, Schwab'ın kesin hükmün konusunda maddî hukuktaki gerekçeyi ele almak zorunda kaldığına dikkat çekmektedir. Lüke, Gerhard, Zur Streitgegenstandslehre Schwabs, s. 319.

tarafından iddia edilen hayat olayına ilişkin menfaatini de içerecektir¹⁷⁸. Biz bu sebeple Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından verilen kararlarda, davacının aynı hayat olayına ilişkin açtığı ifa davasına karşı, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliğini dava etmesinde davaların talep sonucu kısmı farklı da olsa, derdestliğin bulunduğunu kabul etmekteyiz. Zira bu durumda karşı tarafın hukukî yararı bulunmamakta olup, aynı hayat olayına ilişkin davalının arzuladığı hukukî sonuç ilk davanın hukukî sonucu içinde zaten değerlendirilmektedir¹⁷⁹. Ancak ilk davanın tespit, ikincisinin eda davası olması halinde, ikinci dava ilk dava bakımından derdest olmamalıdır. Zira ikinci davada taraf menfaatleri ilk davadakini içermemektedir¹⁸⁰. Bu halde, her iki davanın kurucu unsurlarının aynı olması, sadece birinin diğerine önsorun teşkil ederek çözümlenmesini ya da davaların birleştirilmesini sağlayabilecektir¹⁸¹. Her iki durumda hayat olayı tektir, usûlî sahada değerlendirilmektedir¹⁸² ve ferdileştirilmekle başka ve benzer hayat olaylarından ayrıştırılmıştır¹⁸³. Hayat olayının ferdileştirilmesi, niteliği gereği bireysel hukukî koruma talebine ilişkin sınırlama getirmektedir, ancak bu hayat olayından kaynaklanan hukukî koruma olgusunun taraflarla ilişkilendirilmesini engellemez¹⁸⁴.

¹⁷⁸ *Musielak*, iki unsurlu dava konusu teorisi savunucuları tarafından savunulan bu yaklaşıma karşı çıkarak, bağlılığın dava konusunu kapsamına almaksızın sadece davacının dilekçesinde ortaya konulan vakıa tanımlamasının dikkate alınması gerektiğini belirtir. **Musielak**, *Bindung*, s. 351.

¹⁷⁹ Bunun tespiti için davacının talebinin gerekçesi dikkate alınmalıdır. **Musielak**, *Bindung*, s. 351. Aynı yönde bkz. **Habscheid**, *J. Edgar*, s. 43.

¹⁸⁰ 13.HD, 16.11.2006, 10608/15053, İBD 2008/3, Cilt:82, s. 1479.

¹⁸¹ **Lüke**, *MünchKomm.*, § 261 kn. 66; **Rüßmann**, *Streitgegenstandslehre*, s. 416; **Walker**, s. 454.

¹⁸² “*Davanın konusunun ne olduğunun tespiti için dava dilekçesi değil, davanın hedef yönü esas alınmalıdır.*” **Jauernig**, *Verhandlungsmaxime*, s. 11; **Meier**, *Iura*, s. 31. Aynı yönde: “.....davacı bu davada iddiasını emre muharrer senede değil, çok açık bir şekilde davalı ile aralarındaki temel ilişkiye, yani asıl borç ilişkisine dayandırmıştır. Yoruma dahi ihtiyaç göstermeyen dava dilekçesindeki bu açıklamalardan davacının az yukarıda da belirtildiği gibi asla kambiyo hukukundan yararlanmak istemediği, aksine davalı ile aralarında mevcut olan (ve on yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu bildirdiği) temel ilişkiye dayanarak alacağını talep ve dava ettiği görülmektedir... Hal böyle olunca, artık bu davada, ileri sürülüşe göre TTK. nun 661. maddesindeki zamanaşımına değil, davanın dayandığı hukukî sebep, yani aradaki ilişki gözetilerek belirlenecek zamanaşımının uygulanması gerekir.” HGK 22.02.1984, 716/141, YKD 1984/8, s. 1158.

¹⁸³ Aynı değerlendirme taraf menfaatlerinin hem kıymetli evrakta hem de kıymetli evrak verilmesinin nedeni olan temel ilişkide bulunması için de geçerli olup, kıymeti evrağa bağlanmış olan alacak temel ilişki tarafından kapsamaktadır. **Leipold**, *Stein/ Jonas Komm.*, § 322 kn. 99 vd; **Rüßmann**, *Streitgegenstandslehre*, s. 418. Hukukumuzda tasarrufun iptali davalarına ilişkin düzenlemelerden (İİK m. 278, 279, 280) her birinin diğerinden ayrı bir hayat olayı oluşturduğunu bu kapsamda söyleyebiliriz.

¹⁸⁴ **Costede**, *Unorthodoxe* s. 907; **Bruns**, *Zivilprozessrecht*, kn. 139.

Bu yüzden de kanaatimizce özel hukuk uyuşmazlıklarında dava konusunu belirlemede, tasarruf ilkesinin tamamıyla geçerli olduğunu ve dava konusunun taraf menfaatlerinin çatıştığı hayat olayı ve bundan tarafların çıkardıkları talep ya da taleplerle belirli olduğunu kabul etmek gerekecektir¹⁸⁵.

Özel hukuk uyuşmazlığının taraf menfaatlerinin dışında kamu düzeni ile ilgili olduğu durumlarda, artık kendiliğinden araştırma ilkesi söz konusu olacak ve bu durumda dava konusu taraflarca belirlenemeyecektir. Bu durumda hayat olayı ferdileştirilmeden talep sonucu üzerinden bir yargılama başlatılacak ve hayat olayı talep sonucuna gerekçe olacak her hangi bir *gerçekleşen* olacaktır¹⁸⁶. Örneğin, velayet altında olmayan bir çocuğa vasi atanması yargılamasında, talep sonucuna gerekçe olacak bütün hayat olayları dâhildir¹⁸⁷.

C. Tarafların Dilekçeleri İle Bağlılık Kuralı

1. Genel Olarak

Hâkimin taraf dilekçesi ile bağlılığı kuralı, medenî yargılama hukukunda taraf iradesine olan bağlılık ile açıklanmaktadır ve tasarruf ilkesinin alt kurallarından biri olarak görülmektedir¹⁸⁸. Tarafların hukukî korunma talep edip etmemekte, dava konusunu istedikleri gibi belirleme konusunda özgür olmaları, diğer taraftan hâkimi vereceği hüküm yönünden sınırlamaktadır. Davacının dava açmakla hakkında karar verilmesini istediği şey, mahkeme hükmünün sınırını göstermektedir (HUMK m. 74, Tasarı m. 32)¹⁸⁹. Bu yüzden mahkemenin hüküm vereceği talep sonucu, davacı tarafından belirlenmekte olup, davacı bunun için Kanunda öngörülen şekilde belirli

¹⁸⁵ Melissinos, s. 61; Gottwald, Mediation, s. 146 vd.; Baur, Parteirechte, s. 79; Muşul, Terdit, s. 102.

¹⁸⁶ Jauernig, Verhandlungsmaxime, s. 43, 44; Debernitz, s. 198.

¹⁸⁷ Jauernig, Verhandlungsmaxime, s. 44. Boşanma davaları dava konusunun kapsamına ilişkin taraf egemenliğinin söz konusu olduğu davalardır. Bu davalarda talep sonucu ve onun gerekçesi olan hayat vakiasına ilişkin belirlemeyi (şiddetli geçimsizlik sebeplerini, zina vs.) taraf yapabilmektedir. Ancak velayetin nezi, çocuğa vasi atanması gibi hususlarda hayat olayı ferdileştirilmediğinden talep sonucuna gerekçe olacak bütün vakiaları ifade etmektedir.

¹⁸⁸ Sungurtekin Özkan/ Özdemir Türkoğlu, s. 139; Debernitz, s. 195; Ferrand, s. 623; Korsch, s. 123; Lüke, G., Münchener Komm., Einl. kn. 167; Lüke, Zivilprozessrecht, kn. 8 (s. 8); Musielak, Bindung, s. 350; Musielak, Münchener Komm., § 308 kn. 1; Schreiber, s. 192; Vollkommer, Zöllner Komm., § 308 kn. 1; Zimmermann, Zimmermann Komm., § 308 kn. 2 vd.

¹⁸⁹ Anıl, s. 334; Rechberger, Zivilprozessordnung Komm., vor § 390 kn. 17 (s. 853).

bir dava dilekçe vermek zorundadır. Mahkemenin davalı hakkında hüküm verebilmesi ise, davalının talepte bulunmasına bağlı değildir. Davaya cevap vermeyen davalının hakkında ileri sürülen iddialar ile talep sonucunu reddetmiş olduğu kabul edildiğinden, mahkeme davalının açık bir ret dilekçesi olmadan da kendisinden istenilenin reddedilip reddedilmeyeceği konusunda karar verebilmektedir¹⁹⁰. Zira, taraflar yargılamada karşı karşıyadır. Davalının davaya cevap vermemiş olması, davacının bazı usûl işlemlerinde bulunabilmesi bakımından özgür olacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin, davalı cevap vermemiş olsa da, davasını geri almak isteyen davacının davasını geri alması konusunda davalının açık onayı aranacaktır. Ayrıca cevap vermeyen davalı, her ne kadar yargılamayı inkâr kapsamında savunma yaparak sürdürmek zorunda ise de, öncelikli olarak davanın kapsamına ilişkin usûl işlemlerinde bulunabilecektir. Örneğin, yargılamanın ileri aşamalarında davayı kabul edebilecektir. Hatta yargılamanın vakıa ve delil sahasına ait olsa da, kanaatimizce ikrarda bulunabileceği de kabul edilmelidir. Bu sebeple davaya cevap vermeyen davalının ilk itiraz ve defî gibi savunma araçlarına başvuramayacağını kabul etmekle birlikte mutlak surette inkâr kapsamında savunma yapmak zorunda olduğu düşüncesine katılmamaktayız. Cevap vermemeye rağmen davalı davayı kabul edebilmeli ve davaya getirilen bir vakıayı ikrar edebilmelidir.

2. Hayat Olayına Bağlılık

Hayat olayı, dava konusunun talep sonucu dışındaki diğer unsurdur. Bu unsur, dış dünyada taraflar arasında yaşanan, birden fazla unsuru (vakıayı) içeren bir hukukî olayı ifade etmektedir. Bu olayın, taraf iradeleri ile gerçekleşip gerçekleşmediği, dava konusunun unsuru olabilmesi bakımından önem taşımamaktadır. Önemli olan olaya, hukukun sonuç bağlamış olmasıdır. Şu halde hayat olayı, dış dünyada bir bütün halinde gerçekleşeni (etkileri halen devam ediyor da olabilir) ifade etmektedir¹⁹¹. Bu gerçekleşenin, bir hukukî olay olması maddî hukuk bakımından unsur vakıaları taşıyor olması ile mümkün olacaktır. Bu halde hayat olayının bir ya da birden fazla hukukî olayı kapsamına aldığı da

¹⁹⁰ Musielak, Bindung, s. 350; Schilken, Zivilprozessrecht, s. 439 kn. 875.

¹⁹¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 222 vd.

düşünülebilecektir. Yani, hayat olayı daha geniş bir bütünü ifade etmekte olup, oluş şekli sadece bir hukukî olaya ait unsurları içerebilecekken, birden fazla hukukî sebebin unsurlarını da içerebilecektir. Dolayısıyla, 'her hayat olayı, mutlaka ve sadece bir hukukî olaya sebep olur' demek, yanlış olacaktır¹⁹². Bir hayat olayı, birden fazla hukukî sebebi (hukukî olayı ve unsurlarını) içerebilecektir. Hayat olayı, nitelik olarak en az bir hukukî olay olmak zorunda mıdır? Kanımızca bu soruya 'hayır' cevabını vermek gerekecektir. Dış dünyada gerçekleşen bir olgu, hukukî bir sonuca bağlı olmaksızın da vardır. Örneğin, birinin diğerine mektup yazması bir hukukî sonuca bağlı değildir ve fakat bir hayat olayıdır. Bu mektubun bir hakaret içermesi ya da bir icabı barındırması durumunda ise mektup hukukî önemsenecek ve sonuçlarına ilişkin olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda dava konusuna ilişkin hayat olayı olarak değerlendirilebilecektir.

Hayat olayı bu anlamı ile yargılamanın vakıaları olarak da görülmemelidir¹⁹³. Yargılamaya getirilen vakıalar, hayat olayında gerçekleşen hukukî olayın maddî hukuktaki (hukukî sebep altındaki) koşul vakıalarını somut olarak karşılayan ifadeleridir. Örneğin, yukarıdaki örnekte yazılan mektubun bir kısmında mektup alıcısına edilmiş olan somut küfürler, hayat olayının bir unsurunu oluşturup, bu unsur, haksız fiilin, hukuka aykırı fiil koşul vakıasını ifade etmektedir. Küfür cümleleri, tarafın yazdığı mektup yazma ve gönderme hayat olayının içinde yer alan unsurlardan sadece biridir. Bu unsur, hayat olayının doğurduğu sonuçlara ilişkin görülecek yargılamada, mektup yazma olayının bir vakıasını oluşturacaktır. Başlı başına hayat olayını oluşturmayacaktır. Bu halde küfür cümlelerinin bir hukukî sebep oluşturması, bu hukukî sebebin diğer koşul vakıalarının da yargılamaya getirilmiş olması ile mümkün olacaktır. Örneğin, mektup alıcısı açtığı dava tazminat ise hayat olayının zarar doğurduğu, karşı tarafın kusurunu içerdiği ve zarar ile küfür cümleleri arasında illiyet bağı kurduğu unsurlarını da yargılamaya getirmelidir. Dolayısıyla hayat olayı bir hukukî sebep olarak da görülmemelidir. Ancak hayat olayına ilişkin unsurlar bir hukukî sebebin koşul vakıalarını somutlaştırmakla, hayat olayı dolayısıyla davacının istediği talep sonucuna hüküm verilmesine neden olabilecektir.

¹⁹² Postacıoğlu, Hukukî Sebep, s. 509.

¹⁹³ Üstündağ, dava sebebi olan vakıaları, hayat olayı olarak değerlendirmektedir. Bu hususa ilişkin yaklaşımı ve verdiği örnekler için bkz. Üstündağ, Medenî, s. 527, 528. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 308.

Şu halde verilen hüküm, bir hukukî sebep altında talep sonucuna ilişkin hüküm kurmaktadır ve bu hüküm adlî gerçeği (kesin hükmü) ifade etmektedir. Burada kesin hükmün sadece getirilen vakıaları içerdiği, hayat olayını içermediği belki düşünülebilecektir. Burada şu ayırımın yapılmasının doğru olduğunu düşünmekteyiz. Öncelikle hayat olayına ilişkin getirilen vakıalar, bir hukukî sebep altında altlanmış ve davacının talep sonucu kabul edilmiş ise, kesin hüküm, hayat olayının bir başka hukukî sebebi haklı kılan vakıalarını içermeyecektir. Fakat bu durumda davacının hayat olayından çıkan başkaca bir usûlî talebi söz konusu olamayacağından ve talep bir kesin hükümle daha evvel karşılandığından dava açması mümkün olamayacaktır. Belki kesin hükmün unsurları (özellikle dava sebebi) ile ayniyet olmasından dolayı engel olunamayacaksa da, hukukî yarar yokluğu sebebiyle bu tür davacı talepleri karşılanmayacaktır. İkinci olarak hayat olayına ilişkin getirilen vakıalar, bir hukukî gerekçe altında altlanmakla beraber dava reddedilmiş ise, kesin hüküm, aynı hayat olayından çıkan ve başka bir hukukî sebep altında altlanması mümkün olan aynı ya da başkaca unsur vakıalara dayanılarak dava açılmasına engel değildir¹⁹⁴. Yeter ki, kesin hüküm yargılamasında bahsi geçen bu hukukî sebep, koşul vakıalarını karşılayan hayat olayı unsurları ile mahkeme tarafından incelenmemiş ve reddedilmemiş olsun.

Hâkimin hukuku uygulamasında hayat olayına bağlılığı önemlidir. Tarafın hayat olayına ilişkin yargılamaya yaptığı sunum ve getirdiği hayat olayı unsurları, hâkimin yargılama faaliyetinin sınırlarını ve kapsamını göstermektedir¹⁹⁵. Hâkim hayat olayı ve getirilen vakıalar kapsamında bir yargılama faaliyeti ve inceleme yapmaktadır. Söz konusu hayat olayına ilişkin bir itiraz sebebi varsa, hâkimin bu itiraz sebebini kendiliğinden gözetmesi gerekmektedir¹⁹⁶. Bu husustaki tek engel, itiraz sebebini farklı bir hukukî sebep içinde değerlendirilmesini gerektiren (pratik gereklilikler ya da alacaklının alacağını almasının güçleşmesi gibi) sebeplerin bulunması durumudur. Bu düzenlemelerin başında İcra ve İflâs Kanunu m. 277

¹⁹⁴ Artık burada *Postacıoğlu'nun* ifade ettiği anlamda hukukî sebep ile hukukî olay arasında gerçekleşmiş bir ayniyet söz konusu olaaktır. *Postacıoğlu*, *Medenî*, s. 233.

¹⁹⁵ *Postacıoğlu*, *Hukukî Sebep*, s. 509 vd.

¹⁹⁶ Örneğin, açılan bir davada dava konusu yapılan husus bir sözleşme olup da, söz konusu sözleşme geçerlilik şekline aykırı ise, ahlaka aykırı amacı konu almışsa ya da muvazaalı ise bu durumu hâkim kendiliğinden gözetecektir. HGK 25.03.1992, 1-98/195; 6.HD, 26.01.1998, 469/421, www.kazanci.com.tr.

vd.'da düzenlenen tasarrufun iptali davaları ile Türk Medenî Kanunu m. 565'te düzenlenen mirasın tenkisi davaları gelmektedir. Kanun miras hukukuna özgü olarak yaptığı tasarruflarla yasal mirasçının miras payının ihlâl edilmesi ya da bir alacak takibine uğrayan borçlunun alacaklıların zararına İcra ve İflas Kanunu'nda m. 278–280 arasında sayılı nedenlere dayanarak işlem yapmış olması durumunda, söz konusu işlemleri, bu işlemler muvazaa oluştursalar bile, hâkimin muvazaa itiraz sebebini olaya uygulaması ile meydana gelecek sonucu (geçersizlik sebebiyle davanın esastan reddi) bertaraf edecek başkaca hukukî sonuçlara (tenkis, alacaklılara cebri icra yetkisi verilmesi) bağlamıştır¹⁹⁷. Böylelikle alacaklının alacağına ilişkin zararının önlenmesi arzulanmıştır¹⁹⁸.

Öğretide muvazaanın varlığı halinde bunun tasarrufun iptali davasının görülmesine engel olacağı, bir arada bulunmalarının söz konusu olamayacağı ileri sürüldüğü¹⁹⁹ gibi, muvazaanın varlığının alacaklının tasarrufun iptali davası açmasına engel olamayacağı da ileri sürülmüştür²⁰⁰. Bu hususta kanaatimizi ortaya koymadan evvel, kanun normlarının usûlî talebe ilişkin olabilecek iki şekline dikkat çekmek istiyoruz. İlk olarak hayat olayı kanun normlarındaki birden fazla hukukî sonucun koşul vakıaları karşılamakta ise, davacının birden fazla talep seçeneğinden birini seçebilmesi mümkündür. Örneğin, şiddetli geçimsizlik olgusuna dayanan davacı ayrılık ya da boşanma talebini seçme konusunda serbesttir. İkinci olarak ise bazı hayat olayları kanun normlarındaki koşulları karşılamakla ilgisine seçme hakkı

¹⁹⁷ Kuru, İcra, s. 1199.

¹⁹⁸ Ancak bu temel kural her zaman böyle işlemeyebilir. Örneğin, hem muvazaaya hem de İİK m. 277 vd.'na ilişkin hayat vakiasının yargılamaya getirildiği bir olayda tasarrufun iptali davası bütün şartları taşımasına rağmen zamanaşımından dolayı hükme esas olamamakta ise, zamanaşımına tâbi olmayan muvazaanın tespitinin yapılması alacaklı menfaatinin gerçekleşmesine daha fazla hizmet etmekte olacaktır. Bu yöndeki düşüncenin kaynağı olarak; "...Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 74 ve 75. maddeleriyle 76. maddesi hükümleri karşılaştırılınca hakimin bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddî vakıalar ve netice talepleriyle bağlı olup dayandıkları kanun hükümleriyle ve onların hukukî tasvirleriyle bağlı olmadığı ve kanunları resen tatbik ederek iddia ve müdafaadaki netice talepleri karara bağlamakla mükellef bulunduğu neticesine varılır. Burada söz konusu olan bir davada, hangi hükme dayandığını kesin olarak ve açıkça göstermemiş olduğu hallerde davacının müruruzaman bakımından kendi lehine netice verecek olan kanun hükmüne dayanmak isteyeceği haklı olarak farzedilebileceğinden..." İBK 04.06.1958, 15/6.

¹⁹⁹ Belgesay, İcra, s. 264; Gürdoğan, İflas, s. 222; Umar, İcra, s. 167 dn. 49; Üstündağ, İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 234; Muşul, İcra, s. 1173; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, İcra, s. 695.

²⁰⁰ Ansay, Hukuk İcra, s. 306 Kostakoğlu, s. 1040; Özkaya, s. 215; Uyar, İcra, s. 581, 582; Yıldırım, İptal Davaları, s. 142.

vermezler. Örneğin, muvazaanın varlığı halinde davacının talebi, sadece kesin hükümsüzlüğün tespiti²⁰¹ istemi olacaktır. Muvazaa ile tasarrufun iptali ya da muvazaa ile tenkis davalarına bu açıdan yaklaşmak gerekir. Davacının bu hususlardaki usûlî talebi, getirilecek hayat olayına bağlıdır (TMK m. 565 b.1; İİK m. 278 f. 3 b. 3). Örneğin, tasarrufun iptali davalarına ilişkin koşul vakıalarının gerçekleştiği hayat olayının yargılamaya getirilmesi durumunda, söz konusu hayat olayı içinde aynı zamanda muvazaanın var olduğunun karineye bağlanması (TMK m. 656 b. 4; İİK m. 279, 280) ya da gerçekten Borçlar Kanunu m. 20 kapsamında muvazaanın bir unsur olarak hayat olayında bulunması, alacaklıya cebri icra yetkisi tanınmasına engel olmayacaktır. Kanun düzenlemesinden dolayı hâkim, bir itiraz sebebini (BK m. 20'ye göre) dosya kapsamında tespit etse bile, dikkate almayarak İcra ve İflas Kanunu m. 277 vd. düzenlemesine göre karar verecektir²⁰². Bu halde belirleyici olan sadece talep değil, getirilen hayat olayı ve kapsamındaki koşul vakıalardır²⁰³. Hâkim uygun kararı vermekle yükümlü olduğundan, hayat olayına

²⁰¹ Kuru, İcra, s. 1198.

²⁰² Akkaya, Alacaklıdan, s. 683. Tasarrufun iptali davasının koşulları bulunmamakla beraber, mahkeme incelemesinde muvazaanın varlığı karine dolayısıyla tespit edilmişse, mahkeme kesin hükümsüzlüğün tespitine değil, alacaklıya cebri icra yetkisi verilmesine ilişkin istemin esastan karşılanamayacağına karar vermelidir. Zira biz taleple bağlılık kapsamında tarafın yargılamaya getirdiği hayat olayı iddiasının sadece tasarrufun iptali sebeplerine dayanması halinde, o hayat vakıasının unsuru olan muvazaa iddiasının hakkında karar verilecek kadar bağımsız bir hayat olgusu olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca taleple bağlılık bu durumda sadece davanın reddine karar verilmesini gerektirecek ve kesin hüküm de reddin gerekçesi olan hususa ilişkin olarak sadece genişleyecektir (örneğin, aciz belgesinin olmamasına, borçlunun aciz halinde olmamasına vb.). Ancak tasarrufun iptali davası, muvazaa unsurunun (karinesinin) olmaması sebebiyle davacıya cebri icra yetkisi vermemekte ise, o zaman muvazaa karinesinin yokluğu (örneğin, İİK m. 179 b.3'e göre vadesi gelmeyen borç için ödemedede bulunmak) hükmün bağlantılı gerekçesini oluşturacak ve maddî kesin hükmün kapsamında tespit edilmiş olacaktır. Ama bütün bunlar, BK m. 20 kapsamına giren muvazaa hayat vakıasını içermeyecektir (zira söz konusu düzenlemelerdeki muvazaa karinesinin uygulanması bahse konu hükmün uygulanabilmesi durumunda söz konusu olacaktır). Bu, tasarrufun iptali davasının esastan reddinin, BK m. 20'ye göre muvazaanın olmadığı anlamına gelmediğini ve davacının BK m. 20'ye göre kesin hüküm itirazı söz konusu olmaksızın muvazaa karinesine değil, muvazaa hayat olayına dayanarak işlemin iptalini isteyebileceğini ifade eder. Son olarak şunu belirtmek gerekir ki; tasarrufun iptali davasının koşulları oluşmamakla beraber dava dosyası kapsamında hâkim muvazaanın varlığını (BK m. 20) ayrıca tespit edebilmiş ise muvazaa dolayısıyla hükmünü verebilmelidir. Bu yönde; "...davacının getirmiş olduğu maddî vakıalar bir tek hukuk kuralının uygulanmasını gerektirdiği halde, davacı o kurala dayanmamış, aksine dayanılan kural ise gösterilen maddî olaylar ile ilgili bulunmamış ise, mahkeme uygulanması gereken hukuk kuralını resen uygulamakla yükümlüdür." HGK, 25.11.1967, E.4/375- K.567 RKD 1968/3-4, s. 27.

²⁰³ HGK 04.07.2007, 4-450/449, İBD 2008/3, Cilt:82, s. 1539.

göre verilecek cebri icra yetkisinin alacaklıya tanınmasına karar vermesi²⁰⁴, hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması kapsamındadır.

Muvazaanın tespiti ile tasarrufun iptalinin ya da tenkisin terditli olarak talep edilip edilemeyeceği hususunda ise kanaatimiz, bunun mümkün olup, bunun için her terditli talebe ilişkin unsur vakıalarının ayrı ayrı yargılamaya getirilmesi olmalıdır. Örneğin, taraf öncelikle cebri icra yetkisinin tanınmasını, bunun mümkün olmaması durumunda muvazaanın tespitini talep etmişse, yargılamada öncelikle tasarrufun iptali davasına ilişkin koşul vakıaların varlığı ve gerçekliği araştırılacaktır. Söz konusu koşul vakıaların karşılanmaması durumunda ise muvazaanın varlığı davanın konusu olarak hükme konu olacak, taraf İcra ve İflas Kanunu m. 277 vd.'daki karinelerden faydalanamayarak muvazaa iddiasını ve unsurlarını ispat ederek²⁰⁵ ancak terditli talebi hakkında hüküm verilmesini sağlayabilecektir. Terditli açılan davada asıl talep muvazaa iddiası ve getirilen vakıalar da hayat olayının muvazaaya ilişkin unsurları ise, bu husustaki asıl talep, muvazaaya ilişkin unsurların ispat edilmesi ile karşılanacaktır. Bu durumda hâkimin daha uygun olan hukuk kuralını uygulaması (İİK m. 277 vd.) getirilen hayat olayının unsurlarının yargılamaya aksettirilişine bağlılık dolayısıyla söz konusu olmayacaktır²⁰⁶. Aynı görüşte olan *Meier*'e göre de hâkimin hukuk kuralını uygulamasındaki belirleyici ölçü, davanın

²⁰⁴ *Akkaya*, varılan bu sonucun getirilen hayat vakiasının BK m. 20 anlamında geçersiz olması halinde de haklılık taşıdığını, Kanun düzenlemesindeki muvazaa karineleriyle açıklar. *Akkaya*, *Alacaklıdan*, s. 672, 673.

²⁰⁵ Zira muvazaa hayat vakiası, TMK m. 656 ve İİK m. 277 vd.'daki muvazaa karinesini içermemektedir. Biz bu sebeplerle İİK m. 277 ile BK. 20 arasında *aynı hayat vakiasından kaynaklanan* bir terditin söz konusu olamayacağını (örneğin, bir okul servisinin kırmızı ışıktaki durmayarak trafik kazasına sebep olması durumunda, yargılamaya getirilen hayat vakiası araçta yaralanan öğrencilerin sözleşmeden ve haksız fiilden dolayı meydana gelen zararın usuli sahada talep edilmesine elverişliliği gibi bir durumun söz konusu olmayacağı), aynı hayat vakiasının tek bir talebin kurulmasına neden olacağı, bu sebeple hakların yarışmasından bahsedilemeyeceğini (hakların telahukunun söz konusu olabilmesi için de aynı isteğin kanundaki iki ayrı hükme göre de haklı görülmesi şarttır. İBK 04.06.1958, 15/6.) ve bu durumun İİK'nun BK'na göre özel kanun olması ve İİK m. 277'nin BK m. 20 karşısında özel hüküm olması ile açıklanamayacağını düşünmekteyiz. Zira BK m.20'nin maddi hukuka ilişkin bir itiraz sebebi olup, bütün borç ilişkileri için uygulanması gereken ayrı bir hayat vakiasına sahiptir. İİK m. 277 vd. düzenlemesinin muvazaaya göre özel düzenleme olmasına ve terditli olarak ileri sürülebileceğine ilişkin görüş için bkz. *Akkaya*, *Alacaklıdan*, s. 679, 681; Yargıtay da olaya uygulanacak hukuk hükmünün saptanmasında olaya uygun daha özel nitelikteki normun uygulanma önceliği olduğunu kabul etmektedir. HGK 14.04.2004, 15-182/220, YKD 2004/9, s. 1349.

²⁰⁶ *Meier*'e göre medenî yargılamada, özellikle Alman ve İsviçre usûl yargılamasında hâkim olan iki yollu dava konusu anlayışından (*dava konusunun dava dilekçesi ile getirilen hayat vakiasına göre belirlenmesi olgusu*) ötürü tek bir vakıalar bütününden bir ya da birden fazla hayat olayına ulaşıp ulaşılamayacağına ilişkin cevap her zaman aynı olmayabilecektir. *Meier*, *Iura*, s. 29.

kapsamına ilişkin sınırlamalardır²⁰⁷. Bu kapsam dolayısıyla ki, kanaatimizce hâkim, yargılama konusu yapılan hayat olayını ve onun getirilen vakıaların dışında kalan bir başka hukukî sebepten dolayı altlama yetkisine sahip olamayacaktır²⁰⁸.

3. Tarafların Dilekçesindeki Hukukî Sebebe Bağlı Olmama

Dava açılmakla hâkim, dava dilekçesini göz önünde tutarak davacının iddia ettiği usûlî talep hakkında karar verecektir. Hâkimin taraf dilekçesi ile olan bağılılığı, acaba talep sonucunun birden fazla hukukî gerekçe ile altlanabiliyor olması durumunda nasıl söz konusu olacaktır? Bu durumda, dış dünyada getirilmiş tek bir hayat olayı bulunmakta olup, yargılamaya getirilen vakıalar, davacının talep sonucunu haklı kılan birden fazla maddî hukuk kuralının uygulanabilir olmasına neden olmaktadır. Hukuku uygulamakla yükümlü hâkim, şüphesiz bu gerekçelerden taraf menfaatine ve usûl ekonomisine en uygun olanı üzerinden hükümünü oluşturacaktır. Örneğin, bir trafik kazası olayında yolcuların şöföre açtıkları tazminat davasında getirilen vakıalar, hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık dolayısıyla davanın kabulünü sağlamakta ise, hâkimin sözleşmeye aykırılıktan dolayı hüküm vermesi usûl ekonomisi bakımından davada ayrıca kusurun tartışılmasına ve zaman kaybına engel olacaktır. Bu durumda, davacının davalının kusurunu ispatlaması da ayrıca gerekmeyecektir. Bunun gibi bir boşanma davasının hem zinaya hem de şiddetli geçimsizliğe dayanması durumunda, getirilen vakıaların her iki gerekçe için de hüküm sonucunu mümkün kıldığı durumlarda, hâkimin şiddetli geçimsizlikten dolayı hüküm kurması, evlilik kurumunun, tarafların ve taraf çocuklarının yıpranmasını önlemesi bakımından menfaatler dengesine daha uygun olacaktır. Bu durumda tarafın sadece bir gerekçeden dolayı altlama faaliyeti yapılmasını istemesi durumunda, acaba bu hâkimi bağlayacak mıdır? Biz, tarafların talep sonucunu haklı

²⁰⁷ **Baur**, Parteirechte, s. 81; **Guldener**, Zivilprozeßrecht, s. 166; **Habschied**, Streitgegenstand, s. 206 vd.; **Meier**, Iura, s. 24, 29, 61; **Schwander**, Iura, s. 199.

²⁰⁸ **Meier**, Iura, s. 24, 26. Biz bu sebeple hâkimin kendiliğinden hukuku uygulaması gerektiğine ilişkin söz konusu kuralı (mümkün olan her kuralın altında altlama yapılması kuralını), tarafın yargılamaya getirdiği hayat vakıasına uyan ve fakat dava edilen hak kapsamına dâhil olan kurallar olarak değerlendirmekteyiz. Bu düşüncemizin temelinde dava konusu kavramını, dava konusu yapılan hayat olgusu ile bu olguya dayanılarak talep edilen istem bütünü olarak görmemizdir. Bkz. **Habschied**, Streitgegenstand, s. 62; **Meier**, Iura, s. 86 vd.; Hâkimin hukuk kuralını uygulaması bu sebeple tarafın yargılama hukuku sahasına ilişkin irade özgürlüğüne kapalıdır. **Guldener**, Zivilprozessrecht, s. 156.

kılan, birden fazla hukukî gerekçe altında altlanması mümkün olan vakıaları (hayat olayı unsurlarını) yargılamaya getirmeleri durumunda, bu gerekçelerden sadece birine göre yargılama faaliyeti yapılmasına ilişkin taleplerin, hâkimi bağlamayacağını düşünmekteyiz²⁰⁹. Tarafın dava dilekçesinde gösterdiği hukukî nitelendirmeler, sadece hâkime yardımcı olacaktır²¹⁰. Aksinin kabulü halinde hâkimin vereceği ret kararına karşı, tarafın aynı hayat olayına dayanarak farklı gerekçelerle tekrardan davalar açmasına ya da aynı zamanda farklı hukukî gerekçeler altında aynı hayat olayına ilişkin birden fazla davanın görülmesine yol açacaktır. Maddî hukukta bir hayat olayı dolayısıyla ileri sürülebilecek her gerekçe farkı usûlî taleplere yol açamayacağından²¹¹ bu yöndeki yaklaşımlara, yani tarafın gösterdiği hukukî sebep ile hâkimi bağlayabileceği düşüncelerine²¹² katılmamaktayız²¹³.

²⁰⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 227; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 298; Musielak, Münchener Komm., § 308 kn. 13.

²¹⁰ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 298. Gösterilen hukukî sebeple sınırlı olarak inceleme yapan mahkemenin de doğru bir yargılama faaliyeti yapmış olacağına ilişkin olarak bkz. Postacioğlu, Medenî, s. 242. Hukukî sebebin dava dilekçesinde gösterilmesi gereken bir unsur olmakla tarafın hukukî sebebi gösterme zorunluluğuna ilişkin yaklaşım için bkz. Özekes, Hukukî Sebep, s. 757 vd. Özekes, ancak bunun hâkimin tarafların gösterdikleri hukukî sebeplerle bağlı olacağı anlamına gelmediğine de işaret eder. Özekes, Hukukî Sebep, s. 757 vd.

²¹¹ Georgiades, s. 1; Melissinos, s. 61.

²¹² Melissinos tarafın birden fazla hukukî sebebin bulunması halinde sadece bazı hukukî sebepler üzerinde yargılama yapması konusunda hâkimi bağlayabileceğini, böylelikle bazı hukukî gerekçelerin yargılamada kullanılmasından feragat edebileceğini savunur. Ona göre, nasıl ki dava konusunu belirlerken hayat olayına ilişkin vakıaları seçmekte ve bu yolla hâkimi hukukî sebep konusunda sınırlamaktadır, taraf da hakkının birden fazla hukukî gerekçe ile gerekçelendiriliyor olması halinde bunlardan biri ile inceleme yapılması konusunda hâkimi sınırlandırabilmelidir. Böylelikle bu hususta tutarlılık sağlanacaktır. Bunun için tabii ki tarafın menfaati bulunmalıdır. Ayrıca taraf bu tercih ile mahkemeler üzerinde yükünü azaltacak ve zaman kaybına engel olacaktır. Melissinos, s. 84 vd.; Schlosser ise, aynı sonuca tarafların nasıl maddî hukuk bakımından belirli bir hukuk normu ya da hukukî ilişkiyi kararlaştırmaları mümkünse, bunun usûlî saha açısından bunu engelleyen bir sebep olmadığı düşüncesi ile katılmaktadır. Bkz. Schlosser, Einverständliches, s. 33; Schlosser, Buchbesprechung von Würthwein, s. 362; Schlosser, Peter, Buchbesprechung von Meier, s. 438; Öğretide Würthwein, tarafların yargılamanın kapsamına ilişkin belirleme yaptıkları hususlar içinde hukukî sebebin de bulunduğunu belirtir (Würthwein, s. 128 vd.). Meier ise; hâkimin yabancı kaldığı hayat olayına ilişkin olarak tarafların hukukî gerekçelerle hukuku uygulama konusunda etkileyeceğini ve hatta bağlayabileceğini belirterek (Meier, Iura, s. 83 vd., 89) aynı sonucu paylaşmaktadır. Fransız Usul Kanunu madde 12 düzenlemesi hâkimin görülmekte olan davada hukukî nitelendirmeyi yapma konusunda yükümlü olduğunu düzenlemişken, aynı maddenin 3. fıkrası tarafların usuli bir sözleşme yaparak, hangi hukukî gerekçe altında hayat olayını değerlendirmesi gerektiğine ilişkin hâkimi bağlayabilecekleri hususunu düzenlemektedir. CPC Article 12 Abs. 3; 'Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat'.

Bu durum, tasarruf ilkesinin bir istisnası değildir. Zira tarafın menfaati, sübjektif menfaatine ilişkin korunmanın sağlanmasındadır, bunun hangi gerekçe altında sağlanmış olması konusuna kural olarak bir taraf ilgisi söz konusu olmayacaktır. Burada taraf ilgisinden değil, hâkimin hukuku uygulamasından bahsetmek gerekecektir²¹⁴.

4. Dava Sebebine Bağlılık

Yukarıda biz dava konusunun (hayat olayı ve talep sonucu) tasarruf ilkesi kapsamında taraflarca belirlendiğini belirtmiştik. Ancak acaba tarafın hayat olayının temelinde bulunan pek çok dava sebebinden (vakılardan) sadece birini ya da bir kısmını yargılamaya getirmesi durumunda hâkimin taleple bağlılığının kapsamı ne olacaktır? Bu durumda hâkim acaba taraftan hayat olayına ilişkin getirmediği vakıaları hatırlatarak getirmesini isteyebilecek midir, yoksa sadece getirilenlere bağlı olarak mı hükmünü verecektir? Dava vakıalarının getirilmesine ilişkin görüşler bu hususta varılacak sonuç açısından önem taşımaktadır. Dava sebebi bir görüşe göre, hem hukukî hem de fiilî unsurları içerir (causa petendi). İkinci görüş ise dava sebebini hayat olayının dayanağı olan bütün vakıaların getirilmesi olarak değerlendirir (subsantierungstheori). HUMK m. 179 düzenlemesi bahsi geçen bu görüşün tezahürüdür. Bir üçüncü görüş ise, dava sebebini, hukukî sebep olarak gören bireyselleştirme teorisidir (individualisierungstheorie). Bu teoriye göre, tarafın iddia ettikleri hayat olayına ilişkin hukukî sebep, dava sebebi olarak anlaşılmalıdır²¹⁵. Bu husustaki son yaklaşım ise, *Hellwig* tarafından evvelden ifade edilmiş ve fakat öğretilde son zamanlarda dile getirilen iyileştirilmiş bireysel teoridir (neue verbesserte individualisierungstheorie). Bu teoriye göre tarafın hukukî bir sebebi ileri sürmesi ne zorunludur ne de yeterlidir. Önemli olan hukukî bir gerekçelendirmeyi kurmaya yarayan fiilî vakıa bilgisinin medenî yargılamaya sunulmasıdır. Böylelikle usûlî

²¹³ İBK 04.06.1958, 15/6, RG Sayı: 10021; *Alangoya*, İlkeler, s. 96; *Karafakih*, Hukuk, s. 74; *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, Medenî, s. 310, 311; *Üstündağ*, Medenî, s. 243, 244; *Guldener*, Zivilprozessrecht, s. 156; *Kölz*, s. 11; *Müller*, s. 26, 29 dn. 28; Maddî hukuktaki sözleşmesel ilişkiye ilişkin kuralların usûlî sahada uygulanamayacağından bu tür bir anlaşmanın geçerli olamayacağına ilişkin olarak bkz. *Häsemeyer*, Parteivereinbarungen s. 210 vd.

²¹⁴ *Kölz*, s. 8, 9; *Künzl*, s. 240.

²¹⁵ Teoriler ve etkileri bakımına ilişkin geniş tartışmalar için bkz. *Üstündağ*, İddia, 17 vd.

taleplere hukukî açıdan geçerli, somut gerekçe oluşturan her vakıa iddiası, yargılamaya getirilmeli ve bunlar hayat olayının gerekçesini, yani dava sebebini oluşturmaktadır²¹⁶.

Kanaatimizce, dava konusuna dayanak olan bütün vakıalar yargılamaya getirilmelidir²¹⁷. Esasen iyileştirilmiş bireysel teori, dava konusu hayat olayının tek bir hukukî gerekçe altında altlanabilir olması durumunda haklılık taşımakta olup, dava konusu edilen hayat olayının birden fazla hukukî norm ile gerekçelendirilebilir olması durumunda haklılık taşımayacaktır. Bu durumda taraf, eksik vakıa sunumunda bulunarak hâkimin hukuku uygulama görevinin kısıtlanmasına neden olacak ve hâkim gerekçelendirilebilir bir başka sebepten dolayı belki dava konusu talebi kuran hüküm veremeyecek ve belki de dava konusuna daha uygun hüküm veremeyecektir. Bu sebeple dava vakıalarının tamamının yargılamaya getirilmesi, hem davacının hukukî koruma talebinin adaletin temini amacı açısından gerçekleşmesini sağlayacak hem de hükmün doğruluğuna ve hukuk güvenliğinin gerçekleşmesine yol açacaktır. Zaten bireysel ya da iyileştirilmiş bireysel teori kapsamında tarafın bazı vakıaları getirme yükünden kurtulduğu düşünülecek olursa, hukukî nitelendirme konusunda vasıfsız olan taraf, hangi vakıayı getirmesi, hangisini getirmemesi konusunda gerekli kararı veremeyecektir de. Tarafın bu kapsamda bazı vakıaları yargılama getirmemesi, vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi çerçevesinde haklı görülebilecektir. Ancak bu durumun hayat olayında eksikliklere yol açarak davanın reddine yol açması da usûlî hakkaniyet gereği yadırganmamalıdır. Biz yargılamaya getirilmeyen vakıalar konusunda ise iddia edilmemekle değil, hüküm verilmekle iddia edilmeyen vakılarda tarafın yargılamanın konusu usûlî talebe ilişkin olarak artık getiremeyeceğini düşünmekteyiz. Bu iddialar yargılamaya ise ancak ıslah ve karşı tarafın onayıyla getirilebilecektir.

Hayat olayı, hukukî olayın unsur vakıalarından oluşmakta olup, hâkimin yargılamanın kapsamına ilişkin hayat olayına olan bağlılığı ve iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, yargılamaya getirilen vakıalar

²¹⁶ Kuru, Dava Sebebi, s.248 vd.

²¹⁷ Üstündağ, İddia, s. 51; Melissinos, s. 46.

için söz konusu olacaktır²¹⁸. Bu nokta aynı zamanda tasarruf ilkesi ile taraflarca getirme ilkesinin bağlantısının kurulduğu yeri de ifade etmektedir²¹⁹. Şöyle ki taraf, hayat olayını belirleyebilme yetkisinin bir gereği olarak vakıalar konusunda eleme yapma hakkına sahiptir. Bu, vakıaların tasarruf ilkesine bağlı olduğu noktadır. Ancak vakıalar diğer taraftan hak iddiasının gerekçesini oluşturduğundan tahkikat safhasına ait olup, taraflarca getirilmek zorundadır. Bu ise taraflarca getirme ilkesi ile birlikte vakıaların değerlendirilmesinin nedenini oluşturmaktadır. *Melissinos*'un vakıaları dava konusunu oluşturan ve dava konusunu etkilemeyen vakıalar diye ikiye ayırıp ilk grubu tasarruf ilkesi ve ikinci grubu ise taraflarca getirme ilkesi içinde değerlendirmesine²²⁰ bu sebepten katılmamaktayız. Kaldı ki kendisi yaptığı bu ayırıma ilişkin gerekçelerdirmedi bulunmadığı gibi, örnek de vermemektedir.

5. Tarafların Dilekçesine Bağlı Yasaklar

a. Talep Edilmeyene Karar Verememe

Taleple bağlılık kuralının taşıdığı anlamlardan ilki, tarafın talep etmediği husus hakkında mahkemenin karar veremeyecek olmasıdır. Hâkim, taraf dilekçesi

²¹⁸ *Üstündağ*, *Medenî*, s. 522 vd., 529; *Melissinos*, s. 72. Hayat olayının dava temeli olması nedeniyle hayat olayına dâhil her vakıanın, dava değiştirmeye tâbi olmaksızın sonradan yargılamaya getirilebileceğine ve kesin hükmün hayat olayına dâhil olup ileri sürülmemen unsurları da içereceğine ilişkin yaklaşım için bkz. *Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım*, *Medenî*, s. 238, 239. Bu hususta hayat olayını dava temeli olarak görmekle beraber, dava sebebinin hayat olayının bir bütün olarak değerlendirilmesine ve bu yolla kesin hükmün gerekçe üzerine bile sirâyet etmeyen bir genişlemeye uğramasına katılmamaktayız. Kanaatimizce dava sebebi, hayat olayından dava ilişkisi içine çekilen olgulardır. Bu olgular şüphesiz gerçekleşme biçimlerini de taşıyacaklardır. Zaten hayat olayının unsuru olmaları bu sebeptendir. Ama bu, hayat olayını bir bütün olarak (vakıa kompleksi) dava sebebi olarak görmemize neden olmamalıdır. Aksi halde, taraf için sadece hayat olayını belirtmek yeterli kabul edilecek ve taraflarca getirilmemiş (belki bilerek getirilmeyen) hayat olayının bütününe dâhil olan diğer vakıaların da getirilmeye (en azından aydınlatılmaya) çalışılmasına (bu durumda hâkimin kendiliğinden) neden olacaktır. Kesin hüküm bakımından ise, hayat olayının getirilmeyen unsurlarının bir başka hukukî olay ve hukukî gerekçe altında da altlanıyor olması, sadece hayat olayına dâhil getirilen vakıaların girdiği altlama faaliyeti sonucunda talebin esastan reddedilmiş olması halinde önem taşıyacak ve bir yargılama faaliyetinde içine girdikleri hukukî kalıp içinde tartışılmamış olmadan dolayı kesin hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceklerdir. Söz konusu davanın esastan kabulü halinde ise, hayat olayından doğan talep, maddî hukuk bakımından tespit edilmiş veya giderilmiş olduğundan bir başka davanın görülmesine hakkın yokluğu nedeniyle engel olacaktır.

²¹⁹ *Melissinos*, s. 74.

²²⁰ *Melissinos*, s. 81.

kapsamında istenileni karşılayacak olup, tarafın talep etmediği husus hakkında karar veremeyecektir²²¹.

Tarafın neyi talep etmediğini ve hâkimin ne hakkında karar veremeyeceği dava dilekçesine bakılarak tespit edilecektir. Bu tespitin konusu, istenilen hukukî sonucun ne olduğunun belirlenmesidir. Böylece hâkim istenilmeyen hukukî sonuç hakkında karar veremeyecektir. Ödünce dayalı hukukî ilişkide eşyanın iadesi talep edilmişken, ödünçten dolayı tazminata hâkim karar verememelidir²²².

Talep edilenin ne olduğunu bu şekilde belirttikten sonra, belirtmemiz gereken diğer husus talep edilenin ne olmadığıdır. Talep edilen, hukukî sonuca ilişkin hukukî korumayı sağlayan norm değildir. Tarafın hukukî sebebi göstermiş olması, hâkimin o şeye ilişkin olarak sınırlandığı anlamına gelmeyip, sadece yargılama faaliyetine yönelik daha nitelikli bir yargılama yapılma amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla tarafın belirli bir hukukî gerekçe altında altlama faaliyeti yapılmasını istediği durumlarda, hâkimin farklı bir hukukî gerekçe altında istenilen hukukî korumaya ilişkin hüküm vermesi, talep edilmeyene karar verme olarak değerlendirilmemelidir. Talep edilen, getirilen hayat vakıasına ilişkin hukukî korumanın sağlanmasıdır. Bu korumanın istenilmeyen bir hukukî sebep altlanarak yapılması yargılamanın hizmet ettiği amaca aykırılık oluşturmazacaktır.

Hâkimin tarafın ileri sürdüğü dava konusu hakka ilişkin belirleme ile bağlı olması kuralının taşıdığı anlam, davacının davalıdan gerçekten hak sahibi olmasına rağmen yanlış bir hak iddiası ile dava açmasında da söz konusu olacaktır. Biz hâkime düşen görevin öncelikle tarafın subjektif menfaatinin gerçekleştirilmesini sağlaması olduğunu düşündüğümüzden, davacının davalı ile olan hukukî ilişkisini hatalı nitelendirerek yanlış hak iddiasında bulunması halinde, hâkimin taraflar arasındaki hukukî ilişkiden doğan doğru nitelendirmeyi ve hak iddiasını, kendiliğinden araştırmasını ya da davanın maddî yürütümü kapsamında doğru hayat olayının getirilmesi için tarafların dikkatini çekmesi gerektiğini düşünmemekteyiz.

²²¹ 17.HD., 12.06.2006, 3410/5307 MİHDER 2006 Sayı:5, s.1401; 1.HD., 08.05.2006, 3372/5311, MİHDER 2006 Sayı:5, s.1371; 9.HD, 22.09.2005, 308/30969, MİHDER 2006, Sayı: 3, s. 724. Saenger, Nomos Komm., § 307 kn. 4 (s. 620).

²²² Melissinos, s. 44.

Talep edilenle bağılılık, tarafın karşı tarafla olan hukukî ilişkisini yanlış nitelendirmesi halinde de söz konusu olacaktır. Bu halde hâkim, davayı esastan reddedecektir ve reddedilen hukukî ilişki yanlış nitelendirilen hak iddiası olup, verilecek hüküm gerçek hak iddiası ile dava açılmasını engellemeyecektir. Bu sonuçta belirleyici olan maddî hukuktaki hayat olayıdır. Bu hayat olayı ile ilgisi olmayan bir usûlî talebin ileri sürülmüş olması durumunda, esastan ret sonucu ortaya çıkacaktır. Ancak biz, getirilen vakıaların ve hayat olayının kanunda tek bir talep sonucuna bağlanmış olduğu durumlarda, tarafın başka bir talep sonucunu istemesi karşısında hâkimin tarafa davayı aydınlatma yükümlülüğü dolayısıyla talep sonucunu hayat olayına uygun hale getirmesine dikkatini çekebileceğini düşünmekteyiz²²³. Bunun, hukukun temin edilmesi bakımından da doğru olduğu fikrindeyiz.

Tarafın talep etmiş olduğu hususun maddî hukukta karşılanmasının mümkün olmaması durumunda tarafın talep ettiği sonucun dışında başka bir talep sonucuna mahkemenin hüküm vermiş olması, kanaatimizce talep edilmeyene karar verme olarak değerlendirilemez. Örneğin; davacının sebepsiz zenginleşmeye konu malın iadesini istediği durumlarda, mal davalının kusuru ile telef olmuş ise, mahkeme davalıyı teslim etmesi gereken malın değeri ne ise, davalıyı onu ödemeye (paraya ilişkin) mahkûm edebilir. Keza İcra ve İflâs Kanunu m. 283 hükmüne göre 3. şahıs elindeki malı elinden çıkarmış ise, mahkeme davacıya cebri icra yetkisi değil, elinden çıkardığı mallar yerine geçen değer ne ise, bu değer nispetinde üçüncü şahsı nakden tazmine mahkûm eder. Verilen bu örneklerde talep edilmeyene karar verme söz konusu değildir. Zira talep edilen, yalnızca talep sonucu ile değil, talep sonucunun dayandığı hayat olayı ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu sebeple maddî durumun yeniden tesis edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, mahkeme maddî hukuksal durumun yeniden tesis edilmesine ilişkin taleplerin karşılanamamasından dolayı davayı ret etmeyecek, bu halde tazminata ya da başka bir ikame şeye hüküm verebilecektir.

Dava konusunun dayandığı hayat vakiasının taraflar için tam iki tarafa borç doğuran sözleşmesel bir ilişkiye dayanması halinde, davalının davaya cevabında ödemezlik definde bulunması durumunda mahkemenin vereceği hüküm, zorunlu

²²³ Melissinos, s. 105 vd.

olarak davalının alacağı ödenmekle davacının edayı isteyebilmesi şartını ihtiva eder. Şartlı hüküm olarak değerlendirilebilecek olan bu husus, davalı tarafın hakkında hüküm kurulması için karşılık dava açması gereken bir talep hakkını da hükmün içeriğine almakla talep edilmeyen bir şey hakkında karar vermek anlamına gelmektedir²²⁴. Bu örnek aynı zamanda bir mahkeme hükmünün şartlı olabileceğini de göstermektedir.

b. Talep Edilenden Fazlasına Karar Verememe

Taleple bağlılık kuralının taşıdığı anlamlardan bir diğeri, tarafın talep ettiğinin fazlasına mahkemenin karar verememesidir²²⁵. Taraf maddî hukuk sahasında varolan hakkının sadece bir kısmını usûlî talep olarak açtığı davada ileri sürmüş ise, hâkim, talep edilenin üzerinde bir şeye karar veremeyecektir (HUMK m. 74, Tasarı m. 32). Bu yasağın ya da bağlılığın sebebini de önceki bağlılık kuralı gibi tasarruf ilkesinde görmek gerekmektedir²²⁶.

Bu yasak, sadece kısmi davada talep edilmeyen diğer alacak kalemine mahkemenin hüküm veremeyeceği şeklinde²²⁷ anlaşılmamalıdır²²⁸. Kısmi dava olmayan diğer davalarda da şüphesiz talep edilenden fazlasına karar verememe yasağı söz konusu olacaktır. Bu yasak, sadece talebin, para alacağının talep edilmesi haline de indirgenmemelidir. İlk akla gelen şüphesiz, davacının 500 lira istediği halde, hâkimin davalının 600 lira ödemesine hüküm vermesi gibi örnekler olacaktır.

²²⁴ Bauer, E., s. 345.

²²⁵ Karafakih, Hukuk, s. 74; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 359; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 229; Üstündağ, Medenî, s. 245; Blomeyer, Zivilprozessrecht, s. 90, 91; Hartmann, Baumbach Komm., § 308 kn. 2; Reichold, Thomas/ Putzo Komm., § 308 kn. 1; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher, s. 239; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 131 kn. 6 (s. 914); Zeiss/ Schreiber, Zivilprozessrecht, § 26 s. 65 kn. 171; Vollkommer, Zöller Komm., § 308 kn. 2; Schreiber bu hususta rehin yerine ödeme; tespit yerine eda; gelecekteki ifa yerine şimdiki ifa; teslim yerine temlik örneklerini vermektedir. Schreiber, s. 192. Aynı yönde bkz. Musielak, Münchener Komm., § 308 kn. 7; Saenger, Nomos Komm., § 307 kn. 2 (s. 620); Zimmermann, Zimmermann Komm., § 308 kn. 2.

²²⁶ Leipold, Stein/Jonas Komm. (22.Bası), vor § 128 kn. 139 vd.; Musielak, Musielak Komm., § 308 ZPO kn. 1 (s. 906). Tasarruf ilkesinin, hak arama özgürlüğünün temini amacıyla tasarıda düzenlendiğine ilişkin olarak bkz. Pekcanitez, Tanıtım, s. 13.

²²⁷ Grunsky'e göre bu yasak, sadece davacının ön yargılamada kısmi dava açması ve geriye kalan hak kesimini saklı tutması halinde söz konusu olacaktır. Grunsky, Grundlagen, s. 504.

²²⁸ Melissinos, s. 121 vd.; Musielak, Bindung, s. 352.

Ancak davacı davalıdan belirli bir zaman dilimine bağılı olarak edimini yerine getirmesini dava ettiğinde, hâkimin söz konusu zaman dilimine bağılı olmaksızın edimlerin (borç kalemlerinin) yerine getirilmesine karar vermesi ya da davacı sadece tespit davası açmışken hâkimin ifaya karar vermesi²²⁹ veyahut davacının terditli olarak bulunduğu taleplerde hâkimin ilk istenilene bakmaksızın doğrudan ikinci istenilen talep sonucu hakkında karar vermesi halleri de bu yasağa aykırılık oluşturacaktır.

Hâkimin davanın maddî yürütümü ile yükümlü olması, bu yükümlülük sebebiyle davacıya fazlayı isteyebileceği yönünde hatırlatmada bulunmasına haklı bir gerekçe oluşturur mu? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Tereddütle yaklaşılması gereken bu husus, davacının eda davası açabileceği halde tespit davası açması halinde belirgindir. Bu halde hâkimin vereceği hüküm, acaba davacının hukukî yararının bulunmaması sebebiyle davanın reddi mi olmalıdır? Menfi tespit davası, taraflar arasında mevcut bir hukukî ilişkinin varlığını konu almakta olup, bu davanın açılmasında hukukî yararın bulunmaması, ancak dava açmayarak (başka yollarla) söz konusu ilişkideki menfaatini korumasının ya da açılmış bir davayı savunma imkânları kullanılarak defetmesinin mümkün olması halinde söz konusudur. Zira hukukî korunmanın şeklini tarafın belirleme hakkı bulunmaktadır ve tespit davası da tek başına tarafa hukukî koruma sağlayabilecek niteliktedir²³⁰. Hâkim de, davacı tarafa bu hususta davasını değiştirmesi gerektiği şeklinde ikaz da bulunamamalıdır²³¹. Aksinin kabulü, hem hukukî yarar kavramına usûl ekonomisi kılıfını biçmek hem de hâkimin davanın temelinde değişikliğe sebep olacak tarzda²³² davayı aydınlatma yetkisini kullanacağını kabul etmek anlamına gelmektedir. Bu sebeple kanımızca taleple bağılılık ilkesinin fazlaya hüküm verememe alt ilkesi, menfi tespit davası açıldığında edaya hüküm verememeyi

²²⁹ Schreiber, s. 192.

²³⁰ Postacıoğlu, Medenî, s. 258, 260 vd. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Adalet Komisyonu raporunda, tarafların hak arama özgürlüğüne ait seçeneklerini istedikleri gibi kullanacakları belirtilerek, eda davası açılması mümkünken tespit davası açılmasının mümkün olacağı belirtilmiştir. Adalet Komisyonu Raporu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, s. 144, 145. Aksi yönde bkz. Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 205; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 292.

²³¹ Yargıtay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. 15.HD., 19.01.2009, E.2007/6339, K.2009/153, MİHDER 2009, Sayı: 13, s. 308.

²³² Melissinos, s. 125.

içerdiği gibi, usûl ekonomisi ilkesi sebebiyle hâkimin eda davası açma konusunda davacıya hatırlatmada bulunamamasını ve hukukî yarar yokluğu nedeniyle davanın reddedilememesini de içermektedir²³³. Yoksa mahkeme hükmü, hukukî ilişkiye ilişkin bir tespit istemini, hem hakka ilişkin bir tespit hem de icra edilebilir olma yönünden bir değerlendirmeyi içereceğinden nitelik ve nicelik olarak taleple bağıllık kuralını ihlâl etmiş olacaktır.

c. Talep Edilenden Farklı Bir Şeye Karar Verememe

Taleple bağıllık kuralının sebep olduğu bir diğer yasak, hâkimin talep edilenin dışında farklı bir şeye karar verememesidir²³⁴. Burada farklı bir şeye karar verememenin esasını oluşturan nokta, verilen hükmün sonuç kısmıdır. Farklı bir şeye karar verilmiş olup olunmadığının tespiti için bakılması gereken husus, talep eden kişinin gerçek iradesi ile mahkemenin verdiği hükümdeki sonuç kısmının aynı olup olmadığıdır. Burada tespiti yapılması gereken husus, cümle cümle hükmün sonucu ile talep edenin isteminin aynı olması olmayıp, hükmün sonucunun talep edenin gerçek istemini karşılayacak şekilde oluşturulmuş olmasıdır (HUMK m. 74, Tasarı m. 32)²³⁵.

Talep edenin getirdiği hayat olayı ile ona bağlı olarak talep ettiği hukukî sonuç arasında kanundan kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunması halinde acaba mahkeme getirilen hayat olayına bağlanan hukukî sonuca mı karar verecektir ve bunu yapacaksa kendiliğinden mi yapacaktır? Biz hâkimin hukukî nitelendirmeye

²³³ Hukukî yarar, davacının davalı ile olan hukukî ilişkisinde içinde bulunduğu hukukî durumun emniyetsizliğini ifade etmekte olup, davacının eda davası açmasının mümkün olduğu hallerde dâhi hakkının gerekçesi olan davalı ile olan hukukî ilişkiye yönelik tespit davasının açılması için başlı başına sebep oluşturabilecektir. Bu halde davalıdan bir eda hükmü ve bu hükümde icra edilebilirlik yönünde bir ibare olmaksızın kendisine düşen edimi ifa etmesinin bekleniyor olması gerekmektedir. **Schönke**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 51, 52. Ayrıca eda davası mümkünken tespit davası açılmamasına ilişkin yaklaşım, tespit davasını eda davasının yanında ikincil derece bir dava olarak görülmesine de neden olacaktır. Oysa tespit davasının ikincil derece bir dava olmadığı öğretide kabul edilmektedir. **Blomeyer**, Beiträge, s. 62; **Fashing**, Kommentar, § 228 Anm. 20; **Lüke**, Prozeßführungsbefugnis, s. 22; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 90 kn. 25 (s. 604); **Schönke**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 51; **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 153.

²³⁴ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, Medenî, s. 359; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medenî, s. 229; **Zimmermann**, Zimmermann Komm., § 308 kn. 2.

²³⁵ Onarım yerine değiştirme; geri verme yerine tazminat bu hususa ilişkin örnek verilebilecektir. **Bkz. Schreiber**, s. 192.

bağlı olmadığını, hukukî sebebi kendisinin bulacağını belirtmiştik. Bu kapsamda ileri sürdüğümüz düşünce, hâkimin hayat olayının getirilişine göre önüne gelen uyumsuzluğu çözümlemesidir. Taraf bu çözümlemenin nasıl ve neye dayanılarak yapıldığı ile ilgili değildir. Taraf sadece usûlî talebi yargılamaya getirmekle ve bunun gerekçelerini sunmakla yükümlüdür. Bu yüzden hayat olayı ile uyumlu olmayan bir istek olduğunda, bu saha tarafın yükümlülük sahasına girmektedir. Bu sebeple hayat vakıası ile uyumlu olmayan talep sonucunun istenilmesi halinde bunun sonucuna da taraf katlanacaktır. Ancak hayat olayı ile uyumlu olmayan sonucun talep edilmesi durumunda yargılama yapmakla yükümlü olan hâkim, bu durumu tarafa hatırlatmalı, bunun gereğini yerine getirilmediği takdirde ise hayat olayına hak verse de istenilen sonucun uyumlu olmadığından bahisle davayı reddetmelidir. Örneğin, tasarrufun iptali davasında istenilen hukukî sonuç cebri icra yetkisinin tanınması iken, davacı hayat olayına bağlı olarak yapılan işlemin iptalini istemişse, hâkim davanın maddî yürütümü kapsamında davacı tarafa istemi düzeltmesi konusunda hatırlatmada bulunabilecektir²³⁶.

Yukarıda davacının dava açmakla arzu ettiği sonucun maddî hukukta bozulan hukukî durumunun yeniden tesis edilmesini amaçladığını, buna ilişkin talebin karşılanmasının mümkün olmaması durumunda ise hâkimin hatırlatması üzerine tarafın talebini değiştirerek onun değerini para olarak talep edebileceğini ve bunun talep edilmeyene karar verme olarak anlaşılmaması gerektiğini belirtmiştik. Bu halde tarafın talep ettiği ile mahkemenin verdiği aynı niteliktedir²³⁷. Maddî hukuktan kaynaklanan böyle bir zorunluluk bulunmamakla birlikte hâkim tarafın talep ettiği sonucun dışında başka bir şeye karar verirse bu durum taleple bağlılık ilkesini ihlâl eden bir davranış olarak nitelendirilecektir. Örneğin sebepsiz zenginleşme davası ile iadesini talep ettiğiniz şey karşı tarafın elinde iken mahkeme onun değerinin ödenmesine karar veremeyecektir. Bu halde değerinin ödenmesine karar vermesi talepe bağlılık ilkesini ihlâl edecektir.

Davacının istediği hukukî koruma tespit davası olduğunda mahkemenin edaya hüküm vermesi ya da edaya ilişkin bir dava açıldığında hâkimin tarafların

²³⁶ Melissinos, s. 127.

²³⁷ Melissinos, s. 127.

hukukî durumlarında değişiklik yaratan bir hüküm vermesi, yani açılan davanın niteliği ile uyuşmayan bir hukukî sonuç üzerinden hüküm kurması da farklı bir şeye karar vermedir ve taleple bağlılık kuralını ihlâl eder. Biz özellikle tespit davası ile eda davası arasındaki ilişkiyi değerlendirecek olursak, tespit davasının eda davasının *azı olduğunu* düşünmemekteyiz. Evet, eda davasının reddi ya da kabulü aynı zamanda bir tespiti içermektedir²³⁸, ama bu sonuç sadece derdestlik itirazı bakımından dikkate alınmalıdır. Yani eda davası görülmekte iken, davalının aynı hayat olayına ilişkin tespit davası açması halinde hukukî yararının olmamasının dışında *hayat olayının özdeşliğinden kaynaklanan* bir derdestlik söz konusudur. Ancak bu durum her ikisinin aynı olduğu ya da özdeş dava konusuna sahip oldukları anlamına gelmemelidir. Zira usûlî talep, sadece getirilen hayat olayından ibaret değildir. Derdestlik itirazı kapsamında ileri sürülen bu düşünceden²³⁹ yola çıkılarak tespit davasının eda davasının *azı olduğunu* kabul etmek, hukukî korumanın talep edilen çeşidi ile hâkimin bağlılığını kabul etmemek demektir.

Biz eda davası hükmünde kesin bir hükme ilişkin delil olmaya yönelik bir tespit yapıldığını kabul etmekteyiz. Ancak tespit davası ile eda davasının konularının farklı olduğunu, aynı şey olmadıklarını²⁴⁰, eda davası açan davacının ilgisinin ve menfaatinin mahkemenin edaya ilişkin hüküm vermesine yöneldiğini, bunun ise hüküm sonucu üzerinde tespite ilişkin bir değeri kural olarak içermediğini düşünmekteyiz²⁴¹. Kaldı ki edaya ilişkin açılan davada verilecek hükümde, tespite ilişkin değerlendirme ne bir karar vermeyi ne de bir azına karar vermeyi içermektedir. Şu durumda eda davasında hakkında karar verilen sadece edaya ilişkin usûlî taleptir, tespite ilişkin usûlî talep hakkında karar (urteilstenor) verilmemektedir. Kaldı ki usûlî talep konusunun taraf tasarrufuna dâhil olduğunu düşündüğümüzden, mahkeme eda davasına ilişkin hüküm kurmadığı durumda, hükmünde sadece bu hususu belirtecektir. Mahkeme bu durumda taraflar arasındaki hukukî ilişkiye ilişkin

²³⁸ Habscheid, J. Edgar, s. 43.

²³⁹ Bettermann, Rechtshängigkeit, s. 26 vd.; Habscheid, Streitgegenstand, s. 130; Schwab, Streitgegenstand, s. 130 vd.

²⁴⁰ Tespit davalarının konusu belirli bir hukukî ilişkiyi içermekte iken, eda davalarında hukukî korunma talebi bir genellik içermekte ve dava konusu bir şeyin edasına yönelmekle onun neden dolayı (satım, sebepsiz zenginleşme, ödünç vs.) istenildiğini içermek zorunda değildir. Habscheid, Rechtsverhältnis, s. 46.

²⁴¹ Melissinos, s. 129.

bir tespit faaliyetinde bulunur ve bunu hüküm sonucu kısmında belirtirse, bu hem davacının bu hususta istemi yokken karar vermeyi hem de başka bir şey hakkında hüküm kurmayı ifade edecektir²⁴². Dolayısıyla eda davasına ilişkin verilecek hükmün gerekçesinde yer alan tespitler, tespit davasının konusu ile özdeş olmayı ifade etmezler. Zira tespit davasının usûlî talebinin unsuru olan talep sonucunun konusu, eda davasının usûlî talebinin unsuru olan talep sonucu ile özdeş değildir. Aynı durum inşai davalarda verilecek olan hükmün gerekçesinde yapılacak tespitler için de geçerlidir.

Öğretide fazlaya karar verilip verilmediğinin tespiti konusunda farklı bir yaklaşım daha bulunup, bu düşüncüyü ilk defa ileri süren *Rimmelspacher*'e göre hüküm sonucu, tarafın ileri sürdüğü hukukî durumunun dışında farklı bir hukukî duruma ilişkin verilmiş ise, ortada talep edilenden farklı bir şeye karar verme söz konusu olacaktır. Bu farklılık, davalıdan istenilen yükümlülüğün nasıl gerçekleştirileceği konusunda davacı tarafın yapacağı tercihle belirlenmektedir²⁴³. Örneğin, davacının ipotek hakkının varlığına ilişkin açtığı dava, davalıdan alacaklı olduğunun tespitine karar verilmesini haklı kılmamalıdır. Zira her iki talep davalının farklı hukukî konumlarına ayrı ayrı yönelinmemeyi gerektirmektedir. Davalının aynı konumuna ilişkin yapılan bir talep ise, şu durumda bir başka talebi de içerebilmektedir. Örneğin, Alman hukuku bakımından eşlerden birinin diğer eşin de yapılan ortak masrafa katılması ve ödemesi için açtığı dava, aynı zamanda tarafın icraya katlanması talebini de içermekte olup, mahkeme hükmü bu hususu da ihtiva edecektir²⁴⁴.

Talep edilenden fazlasına karar verememe konusunda kanımızca esas alınacak nokta, usûlî talep kavramı ve onun unsurlarına bağlılık oluşturmalıdır. Taleple bağlılık da tarafın usûlî talep kavramı üzerinde yaptığı belirlemeyi ifade ettiğinden biz, hüküm sonucu olarak istenilen şey ile hüküm sonucu arasında niceliksel bir uyuşmanın söz konusu olmadığı her durumda talepten fazlasına hüküm verildiğini düşünmekteyiz²⁴⁵. Bu sebeple hüküm sonucuna ilişkin taraf iradesine

²⁴² Melissinos, s. 130.

²⁴³ Rimmelspacher, Materiellrechtlicher, s. 240.

²⁴⁴ Wieczorek, Wieczorek Komm., § 308 Anm. § C I b.

²⁴⁵ Sungurtekin Özkan/ Türkoğlu Özdemir, s. 57, 131.

bakılarak, hâkimin neye hüküm veremeyeceği tespit edilmelidir. Bir talebin diğer bir talebi de içerebileceğine ilişkin yaklaşıma bu sebeple katılmamaktayız. Zaten bu hususta verilen örnek²⁴⁶, kanımızca yanlış bir örnektir. Eda hükmü her zaman için icra edilebileceğine ilişkin bir etkiyi barındırmaktadır.

Terditli taleplerde ise, mahkeme, yapacağı inceleme neticesinde asıl talebin karşılanamaması durumunda, yardımcı talebin karşılanıp karşılanmayacağına karar verecektir. Burada söz konusu olan tek bir dava olup, davanın konusunu, aynı hayat olayından doğan asıl bir talep ile bunun usûl ya da esastan reddedilmesi halinde yardımcı bir talep oluşturmaktadır. Bu halde mahkemenin verdiği talep edilenden farklısına karar vermek değildir. Burada taleple bağıllık kuralı, ancak mahkemenin asıl talebi incelemeyen ilk olarak yardımcı talebi incelemesi ve yardımcı talep hakkında karar vermesi ile ihlâl edilecektir²⁴⁷.

d. Talep Edilenden Daha Azına Karar Verebilme

Taleple bağlı olma yasağı, davacının talep edilenden daha fazlasına sahip olmadığının tespit edilmesi durumunda uygulama bulmaz (HUMK m. 74, Tasarı m. 32). Bu durumda davacı maddî hukukta sahip olduğu haktan daha fazlasını talep etmiş olup, mahkeme, davacının maddî hukukta karşılığı olmayan talep sonucu kısmı hakkında olumlu hüküm veremeyecektir.

Yukarıda daha önce vurguladığımız gibi taleple bağıllık kuralının anlamı, davacının talep sonucu kapsamında mahkemenin yargılamayı sonuçlandırması olup, davacının iddiasını ispat edememesi durumunda, davalının ayrıca dilekçe vermesi aranmaksızın mahkeme, davanın reddine karar verecektir. Bu durum, davanın kısmen kabul edilmesi halinde de söz konusu olacak ve davanın kısmen reddi konusunda mahkemenin karar verebilmesi davalının ayrıca bunu talep etmesine bağlı

²⁴⁶ Eşlerden birinin yapılan ortak masrafı payı oranında ödemesine ilişkin bir talebin aynı zamanda icraya katlanması talebini de içermesi.

²⁴⁷ Muşul, Terdit, s. 177; Melissinos, s. 175.

olmayacaktır²⁴⁸. Zira taleple bağıllık kuralı için belirleyici olan, davacının iradesidir²⁴⁹.

Azına karar verme, '*çokta azlık saklıdır*' esasına dayanmaktadır²⁵⁰. Bu kuralın taşıdığı haklılık, davalının zaten dava dilekçesinde istenilen miktar kadar borçlu olduğuna mahkemenin karar veremeyecek olmasında bulunmaktadır. Davacının arzusu, maddî hukukta ihlâl edildiğine inandığı hakkının dava açılmakla korunması ve yeniden tesisidir. Davacı, şu halde dava açtığında talep edilen maddî hukukta karşılığa sahip olduğu oranda mahkemeden hukukî koruma sağlamasını beklemektedir. Davacı talebi, beklentisi tam olarak karşılanamadığı halde, '*ya istediğimin hepsine karar ver ya da hepsine karar veremeyeceksen hiçbir şeye karar verme*' anlamına gelmemektedir²⁵¹. Zaten davalı ile olan karşı konumunu bilen davacı, ona karşı tam kapsamıyla bir başarı elde edemeyeceğini düşündüğü hallerde ya mümkün olanın en fazlasını ister (ki bu durumda zaten daha azına hükmedilmesini kabul etmektedir) ya da olduğuna inandığı miktar kadar talepte bulunarak bu kısma ulaşmayı hedefler. Ancak taleple bağıllık esasının kapsamını davacı iradesinin belirliyor olması, davacının davasını açarken mahkemeyi, '*hepsine karar ver ya da hiçbirine karar verme*' şeklinde açıkça sınırlandırabilir mi? Bu soruya Musielak olumlu cevap vermekte olup, ona göre, mahkemenin kısmen kabul sonucuna ulaşması halinde, davacı, mahkemenin kısmen kabul kararı vermesini istemeyebilecek ve mahkeme de talebi tamamen reddedebilecektir²⁵². Kanımızca taraf iradesinin medenî yargılama hukukunda ifade ettiği anlam, bu olmamalıdır. Bu duruma ilişkin davacı, davalıya karşı tam başarı ya da tam başarısızlık düşüncesinde ise, sadece tespit davası açarak hukukî sonuca ilişkin kesinlik peşinde koşmalıdır. Kaldı ki mahkeme davacının kısmen haklı olduğu durumlarda davanın tamamen reddine sırf davacı istedi diye karar verecek olursa, bu mahkeme kararının ifade edeceği maddî anlamda kesin hükmün anlamsızlığına sebep olacaktır.

²⁴⁸ Üstündağ, Medenî, s. 247; Musielak, Bindung, s. 353.

²⁴⁹ Melissinos, s. 133.

²⁵⁰ Hartmann, Baumbach Komm., § 308 kn. 7.

²⁵¹ Musielak, Bindung, s. 353.

²⁵² Musielak, Bindung, s. 353.

'Çokta azlık saklıdır' esasının ifade ettiği anlam ise, davacının talep sonucu ile aynı nitelikte olan daha azına karar vermeyi karşılamaktadır²⁵³. Daha azın taşıdığı anlam, bu sebeple ilk olarak miktar veya sayı cinsinden talep sonucunun bölünebilir olmasını ifade etmektedir. Örneğin, 500 lira alacak konusunda mahkemenin 200 lira alacağına hüküm vermiş olması bu kapsamdadır. Ama acaba hakkında karar verilenin, dava edilenin azı olmasının taşıdığı bu anlam, karar verilenin, dava edenin istemi kapsamında değerlendirilen ve fakat dava edilen ile aynı miktar ve cins olmadığı durumlarda nasıl değerlendirilecektir (subjektif ölçüt). Bu husus, talep sonucunun *azı* ile *farklısı* arasındaki ayırımı ifade etmektedir²⁵⁴. Dava konusu sadece hayat olayına göre değil, aynı zamanda talep sonucuna göre belirlendiğinden nitelik olarak talep edilenden ayrılarak farklı bir şeye karar vermek, azına karar vermek değildir²⁵⁵. Bu sebeple biz, eda davasına ilişkin talep sonucunun aynı zamanda tespit davasına ilişkin hüküm kurulmasını içerdiğini kabul etmemekteyiz. Bunun gibi açılan olumsuz tespit davası, davalı ile olan hukukî ilişkiyi konu almakta olup, davalının dava konusu üzerinde sahip olduğu menfaat, sadece usûlî talep kapsamında değerlendirilmeli ve açılan davanın kısmen ya da tamamen reddi davalının davacıdan alacaklı olduğunun tespitini içerecek ve fakat davacının davalıya tespiti yapılan miktarı ödeyeceği anlamına gelmeyecektir. Bu halde davada azına karar verme değil, farklısına karar verememe söz konusudur. Burada olumsuz tespit davasının reddinin taşıdığı anlamın sadece davalı alacağının tespitini içermesi, verilen mahkeme hükümlerinin karşıtı ile çelişki yaratamamasına dayanmaktadır (kontradiktorische gegenteil). Aynı karşıtlık, olumlu tespit davası açıldığında verilecek hükmün, karşı tarafın olumsuz tespit davası açmasında söz konusudur (objektif ölçüt)²⁵⁶. Bu halde objektifliğin sebebi davacının istememesine rağmen, onun talebi üzerinden karşı tarafın menfaatini içerek şekilde hükmün kurulabilmesidir. Özellikle eda davasına karşı davalının ödemezlik defii ileri sürmesi halinde, mahkeme hükmü her iki tarafın

²⁵³ Melissinos, s. 134; Musielak, Bindung, s. 354.

²⁵⁴ Melissinos, s. 135; Musielak, Bindung, s. 354.

²⁵⁵ Melissinos, s. 133. Aksi yönde bkz. Musielak, Bindung, s. 354; Vollkommer, Zöller Komm., § 308 kn. 4.

²⁵⁶ Melissinos, s. 141.

menfaatine hitap edecek tarzda, yani aynı anda ifayı karşılayacak tarzda verilebilecektir²⁵⁷.

e. Yasağın İstisnaları (Esnekleştirilmesi)

Tarafların dilekçesine bağlılıktan kaynaklanan yasaklar, bazı durumlarda istisnaya uğramaktadır. Özellikle hâkimin talep edilenden daha farklısına kendiliğinden karar verebildiği hallerde, taleple bağlılık yasağının gerçek anlamda istisnaya uğradığını söyleyebiliriz.

Bu kapsamda verilebilecek en çarpıcı örnek, hâkimin boşanma davasında usûlî talebi haklı görüp de, ortak hayatın yeniden tesisinin mümkün olduğu kanaatine varıp, boşanma talep edilmiş iken; ayrılığa hüküm vermesidir (TMK m. 170 f. 3)²⁵⁸. Bu durumda yukarıda bahsi geçen yasaklardan talep edilenden *farklısına* karar verme söz konusu olmaktadır. Biz usûlî talebe yüklediğimiz anlamdan dolayı, ayrılık hükmünü boşanma talep sonucu ile aynı nitelikte görmemekteyiz ve bu durumda daha azına karar vermenin değil, daha farklısına karar vermenin söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. Kanunun hâkime boşanma davasında ayrılığa hüküm verebilme konusunda yetki vermiş olması, bu yönde verilecek kararların bu husustaki yasaklara istisna olması ile açıklanabilecektir. Bunun gibi tüketici hukkundan kaynaklanan bazı davalarda hâkimin davanın talep sonucu değiştirme iken onarıma ya da bedelden indirim karar verebilmesinde de kanun koyucunun kamu düzeni ya da benzer sebeplerle (3.kişinin hakkının korunması vs.) hâkimi yetkilendirmiş olduğunu düşünmek gerekmektedir. Ancak bu yetkiler, bu davalarda taraf egemenliğinin söz konusu olmadığı, kendiliğinden harekete geçme ilkesinin söz konusu olduğu anlamına gelmemektedir. Burada söz konusu olan, kanımızca, hâkime tanınan çekişmenin sonuçlandırmasına yönelik değişiklikler yapabilme (redaktionelle Änderung) ve sonucu belirginleştirebilme (Präzisierung) yetkisidir²⁵⁹. Bu yetki sadece talep sonucunun değiştirilmesinde değil, talep edilmeyene karar vermeye yönelik de olabilecektir. İcra ve İflâs Kanunu m. 301 f. 2'ye göre konkordato

²⁵⁷ Melissinos, s. 143.

²⁵⁸ Ottomann, s. 95.

²⁵⁹ Ottomann, s. 95.

talebinin reddi halinde, hâkimin alacaklılar talebi olmaksızın borçlu malları üzerinde ihtiyati haciz kararı vermesi bu kapsamda örnek verilebilecektir.

D. Taraf Dilekçeleri İle Bağlılık Kuralının İstisnası: Yargılama Giderleri ve Para Cezaları

Yukarıda bahsi geçen yasaklar, talep edilenin dışında farklı bir şeye karar vermeyi ifade etmekteyken, kuralın istisnası talep olmadığı halde karar vermeyi ifade etmektedir. Bu halde söz konusu olan tasarruf ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek bir davada, hâkimin talep edilmeyen bir husus hakkında kendiliğinden hüküm verebilmesidir. Kendiliğinden harekete geçme ilkesinin söz konusu olduğu hallerde zaten hâkim kanunun kendisine verdiği yetki kapsamında farklı şeylere ilişkin olarak hüküm verebilmektedir. Bu sebeple kendiliğinden harekete geçme ilkesine tâbi bir davada, hâkimin taleple bağlı olmaksızın karar verebilmesini kuralın istisnası olmaktan çok, tasarruf ilkesinin istisnası olmaya bağlamak gerekir.

Kuralın istisnası ise, tasarruf ilkesine tâbi olunan bir yargılamada, davacının usûlî talebi ile bağlılığın söz konusu olmadığı hallerdir. Mahkeme masrafları yargılama hukukunda özel bir nitelik gösterdiğinden²⁶⁰, mahkemenin talebin bulunmaması halinde, bu hususta karar vermeyecek olması düşünülemez²⁶¹. Burada yapılan faaliyetin niteliğinden kaynaklanan bir kamu yararı bulunup, bu yarar dolayısıyla mahkeme, mahkeme masraflarına taraflardan hangisinin tamamen (HUMK m. 417 f. 1 c. 1) ya da kısmen yükleneceğini (HUMK m. 417 f. 1 c. 2) kendiliğinden hükme bağlamakla yükümlüdür²⁶².

İlk derece mahkemesinin kararının kanun yoluna başvurularak bozulması halinde istinaf mahkemesinin yeniden yapacağı yargılama neticesinde vereceği hüküm (HUMK m. 426/T) ile kanun yolu mahkemesinin kararı üzerine ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükümde meydana gelecek değişiklikler, yargılama

²⁶⁰ Musielak, Bindung, s. 356.

²⁶¹ İBK 29.05.1957, 4/16. Ayrıca HGK 28.05.2008, 10-370/410, Yargı Dünyası Ekim 2008, Sayı: 154, s. 41.

²⁶² Musielak, Bindung, s. 356; Schreiber, s. 192.

giderlerini de etkileyecek ve yargılama giderleri hakkında mahkeme farklı bir karar verebilecektir. Bu halde aleyhe bozma yasağı ile bir bağlantı kurulamamalıdır.

Mahkeme tarafından verilen idari para cezaları da istisnai bir nitelik göstermektedir. Bu halde karşı tarafın bir talebi aranmaksızın mahkeme idari para cezalarına ve öngörülen diğer cezalara hükmetmektedir. Hâkimin reddi talebinin, kötünîyetle yapıldığının anlaşılması ve esas yönünden kabul edilmemesi hâlinde talepte bulunan taraf (HUMK m. 36 f. 4) idari para cezasına, kötünîyetle ıslaha başvurulması halinde başvuran taraf (HUMK m. 90) idari para cezasına, usûlüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin duruşmaya gelmemesi halinde (tanık hakkında) (HUMK m. 253), kanuni bir sebep göstermeden veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinmesi, kendisine sorulan sorulara cevap vermekten kaçınması ya da yemin etmemekte direnmesi halinde söz konusu tanık (HUMK m. 271) sebep olduğu giderleri ödemeye, kötünîyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf (HUMK m. 422), yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye ve ayrıca idari para cezasına ve hâkim hakkında kötünîyetle ve haksız tazminat davası açılması halinde davacı (HUMK m. 576) idari para cezasına mahkûm edilir.

E. Dava Değiştirme

1. Genel Olarak

Dava, tarafın hukukî korunmanın temini amacıyla yargı organına başvurusunu ifade etmekte olup, bu suretle kendisi ile karşı taraf arasında kurulan bir usûlî ilişkidir²⁶³. Bu iki unsur (taraf ve dava konusu), dava hakkının bireyselleştirilmesini sağlayan ve hak arama özgürlüğü (adalet erişimi) ile olan ayrımı ortaya koyan öğelerdir²⁶⁴. Bu unsurlardan birinde meydana gelecek değişiklik davanın değişmesi anlamına gelmektedir²⁶⁵. Bu unsurlardan dava konusuna ilişkin meydana gelecek değişiklikler, objektif anlamda davanın değiştirilmesi, tarafta meydana gelecek

²⁶³ Guldener, Zivilprozessrecht, s. 192.

²⁶⁴ Haus, s. 7, 65; Soliva, s. 3.

²⁶⁵ Gross, Klageänderung, s. 19.

değişiklikler ise sübjektif anlamda davanın değiştirilmesi olarak nitelendirilmektedir²⁶⁶.

Dava değiştirmenin mümkün olması ve bunun kapsamı, doğurduğu sonuçlar açısından tereddütle yaklaşılması gereken bir konudur. Zira dava açmakla yargılama hukuku açısından davacı, davalıya iddia ettiği hususlara ilişkin bir yük yüklemiş ve iddia edilen hususlara ilişkin olarak davalı kendisini savunmak durumunda kalmıştır. Bu durumda, mahkeme de dava edilen hususlar hakkında yargılama yapmak ve karar vermekle yükümlüdür. Dava açmakla meydana gelen bu sonuçların akamete uğramaması, hem hukukî dinlenilme hakkına uygun bir yargılama yapılmasının sağlanması açısından hem de yargılama faaliyetinin yapılacak değişikliklerle uzamasına engel olunması açısından önem taşımaktadır. Bu sebeple medenî yargılama hukukunda kural olarak dava değiştirmenin yasak olması kabul edilmelidir²⁶⁷. Aksi halde taraflar, dava ettikleri konuya ilişkin yargılama süresince değişiklikler yapacak, her değişiklik karşı tarafın tekrar savunma yapmasına, buna bağlı olarak yeni deliller ileri sürmesine ve yargılama faaliyetinin uzamasına neden olacaktır²⁶⁸. Bu durumdan mahkemenin o zamana kadar yaptığı yargısal faaliyetler de etkilenecektir²⁶⁹.

Biz bu endişeye katılmakla birlikte, taraflar arasındaki uyuşmazlığın bütün kapsamıyla ve kesin olarak sonlandırılması için, gerek yargılama süresi içinde meydana gelen uyuşmazlık konusu ya da taraflarla ilgili değişiklikler nedeniyle gerekse de yargılama öncesi mevcut olup da tarafın yanlışlıkla ileri sürmediği (süremediği), unuttuğu, sonradan farketmediği davayla ilgili hususları davaya getirerek davada değişiklik yapılabileceğini kabul etmekteyiz²⁷⁰. Tarafların dava

²⁶⁶ *Alangoya*, dava değiştirme ile anlaşılması gereken hususun taraflar olmadığı, taraf değişikliği halinde bir dava ile bir başka davanın yer değiştirdiği düşüncesindedir. *Alangoya*, Taraf İradi Olarak, s. 165, 167, 186.

²⁶⁷ *Ansay*, Islah (AÜHFD) adlı makalesinde 4.2.1948 tarihli ıslaha ilişkin içtihatı birleştirme kararının akabinde Adalet Bakanlığının hazırladığı ve 20.2.1948 tarihinde TBBM'ne sunduğu tasarının ön tasarısında bu imkânı engellemek için ıslah kurumunun çıkarıldığını, sonradan bundan vazgeçildiğini nakleder. *Ansay*, Islah (AÜHFD) s. 123; *Schwab*, Anmerkung (ZZP 91), s. 493; *Walther*, s. 47, 48.

²⁶⁸ *Gross*, Klageänderung, s. 19.

²⁶⁹ *Guldener*, Klage-, s. 77.

²⁷⁰ *Ansay*, Islah (Adliye Ceridesi), s. 1839 vd.; *Ansay*, Islah "Reforme", s. 4751; *Tuna*, Usuli Muamelelerin, s. 526; *Soliva*, s. 33; Alman hukuku düzenlemesinde geri almanın somut olay

değiştirmelerinin mümkün olmasına ilişkin varılan bu sonuç, tasarruf ilkesi ile bağlantılıdır. Tasarruf ilkesi burada, dava değişikliğine ilişkin yetkinin kullanılabilirliğinin tarafa ait olması sebebiyle söz konusudur. Ancak istenilen değişikliklerin yapılması, uyuşmazlığın yargı organı önünde görölüyor olması sebebiyle bazı kurallara bağlı olacaktır²⁷¹. Ayrıca bir de yapılması istenilen değişiklik konusunda tarafların menfaati de bulunmalıdır.

Dava değiştirmeyi haklı kılan bir diğer gerekçe, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların usul ekonomisi ilkesi gözetilerek çözümlenmesidir. Dava değiştirmeyi engelleyen her kısıtlama, taraflar arasında uyuşmazlık konusu ile ilgili ve fakat yargılamaya sunulmamış olan her konunun sonradan başka bir dava ile yargı organının önüne getirilmesine neden olacaktır. Bu da yargı organının birbiri ile ilgili olan her uyuşmazlık noktası için ayrı ayrı uğraşmasına ve zaman kaybından dolayı uyuşmazlık çözümlerinin uzamasına yol açacaktır²⁷².

Dava değiştirmenin gerekliliğini, uyuşmazlıkların kesin olarak sona erdirilmesi ve yargı organının uyuşmazlıktan doğan her husus için ayrı ayrı meşgul edilmemesi sebebiyle biz de kabul etmekteyiz²⁷³. Ancak yapılması istenilen değişiklik, mutlaka tarafların uyuşmazlık konusu yaptıkları husus ile ilgili olmalı²⁷⁴, uyuşmazlığın çözümlenmesi için mahkeme tarafından uygun görölmelidir²⁷⁵ ve bu yetki bu nedenle mahkemenin uyuşmazlık konusunda sonuçlandırma aşamasına geçtiği safhada kullanılamamalıdır. Yargı organından tahkikat safhasına tekrar dönerek

bakımından haklılık taşıdığı durumlarda davalının onay iradesi aranmaksızın davanın geri alınabileceği düzenlemesi (§ 268) ayrıca mevcut olup, bu hükmün uygulanması davanın uzatılması gibi kötüniyetle yapılmamasına bağlı olacaktır. **Leipold**, Verfahrensbeschleunigung, s. 337.

²⁷¹ Bu hususta mahkemenin iknasının aranması, kanımızca ıslahın tek taraflı bir usulü işlem olmasının doğurabileceği sakıncaları önleyebilecektir. Buna ilişkin eleştiri için bkz. **Tuna**, Islah, s. 597.

²⁷² **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 163, 179; **Tuna**, Usuli Muamelelerin, s. 526; **Yılmaz**, Islah Yoluyla, s. 103; **Soliva**, s. 33.

²⁷³ Bu husus aynı zamanda medenî yargılama hukukunun amacı ile de uyumludur. **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 179.

²⁷⁴ **Blomeyer**, Klageänderung, s. 125; **Henckel**, Parteilehre, s. 234; **Yılmaz**, Islah Yoluyla, s. 107; **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 177.

²⁷⁵ Bu hususta düzenlememizde açık hüküm olmasa dâhi medenî yargılamadan beklenen amacın gerçekleşmesini temin ile yükümlü olan hâkime bu yönde kanımızca yetki verilmelidir.

değişiklik kapsamında artık inceleme yapmasını beklemek artık mümkün olmamalıdır²⁷⁶.

Dava değiştirme kurumunun ne olduğunun doğru olarak saptanabilmesi için, kanımızca dava değiştirme yasağını ifade eden teksif ilkesinin altında yatan düşünceye kısaca göz atmak gerekir. Roma Hukukunun Litis Contestatio'su günümüz teksif ilkesinin taşıdığı anlamı esasen ortaya koyacak ipuçları vermektedir. Bu kavram, usûlî anlamda tarafların bir sonraki aşamada neyi tartışacaklarını gösteren bir usûlî sözleşme olarak değerlendirilebilir²⁷⁷. Taraflar bununla mahkeme önüne getirdikleri konuyu, iddiaları, taleplerini kendilerini bağlayacak şekilde belirlerler ve bu aşamadan sonra diğerinin menfaatine aykırı olacak şekilde ne iddiaları ne de dava konusu üzerinde değişiklik yapamazlar. Aynı zamanda iddia edilen hususların somutlaştırılmasını da sağlayan bu safha sonrasında artık davanın değiştirilmesinin mümkün olmadığı söylenebilecektir. Öyleki buna yol açmamak için Roma Hukukunda tarafların dava konusunu dış dünyada da devir etmeme yükleri vardı. Öncelikle şunu söyleyebiliriz ki, yargılamanın sıhhati ve ulaşılan sonucun maddî gerçeğe uyuşması açısından dava değiştirme kurumunun gerekliliği konusunda tereddütümüz bulunmamaktadır. Öğretide de bu hususta tereddüt bulunmamaktadır, ancak öğreti dava değiştirmeden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı düşüncelere sahiptir. Bu hususta ileri sürülen düşünceleri temel

²⁷⁶ Bu gerekçelerle kanun yollarında ve kanun yolundan döndükten sonra ilk derece mahkemesinde yapılacak yeni tahkikat kapsamı ile ilgili olsa bile yargılamanın daha fazla uzamaması adına artık değişiklik yapılamamalıdır. *Ansay*, bu yönde ileri sürülen düşüncelere, ıslah kurumunun kendiliğinden davayı uzatan bir karaktere sahip olması ve kurumun özelliğinden kaynaklanan bu durum nedeniyle tahkikattan sonra ıslah yapılamayacağına ilişkin düşüncelere katılmamaktadır (*Ansay*, bu yöndeki düşüncelerini aynen teslimi istenilen bir malın bozma kararından sonra telef olması halinde tazminat davasına ya da davacının ayrılık kararı istemişken artık boşanma davası açması gerektiğine ilişkin örneklerle ifade eder. *Ansay*, *Islah* (AÜHFD), s. 127) 128). Kanımızca kurumun bu özelliği kanun yolu incelemesinden sonra sadece gerçek yeni vakıaların gerçekleşmesi durumunda kullanılabilirdir. Nasıl kanun yolu yargı organı ile ilk derece mahkemesi arasında uyumsuzluk konusuna ilişkin işlevsel yetki paylaşımı söz konusu olup, bu sebeple kanun yolunda ıslah yapılamamakta ise, bozmadan sonra ilk derece mahkemesinin önüne uyumsuzluk konusu tekrar geldiğinde mahkemenin vereceği uyma kararı da bozma kararı kapsamında tahkikat yapılmasını gerektirecek, bu durumda da ileri sürülmesi gereken nedenler sadece gerçek yeni vakıa iddiaları olacaktır. *Ansay*'ın verdiği örneklerde de iadesi istenilen malın telef olması ile ayrılık davasında artık boşanma lüzumunun gerekliliği yeni vakıa iddialarıdır. Dava açılırken söz konusu vakıalar gerçekleşip de istenilmemiş ise, bozmadan sonra bunların ıslah yoluyla istenilmesi ıslah kurumu ile güdülen amaca da kanımızca aykırılık oluşturmaktadır.

²⁷⁷ **Burcu Doğan**, Eksik, s. 93 vd.; **Burcu Doğan**, Litis, s. 377; **Umur**, s. 126; **Yıldırım**, Dava Konusu Teorileri, s. 23; **Hesselberger**, s. 37; **Max, Kaser**, Das römische Zivilprozessrecht, München 1966, s. 219 (Naklen **Özmumcu**, s. 202 dn. 18).

olarak iki başlık altında toplanabilir. Bunlardan ilkinde göre dava değiştirmede iki tane dava söz konusu olup, dava değiştirme bir davadan diğerine dññlmeyi ifade eder²⁷⁸. Diğeri ise dava değiştirmeyi, bir davadan diğer bir davaya değişme olarak görmeyip, açılan davanın unsurlarının değiştirilmesi olarak görmektedir²⁷⁹. Özellikle taraf unsuru değişikliği konularında bu husustaki tartişmalar güncelliğini devam ettirmektedir. Bu kapsamdaki tartişmalar da ya açılan davanın taraflarının iradesiyle değiştirilip değiştirilemeyeceği şeklinde ya da dava konusu üzerinde geręekleřen maddi hukuk sahasındaki tasarrufların taraf değişikliğine yol açıp açmayacağı konularında görñlmektedir. Bu hususlardan ilki davada tarafın ışlah ile değiştirilebilip değiştirilemeyeceği sorununa²⁸⁰, diğeri ise taraf sıfatı ve takip yetkisi ile ilgili soruna yol açmıştır. Biz daha evvel dava konusu hakkında düşñncelerimizi ortaya koyduğumuzdan, öncelikle dava konusu üzerinde meydana gelecek değişiklikleri, sonra taraf değişikliğine ilişkin yaklaşımımızı ve son olarak ise dava konusu edilen husus üzerinde maddi hukuksal tasarrufun yol açacağı usñli sonuçlar üzerinde kanaatimizi ortaya koyacağız.

2. Dava Konusunda Değişiklik

a. Genel Olarak

Davanın bireyselleştirilmesini sağlayan unsurlardan biri de dava konusu olup, dava konusunda tarafların yapacakları değişiklikler de dava değiştirme olarak değerlendirilmelidir. Dava konusunun unsurlarının hayat olayı ve bundan çıkan talep

²⁷⁸ Kisch'in 1912 tarihli *Parteiänderung im Zivilprozess* adlı eseri ile bu görüş ileri sürñlmüřtür (Naklen Alangoya, Tarafta İradi Olarak, s. 165 dn. 112 ve Gross, Klageänderung, s. 60, 61). Alangoya da bu düşñncede olup, dava değiştirme ona göre sadece tarafı aynı kalan davalarda söz konusu olacaktır. Alangoya, Tarafta İradi Olarak, s. 165, 168, 177. Yazar ancak sonraki dava ile ilk dava arasında irtibatın bulunması durumunda usñlin amacından yola çıkarak tarafta değişikliğin dava değiştirme hükümleri ile uygulanabileceğini kabul etmektedir. Değiştirilen ile değişen taraf arasında dava konusundan kaynaklanan bir bağın olmadığı durumlarda dava değiştirme hükümleri uygulanmayacak, sadece davanın geri alınması ve yeni davanın açılması söz konusu olacaktır (Tarafta İradi Olarak, s. 182, 183). Söz konusu irtibatın varlığı halinde ise Yazar yine davalı tarafın rızasını aramaktadır (Tarafta İradi Olarak, s. 189).

²⁷⁹ Üstñndaę'a göre ise dava temeline ilişkin olan zaruri unsurlarda yapılacak değişikliklerin hepsi davanın değişmesi hükümleri ile uyumludur. Üstñndaę, İddia, s. 187 vd, 191. Ayrıca Yılmaz, İşlah, s. 398.

²⁸⁰ Dava konusu üzerinde değişikliğin dava değiştirme olduğu konusunda tereddñt bulunmamaktadır.

sonucu olduğunu kabul ettiğimizden, bu unsurlarda meydana gelecek değişiklikler dava değiştirme içinde değerlendirilmelidir²⁸¹.

Bağımsız bir vakıa olmayan, ileri sürülen vakıaları tamamlayan bağlı veya unsur vakıaların ileri sürülmesi ise, teksif ilkesi kapsamına girmediğinden ayrıca karşı tarafın onayına ya da ıslaha başvurmaya gerek olmadan ileri sürülebilecektir.

b. Hayat Olayı Değişikliği

Dava konusunda değişiklik, sadece hayat olayına ilişkin vakılarda değil, aynı zamanda hayat olayının bizzat kendisinde meydana gelecek değişikliklerle de söz konusu olabilecektir. Örneğin, evin boşaltılmasına ilişkin bir talep, işgal olgusuna dayandırılmış iken, bunun ihtiyaç sebebiyle tahliye davasına dönüştürülmesi durumunda hayat olayına ilişkin dava değişikliği söz konusu olmaktadır²⁸². Burada salt vakıa değişikliği değil, hayat olayı değişikliği bulunmaktadır²⁸³. Hayat olayı ile birlikte vakılarda da değişiklikler olacaktır. Ancak bu değişiklik, hukukî sebepte değişiklik olarak görülmemelidir. Zira hâkimin hukukî sebebi bulmak ve olaya uygulamakla yükümlü olması, sadece getirilen hayat vakıası ve onun gerekçesinde bulunan vakıalar kapsamındadır. Şu durumda hayat olayında gerçekleşecek değişiklik, hâkimin artık değiştirilen hayat vakıası konusunda hüküm verme yükümlülüğünü ortadan kaldıracak, onu yeni hayat olayına ilişkin hüküm vermek yükümlülüğü altına sokacaktır. Hâkim, bu halde artık o hayat olayına ilişkin hukukî sebebi bulacak ve hükmünde uygulacaktır.

²⁸¹ Gross, Klageänderung, s. 19; Soliva, s. 25; Schwab, Anmerkung (ZZP 91), s. 493.

²⁸² Dava konusunu sadece talep sonucu olarak değerlendirilmesi durumunda, dava konusunun aynı kalıp da hayat olayının (vakıa kompleksinin) değişikliğe uğramasını dava değiştirme olarak görmemek gerekir. Bkz. Hanağası, s. 123, 125. Biz dava dilekçesinin talep sonucundaki ifadelerine bağlı kalınarak sadece şekli özdeşlik ile dava konusunun sınırlanamayacağını (belirlenemeyeceğini), dava konusunun talep sonucu ile hayat olayından oluşan usulî bir talebi ifade ettiğini, bu nedenle talep sonucu aynı kalmakla beraber farklı vakıa kompleksinin ileri sürülmesi durumunu dava değiştirme olarak görmekteyiz.

²⁸³ Yılmaz, Islah, s. 192. Postacıoğlu'nun dava sebebini teksif ilkesi içinde değerlendirirken, dava sebebi olarak belirleyici ölçüyü, vakıa değil, hukukî sebep olarak görmesi bu sebep dolayısıyladır. Postacıoğlu, Medenî, s. 435 vd, 443 vd. Ayrıca Postacıoğlu, Hukuki Sebep, s. 516.

c. Talep Sonucunun Değiştirilmesi

Dava konusunun diğer unsuru olan talep sonucunda meydana gelecek değişiklikler de dava konusunun kapsamına dâhil olan değişikliklerdir. Sadece talep sonucunun değiştirilmesi, dava konusunda meydana gelen salt nicelik değişiklikleridir. Bu halde hayat olayı aynı kalmakta, taraf sadece talep sonucunu değiştirmektedir²⁸⁴. Örneğin, tazminat talebinin, kınanma istemi gibi başka bir tazmin şekli ile ikame edilmesi durumunda sadece talep sonucu değişmektedir. Mahkemenin o ana kadar yaptığı tazminin nedeni olan vakıa ve hayat olayında bir değişiklik meydana gelmemektedir. Davacı ile karşı davanın davacısı aynı hayat olayından dolayı talep etmiş olduğu sonucun yerine, dava açarken isteyebilecekken istememiş olduğu bir başka istemi geçirtmektedir. Usûlî talebin kapsamına ilişkin taraf eğemenliği buna olanak vermektedir. Zira söz konusu olan denkleştirici adaletin nasıl sağlanacağı, uyuşmazlığın nasıl ortadan kalkacağı hususudur. Bu da tarafların belirlemelerine bağlıdır.

Talep sonucu, davanın konusunu oluşturan unsurlarından biri olarak tarafın mahkemeden istediği şeydir. Bu ise, bir taraftan davanın türünün ne olduğunu ortaya koyar, diğer taraftan da mahkemeyi istenilen husus hakkında karar verme yükümlülüğü altına sokar. Bu hususun dışında talep edilmeyen bir şey hakkında mahkeme hüküm veremeyecektir. Bu nedenle özellikle talebin eda talebi iken tespit talebine dönüşmesi dava değiştirmedir. Daha evvel dava konusunun belirlenmesi ve buna bağlılık hususunda belirttiğimiz gibi tespit ve eda taleplerinde hayat olaylarının ayniyeti bu talepleri ne özdeş yapar ne de birinin diğerinin içinde talep edilmiş olması sonucunu doğurur²⁸⁵. Aksini kabul ettiğimizde, bizim ilk olarak her eda talebinde aynı zamanda bir tespit talebi olduğunu kabul etmemiz, ikinci olarak ise eda talebini tespit talebine dönüştürürken bir talep sonucu azalmasından bahsetmemiz gerekecektir²⁸⁶. Biz bu düşüncede olmadığımızı daha evvel belirtmiştik²⁸⁷. Zira eda taleplerinde, taraf bir şeyin ifasına hüküm kurulmasını -o

²⁸⁴ Soliva, s. 25, 26.

²⁸⁵ Gross, Klageänderung, s. 48; Gross, Klageänderung (ZJP 75), s. 447, 449; Haus, s. 178.

²⁸⁶ Oysa her iki talep sonucu farklı hukukî koruma tipi oluşturur ve bu koruma tiplerindeki değişiklik hukukî sonuca ilişkin talebin içerik olarak değişmesine etki eder. Soliva, s. 29.

²⁸⁷ Bkz. II. Bölüm, dn. 168.

şeyin tespiti için yapılmasından bağımsız olarak- istemektedir. Edaya ilişkin tespit yapılmadan da hükmün kurulabileceği düşünülecek olursa, eda talebi tespit talebini içermeyebilecektir. Kaldı ki, bir tespit için gerekli olduğu eda taleplerindeki tespit, hakkında hüküm kurulması istenmediği sürece kural olarak hükmün gerekçe kısmında yer alacak ve edaya ilişkin talebin neden reddedildiğini, neden kabul edildiğini belirtecektir. Bu sebeple biz eda talebinin tespit talebine dönüştürülmesini talep sonucunda bir azalma olarak görmeyip, talep sonucunda bir değiştirme olarak görmekteyiz²⁸⁸.

Maddî anlamda edaya ilişkin kesin hükmün objektif kapsamı içinde tespit unsurunun barınması, talep sonucu içinde onları özdeş yapmaz²⁸⁹. Bizim her ikisi için özdeşlikten ya da birinin diğerine göre geniş olmasından bahsetmememizin temel nedeni, dava konusunu sadece talep sonucuna yönelmiş olan tek unsurlu dava teorisi ya da sadece derdestlik konusunda bu duruma hak verdiğimiz görecelilik teorisi ile açıklamayıp, dava konusunu hayat olayı ve talep sonucu unsurlarının bütünü olarak değerlendirmemizdir. Zaten bir tek istem sonucunu dava konusu olarak görmüş olsaydık, biz o zaman hemen yukarıdaki iki başlıkta belirtilen sadece hayat olayına ya da vakıalara ilişkin değişiklikleri dava değiştirmesi olarak göremezdik.

d. Talep Sonucunun Artırılması

Talep sonucunun değiştirilmesinde olduğu gibi, talep sonucunun artırılması da dava konusunda değişikliğe yol açacaktır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 87 son fıkra düzenlemesi ile ıslah vasıtasıyla yasak olan talep sonucunun artırılması, söz konusu düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin 20.07.1999 tarihli kararı²⁹⁰ ile ortadan kaldırılması üzerine tekrar uygulanırlılık kazanmıştır. Bu iptal kararı ile öğretinin söz konusu düzenlemenin (HUMK m. 87 son fıkra) ortadan

²⁸⁸ Gross, Klageänderung, s. 49. Bu nedenle geri alınan talep sonucu için davanın geri alınması kuralının uygulanırlığı kabul edilmiş ve davalının rızasının aranacağı ileri sürülmüştür. Gross, Klageänderung, s. 52, 55.

²⁸⁹ Göreceli (dar) dava konusu fikri ise eda ile tespit hükmü verilmesine yönelik taleplerdeki değişiklikleri dava değiştirme olarak görmeyebileceklerdir. Gross, Klageänderung (ZZP 75), s. 449.

²⁹⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 99/1, K. 99/33 - RG. 4.11.2000, Sayı: 24220.

kaldırılması veya dar şekilde anlaşılıp uygulanması şeklindeki eleştirileri²⁹¹ de karşılanmıştır. İptal kararı, tarafların aynı hayat olayından kaynaklanan ek taleplerine ilişkin ek dava açarak yargı organının ikinci kez meşgul edilmesi zorunluluğunu önlemesi bakımından usûl ekonomisine hizmet etmektedir²⁹². Söz konusu iptal hükmü olmasaydı, dava konusunun taraf egemenliğine ait bir saha olduğunu belirterek biz de eleştirimizi ifade edecektik. Bu husustaki haklı gerekçemiz ise, dava değiştirmesinin ıslah dışındaki diğer yolu olan karşı taraf rızası (HUMK m. 185) ile mümkün olması olacaktı.

Talep sonucunun artırılması acaba neyi ifade etmektedir? Biz dava konusu kavramını sadece talep sonucu ya da sadece hayat olayı olarak görmediğimizi yukarıda değişik hususlara ilişkin olarak belirtmiştik. Bize göre dava konusu, bahsi geçen her iki unsurun bir arada bulunduğu bir kavramdır. Bu sebeple talep sonucunun artırılması denilince bunu, talep edilen şeyin nitelikli olarak artırılması olarak görmeyip, sadece talep sonucunun nicelik olarak artırılması, yani talep edilen miktarın ölçüsünde bir artırma şeklinde anlamaktayız. Bundan dolayı talep sonucunun tespit iken edaya, taksitle ödeme iken peşin ödenme talebine, tenkis iken iptale dönüşmesi gibi hallerde talep sonucunun artırılmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Talep sonucunun artırılması ile şu durumda kastedilen talep sonucu tutarının artırılmasıdır²⁹³ ²⁹⁴. Örneğin, 1000 liralık alacak tutarının şimdilik 500 lirasının ya da 20 kilo buğday alacağının şimdilik 10 kilosunun talep edilmesi

²⁹¹ Yılmaz, s. 175; Üstündağ, İddia, s. 175, Üstündağ, Medenî, s. 552; Ansay, Islah (Adlîye Ceridesi), s. 1842. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki kararı hakkında açıklamalar için bkz. Yılmaz, Islah, s. 213 vd.

²⁹² Yargıtay'ın dava evvel söz konusu düzenlemeyi hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir düzenleme olması yaklaşımına, ek dava açma yolunun açık olması sebebiyle katılmamaktayız. İptal hükmü ile kanımızca hem medenî yargılamada çekişmenin konusunu tarafların belirleme haklarının kısıtlanmamasına hem de aynı hayat olayından kaynaklanan usûlî taleplerin (ya da dava edilen usûlî talebin diğer kesitinin) kısa yoldan karşılanmasına olanak sağlanmaktadır. Söz konusu Yargıtay kararları için bkz. 4. HD., 10.05.1983, 4160/5059; 3.HD., 30.11.1987, 2621/11529. www.kazanci.com.tr.

²⁹³ *Artırma*: Artırmak işi. Büyük Türkçe Sözlük. www.tdk.gov.tr.; Karşı, Klageverbesserung, s. 409, 410.

²⁹⁴ Anayasa Mahkemesinin HUMK m. 87 son fıkra düzenlemesini iptal eden kararında da zaten orman arazisi olduğu iddia edilen yüzölçümünde bir artırma yapılmıştır. Konuralp de, söz konusu iptal hükmünden ıslahla artırılan hususun dava konusu edilen hususun niceliğinin artırılması şeklinde anlaşıldığını Ejder Yılmaz'ın Islah Yoluyla Dava Konusunun Artırılması adlı, 11 Mayıs 2001 tarihli sunumu sonrası tartışmalarda belirtmektedir. Özel Hukuk Ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu 11 Mayıs 2001, s. 116.

davalarında davacının talep ettiği tutarları artırması (1000 TL'ye ya da 20 kilo buğdaya çıkarması), talep sonucunun artırılmasıdır.

Talep sonucunun tutar olarak anlaşılması ve ıslah ya da karşı taraf rızası ile artırılabilceğini kabul etmenin sadece kısmi davalarda söz konusu olması hususuna tasarruf ilkesi açısından baktığımızda, Yargıtay'ın kısmi davaya ilişkin yaklaşımının doğru olmadığını düşünmekteyiz. Tasarruf ilkesinin ifade ettiği ilk husus, tarafın talep ettiği hususa ilişkin mahkemenin hüküm verme yükümlülüğü olunca, tarafın – açtığı dava kısmi dava olsa bile– talep etmediği bir hususta bu yolla tasarrufta bulunduğu kabul edilmemelidir. Zira taraf, talep etmemekle ne usûl hukuku sahasında devleti talep edilmeyen hakkın tesisine ilişkin bir yükümlülük altına sokmuştur ne de bu yolla talep edilmeyen hak kısmına ilişkin maddî hukuksal bir işlemde bulunmuştur. Bu sebeple kısmi davalarda talep edilmeyen kısımdan feragat ettiğine ilişkin Yargıtay'ın yaklaşımına katılmamaktayız²⁹⁵. Öğretinin kesin hükmün etkisine ilişkin yaklaşımına ise, kısmi davada kesin hükmün talep edilmeyen geri kalan kısmın artık talep edilemeyeceği açısından değil, ancak artık başarılı şekilde talep edilemeyeceği bakımından (unsur etkisi şeklinde değerlendirerek) katılmaktayız. Şöyle ki, kanımızca burada kesin hükmün önleyici fonksiyonu söz konusu olmayacaktır. Zira dava dışı bırakılan kesim için usûlî açıdan bir taraf talebi söz konusu değildir²⁹⁶. Aksi halde, kısmi davanın kabulü halinde yapılacak bir icra takibinin tüm alacak tutarı üzerinden yapılması beklenebilecektir. Burada kanımızca kesin hükmün ancak delil olma fonksiyonundan yararlanılabilir²⁹⁷. Zira talep edilmeyen alacak kesiminin, talep edilen alacak tutarı ile aynı hayat olayından kaynaklanması, bir talep edilen alacak kesimi için kabul edilebilirlik şartını her zaman için ve kendiliğinden talep edilmeyen alacak kesimi için sağlayacağı anlamına gelmez. Sadece kesin hükmün objektif anlamda gerekçe üzerine genişleyebileceği hallerde bu durum kabul edilebilecektir. Bu sebeple kısmi davanın esastan reddi sebebi, alacağın hiç doğmamış olması hali ise, burada kesin hükmün objektif genişlemesinden bahsetmek gerekecektir. Bundan dolayı da temeldeki ilişkiden

²⁹⁵ İyimaya, Ahmet, Kısmi Tazminat Davasına, s. 196; Tanrıver, Kısmi Dava, s. 857; Üstündağ, Bir Dava, s. 51.

²⁹⁶ Tanrıver, Kısmi Dava, s. 852.

²⁹⁷ Kısmi davanın kabulü kararı, ek davada kesin delil oluşturmaktadır. Yılmaz, Islah Yoluyla, s. 106.

dolayı diğer alacak kesiminin talep edilebilirliğinin sözkonusu olamayacağı kabul edilebilecektir. Ancak bu, ikinci davanın açılmamasına değil, açılan davanın reddine yol açacaktır²⁹⁸. Bu ret kesin hükmün kurucu unsurlar üzerine genişlemesini mutlak görenler için usûlî anlam taşımaktadır. Bu halde hükmün unsuru sanki yalnız başına dava edilmiş gibi değerlendirilmektedir ve ikinci dava bu sebeple usûlden reddedilmelidir²⁹⁹. Zira kısmî dava konusu edilen hak, gerekçe temelinde reddedilmiştir³⁰⁰. Kanaatimizce kesin hükmün kurucu unsurları üzerine genişlemesinde –gerekçelendirmede bağlantı varsa– sadece unsur etkisini görmek gerekmektedir. Böyle düşünmemizin nedenleri ise, geri kalan alacak kesimi için mahkemenin bir altlama faaliyeti yapmamış olması, tarafın o hususta talepte bulunmamış olması, hükmün taraflar arasındaki hukukî ilişki üzerine sadece göreceli genişlemesi, hakkın sadece hükümle tezahür etmesi sebeplerine dayanmaktadır³⁰¹. Dolayısıyla kısmi davada verilen hüküm, geri kalan alacak kesimine ilişkin kesin hükmün, sadece kesin delil fonksiyonunu gerçekleştirmeye yönelir³⁰² ve bu sebeple ikinci dava esastan reddedilmelidir³⁰³. Böylelikle ilk yargılamada verilen hükmün zedelenmemesi sağlanacaktır³⁰⁴. Çünkü iki yargılama arasında bir anlam bağlantısı vardır³⁰⁵.

²⁹⁸ HGK, 05.07.2006, 19-505/504, MİHDER 2008i Sayı: 9, s. 192.

²⁹⁹ Kuru, Medenî, § 21 s. 1549.

³⁰⁰ Leipold, Teilklagen, s. 433; Musielak, Musielak Komm., § 322 ZPO kn. 71 (s. 1029).

³⁰¹ 11. HD, 11.09.1998, 6198/7542, (Erişim Tarihi: 04.05.2007); Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 524, 527; Leipold, Stein Jonas Komm. (21. Bası), § 322 ZPO kn. 150; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 153 kn. 14 vd (s. 1072).

³⁰² HGK, 15.12.2004, 9-726/715, TBBD, Ocak-Şubat 2006, Sayı: 62, s. 304; HGK, 14.03.2001, 13-241/235, İKİD Ocak 2003, Yıl: 43, Sayı: 505, s. 1589, 1590; 11.HD, 03.10.2005, E.2004/11831, K.2005/9091, MİHDER, 2005, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 467, 468; 9. HD, 10.09.2003, 13381/13849, YargıD, Mart 2005, Sayı: 111, s. 126, 127; BGH NJW 1997, 1990; Böttcher, Zur Lehre, s. 92; Leipold, Stein Jonas Komm., § 322 ZPO kn. 150; Lindacher, s. 451; Lüke, W., Zivilprozessrecht, kn. 360 (s. 153); Reischl, objektiven Grenzen, s. 312; Schilken, Zivilprozessrecht, s. 503 kn. 1029; Schwab, Grundzüge, s. 176, 178; Vollkommer, vor § 308 Rn. 2; Zeiss, Rechtskrafterstreckung, s. 1305.

³⁰³ Blomeyer, Zivilprozessrecht, s. 478 vd; Zeuner, objektiven Grenzen, s. 75.

³⁰⁴ HGK, 07.02.1990, E.1989/4-654, K.1990/65, YKD Kasım 1990, s. 1602, 1603.

³⁰⁵ Zeuner, objektiven Grenzen., s. 15 vd., 58 vd., 87. Aksi yönde düşünülen Reischl'e göre kesin hükmün hükmün unsurları üzerine genişlemesi, usûl anlayışı ve kanuni norm içeriğinden dolayı mümkün değildir, Reischl, objektiven Grenzen, s. 194.

Talep sonucunun artırılması, hayat olayından doğan sonuçların henüz tam ve kesin olarak ortaya çıkmadığı durumlarda da söz konusu olabilecektir. Özellikle haksız fiile dayanan tazminat davaları ile sebepsiz zenginleşme gibi, gerçekleşen hayat olayı ve hayat olayına ait vakıalar konusunda, davacının bilgi sahibi olduğu ve fakat talep sonucu olarak ne kadar istemesi gerektiği konusunda davanın başında bilgi sahibi olmasının beklenemeyeceği hallerde, davanın talep sonucunu sonradan ıslahla artırdığı görülmektedir. Bu durumda davacı, talep sonucunun genişletilmesine engel iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağından kurtulmak için ıslah hakkını kullanmaktadır³⁰⁶.

Talep sonucunun artırılması, artırılan miktara ilişkin olarak faiz ve zamanaşımı sorunlarını da birlikte getirmiştir³⁰⁷. Islahla artırılan kısma ıslah tarihinden itibaren faiz işleyeceği görüşünü benimseyen³⁰⁸ Yargıtay, artırılan kısma ilişkin zamanaşımının kesilme zamanını önceleri açılmış olan davanın tarihi olarak görmüştür³⁰⁹. Öğretide Yargıtay'ın zamanaşımının kesilme tarihini davanın açılma tarihi olarak görmesi eleştirilmiş ve esas alınması gereken anın ıslah tarihi olduğu ileri sürülmüştür³¹⁰. Yargıtay'ın 2008 tarihli kararlarına baktığımızda ise bu yönde yaşanan değişimi ve ıslah edilen alacağa ilişkin zamanaşımının ıslah anı itibarıyla kesildiğinin kabul edildiğini rahatlıkla söyleyebiliriz³¹¹. Tasarruf ilkesi ve yargılamanın konusunun taraf egemenliğinde olması açısından baktığımızda ıslah anı

³⁰⁶ Kendi kusuruna dayanmayan bu halde davacının ıslah hakkını kullanmasının yarattığı eşitsizliğin giderilmesi amacıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda belirsiz alacaklara ilişkin düzenleme yapılmıştır (Tasarı m. 113). Buna göre, davanın başında talep sonucu alacak tutarına ilişkin bilgi sahibi olmanın şimdilik mümkün olmaması durumunda, davacının bilinen bir asgari tutarı belirttiği talep sonucu (veya talep sonucunun daha yüksek olacağını belirtmesi) ile dava vakıalarını yargılamaya getirmesi gerekmektedir. Butzer, s. 540. Talep sonucunun tam ve kesin olarak ortaya çıkması ile de taraf, herhangi bir yasakla karşılaşmaksızın ve ıslah hakkını bunun için kullanmaksızın, talep sonucunda artırma yapabilecektir. Adalet Komisyonu Raporu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, s. 144.

³⁰⁷ Çil, s. 61; Kar, s. 423; Pekcanitez/ Akyazılı, s. 534, 542.

³⁰⁸ HGK, 05.03.2003, 9-76/126 (YKD 2003/7, s. 1025-1026); 13. HD, 18.09.2006, 7273/11921 (Legal MİHDER 2007/2, s. 505 vd.). Yargıtay'ın iş dairelerinin aksi yönde kararları da görülebilmektedir. 9. HD, 12.2.2002, 16965/2664 (YKD 2004/9, s. 1381); 9. HD, 22.09.2005, 257/30955 (Legal MİHDER 2006/3, s. 735).

³⁰⁹ HGK., 30.01.2002, 2-63/23; HGK., 14.03.2007, 2-99/141 (Legal MİHDER 2007/3, s. 834 vd.); 3. HD., 08.07.2004, 7809/7800 (Legal HD, 2004/19, s. 2652); 2. HD., 04.10.2005, 10684-13459 (İBD 2006/2, s. 7777).

³¹⁰ Pekcanitez/ Atalay /Özekes, Medenî, s. 370; Pekcanitez/ Akyazılı, s. 554.

³¹¹ HGK., 16.04.2008, 4-326/325; HGK., 06.02.2008, 4-69/101. www.kazanci.com.tr.

esas alınarak faiz ve zamanaşımının kesilmesi tarihlerinin belirlenmesinin daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Zira tarafın geri kalan alacak miktarına ilişkin hüküm verilmesi iradesi davanın açıldığı tarihte bulunmamaktadır. Bu sebeple önceden temerrüde düşülmemişse geri kalan alacak kesimine ilişkin temerrüt tarihi ile zamanaşımının kesilme tarihinin ıslah tarihi olduğu kabul edilmelidir. Bu sonuç, özellikle zamanaşımı süresi geçilen bir davanın açılmış olunan bir dava yerine geçmesi veya yanına dâhil edilmesi halinde kötünîyetle dava değiştirmelerin önüne geçilmesi açısından da kabul edilebilirdir.

e. Talep Sonucunun Azaltılması

Talep sonucunun azaltılmasında da, tıpkı artırılmasında olduğu gibi esas alınacak ölçü, dava konusu edilen hususun nicelik olarak değişikliğe uğraması olacaktır. Bu kapsamda dava edilen tutarın veya miktarın azaltılması talep sonucunun azaltılması olarak değerlendirilecektir. Bu sebeple bir iptal davasının tenkis davasına dönüştürülmesini ya da eda davasının tespit davasına dönüştürülmesini dava talep sonucunun bir azalması olarak görmemekteyiz. Azalma dava konusu edilen tutara veya miktara ilişkin olarak gerçekleşmelidir³¹².

Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu m. 185 düzenlemesinde davacının ancak davalının rızası ile ya da ıslah yolu ile davasının mahiyetini değiştirebileceği kabul edilmektedir. Buradan hareketle öğretilerde talep sonucunun azalmasının teksif ilkesi yasağı kapsamına girmediği ve bu sebeple de tarafın ıslah yoluna başvurmaksızın veya karşı tarafın rızasını almaksızın talep sonucunu azaltacağı genel kabul görmektedir³¹³. Talep sonucunun azaltılması ve daraltılması hususunda ıslah yolunu başvurulmasını gerekli görmeyen öğreti acaba bunun için karşı taraf rızasını aramamayı da aynı kapsamda değerlendirmekte midir? Bu hususta öğretilerde ileri

³¹² Soliva, s. 28.

³¹³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 313; Postacıoğlu, Medenî, s. 430 vd.; Üstündağ, İddia, s. 157; Yılmaz, Islah, s. 326. Şu hususu vurgulama gerekir ki öğretilerde bu düşünceyle bağlantılı gösterilen Yargıtay kararlarının hepsinde bir talep sonucu azalması değil, kanaatimizce bir talep sonucu değişikliği söz konusudur. *Azalmak*: Eskisinden daha küçük bir niceliğe inmek, sayıca eksilmek. Püsküllüoğlu, Türkçe Sözlük, s. 149; Schwab, Anmerkungen (ZZP 91), s. 494.

sürülmüş açık bir ifadeye rastlayamadık³¹⁴. Ancak kanaatimizce talep sonucunun azaltılması konusunda talep edenin karşı tarafın rızasını alması, yapmış olduğu azalmadaki iradesine göre mümkün olmalıdır. Eğer taraf azaltmakla azaltılan alacak kesiminden feragat etmekte ise, karşı tarafın ne açık rızasına ne de ıslaha başvurmaya ihtiyacı olmayacaktır; ancak taraf azaltılan alacak kesiminden vazgeçmekte ise bu durumda karşı tarafın açık rızasını alması gerekecektir. Zira bu durumda davanın kısmen geri alınması söz konusu olmaktadır. Karşı tarafın rıza vermemesi halinde bunun için kanımızca ıslah yoluna artık başvurulabilmelidir. Zira talebini azaltan kişinin dava dilekçesindeki açık hesap hatalarına dayanmayan yanılgılarında fazla talepte bulunmuş olması mümkündür. Bu halde kendisine ileride davanın en azından kısmen kaybedilerek buna bağlı olan hukukî sonuçların doğmasına engel olmada menfaati bulunacaktır. Bu düşünceye, ‘karşı tarafın geri alınmak istenilen alacak tutarının olmadığına ilişkin bir tespit yapılmasında menfaati yok mudur?’ şeklinde bir itiraz gelebilir. Ancak azaltılan talep sonucu olunca, davalının zaten geri alınmayan talep sonucuna ilişkin gerekçesi üzerinden geri alınan talep sonucunu da kapsayan bir menfaate hükümle sahip olacağı kabul edilecektir. İşin doğası gereği meydana gelecek bu sonuç kesin hükmün unsur etkisi dolayısıyla davalı menfaatine hizmet edecektir.

f. Hayat Olayı İle Birlikte Talep Sonucu Değişikliği

Dava değişikliği dava konusunun unsurları olan hayat olayı ile talep sonucu unsurlarında her zaman için ayrı ayrı yapılacak değişiklikler şeklinde görülmeyip, bazen hayat olayını değiştirmek aynı zamanda davadaki talep sonucunda da değişiklik yapılmasını beraberinde getirecektir. Örneğin, davacının miras hukukundaki iptal davasını değiştirmesi iradesinin altındaki düşünce tenkis davası ise, o zaman dava konusunun bütün unsurları ile değiştiğini kabul etmek gerekecektir. Zira miras hukukundaki iptal davasının hayat olayı, irade bozukluğu, ehliyetsizlik, ölüme bağlı tasarrufun hata, hile, korkutma veya zorlama sonucunda

³¹⁴ Aksine *Yılmaz* bu hususta s. 321 vd’da dava konusunun azaltılması örneği olarak; a) dava konusunun aynı çizgide azaltılmasıc) nitelik ve/veya nicelik olarak daha dar bir dava konusunun ikamesi başlıkları altında mahiyet ve nicelik olarak daraltmaya verdiği örneklere dayanarak s. 328’de dava konusunun aynı çizgide azaltılması halinde teksif ilkesi yasağının söz konusu olmayacağını belirtmektedir. *Yılmaz*, *Islah*, s. 180.

yapılması, hukuka ve ahlâka aykırılık, şekil eksikliği sebepleri iken, tenkis davasının hayat olayı, murisin ölüme bağlı veya sağlararası yapmış olduğu tasarruflarının saklı paylı mirasçılarının saklı paylarını ihlâl etmesidir. Talep sonucu unsuruna ilişkin olarak ise, mirasta iptal davası ile istenilen miras payının geri dönmesi iken, tenkis davasında sadece ihlâl edilen saklı payın geri dönmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda davanın tamamında mahiyet değişikliği söz konusu olup, mahiyetin talep sonucunu daraltması ya da artırmış olması, sadece talep sonucunu artıran ya da sadece talep sonucunu azaltan dava değişikliklerinden farklılık göstermektedir. Çünkü burada değiştirilen hayat olayıyla ilgili norma bağlı bir talep sonucu değişikliği söz konusu olmaktadır³¹⁵.

Getirilen hayat olayı ile birlikte talep sonucunun da değişikliğe uğramış olduğu hallerde esasen bir taraftan davanın geri alınması ve diğer taraftan da yeni bir davanın açılması söz konusu olduğundan, buna ilişkin yaşanacak değişikliklerin, karşı tarafın rızası ya da ıslah yolu ile gerçekleşmesi gerekmektedir. Davalının onayı veya ıslah, geri alınan dava konusuna yöneltilmekte olup, davanın ıslaha ya da geri alınmaya ilişkin aranan şartları taşımadan değiştirilmesi durumunda dava değiştirme geçerli olamayacak ve bu durumda getirilmek istenilen yeni davanın açıldığı da kabul edilemeyecektir³¹⁶.

g. Davaların Artırılması ve Azaltılması

Medenî yargılama hukukunda davacının aynı davalıya karşı birden fazla usûlî talebe dayanarak dava açması mümkündür (HUMK m. 3). Bu halde davacının her bir usûlî talep konusunda farklı bir davaya sahip olduğu düşünülür. Dava konusunun fazla olmasına ilişkin bu halde hayat olayı dava konuları için ortak olabileceği gibi farklı da olabilecektir. Yani davacı davalıya karşı aynı haksız fiilden doğan hem maddî hem de manevî tazminat talep etmiş olabileceği gibi, ödünç sözleşmesinden doğan alacağı ile satım sözleşmesinden kaynaklanan alacağını da ileri sürmüş olabilir. Her iki durumda da objektif dava birleşmesi söz konusu olup, birden fazla dava vardır ve her davadaki talep sonucu bağlı olduğu hayat olayı ile birlikte (hayat

³¹⁵ Postacıoğlu, Hukuki Sebep, s. 516; Blomeyer, Klageänderung, s. 124, 125.

³¹⁶ Schwab, Anmerkung (ZZP 91), s. 494.

olayı her bir talep sonucu için aynı olsa da) ayrı ayrı haklılık incelemesine tâbi tutulur.

Objektif dava birleşmesine ilişkin olarak karşımıza çıkacak iki durum vardır. Bunlardan ilki objektif dava birleşmesi şeklinde açılması mümkün bir davanın, bu şekilde açılmaması halinde dava dışında bırakılan usûlî talebin, açılan davaya dâhil edilip edilemeyeceği meselesidir. Diğerisi ise objektif dava birleşmesi şeklinde açılan aynı taraflara ait görülmekte olan bir yargılamada, davacının taleplerden birini dava dışı bırakıp bıkamayacağı meselesidir.

İslahın konusunu açılan davaya ilişkin usûl işlemler oluşturduğundan Yargıtay, tarafları aynı olan derdest bir davaya ek bir davanın ıslah yoluyla sonradan dâhil edilmesini mümkün görmemektedir³¹⁷. Öğreti, dava konusunun artırılması olarak bunun mümkün olması görüşünü öteden beri dile getirmektedir³¹⁸. Aslında burada ortaya çıkan dava konularının artırılmasıdır, dava artırılmasıdır. Peki, bu, karşı tarafın rızası veya ıslah ile mümkün olabilmeli midir? Konu Yargıtay'ın kararlarında belirttiği gibi ıslah yolu ya da karşı tarafın rızası ile çözümlenecek bir nitelik göstermemektedir. Zira, hem karşı tarafın rızası ile hem de ıslah ile düzeltilecek olan, yapılmış taraf usûl işlemleridir. Davaya getirilmemiş bir konunun başka bir konuda yapılacak değişiklik talepleri ile yargılamaya dâhil edilmesini beklemek, teknik açıdan ve kanunun lafzı açısından mümkün gözükmemektedir. Ancak kanımızca burada bu değişiklikten beklenen hususun, tarafların menfaatlerine ve usûl ekonomisine hizmet ettiği durumlarda, karşı tarafın rızası ile ya da ıslah yolu ile dava konularında artırmaya gidilebilmelidir. Ancak bunun her türlü anlaşmazlığın değil, aynı hayat olayından kaynaklanması şeklinde bir koşula bağlanması gerekir³¹⁹. Böylelikle bir taraftan getirilen yeni davaya ilişkin ayrı bir mahkemenin yük altına girmesi önlenecek, diğer taraftan da aynı hayat olayından dolayı ikinci dava konusu

³¹⁷ "Somut olayda, davacılar tarafından konusu maddî tazminat olan bir dava açılmış olup, bu davanın yargılaması sırasında davacılar dava dilekçesini ıslah ile ayrıca manevî tazminat isteğinde de bulunmuşlardır. İslahta dava konusu olmayan bir talebin dava kapsamına alınması mümkün değildir. Bu nedenle "davacıların ayrıca dava açma hakları saklı kalmak üzere manevî tazminata ilişkin ıslah istemlerinin reddine" şeklinde karar verilmesi gerekirken manevî tazminata hüküm kurularak söz konusu ıslaha değer verilmesi hatalı olmuştur." 21.HD., 15.05.2007, 4261/8109. www.kazanci.com.tr. Aynı yönde bkz. 1. HD, 21.12.2006, 11301/12934, www.kazanci.com.tr; 21. HD, 21.09.2006, 9647/8783 (Legal MİHDER 2007/3, s. 860).

³¹⁸ Kuru, Davalarının Uzaması, s. 42; Üstündağ, İddia, s. 175; Yılmaz, Islah, s. 249.

³¹⁹ Blomeyer, Klageänderung, s. 124; Soliva, s. 87.

hakkında ayrıca tahkikat yapılması zorunluluğu söz konusu olmadan (en azından sınırlı yapılarak) taraflar arasındaki çekişme, daha kapsamlı bir şekilde çözülebilecektir. Ayrıca ileride gerçekleşecek muhtemel dava birleşmelerinin de önüne geçilmiş olunacaktır. Hayat olayı temelinde aralarında bağlantı olmayan bir davanın ise, sırf tarafları aynı diye bir başka davaya dâhil edilmesinde usûl ekonomisi açısından bir fayda olduğunu düşünmemekteyiz. Bilakis aralarında bağlantı olmayan bir davanın görülmekte olan bir davaya davaya dâhil edilmesi, görülmekte olan davanın daha geç sonuçlanmasına da yol açabilecektir. Kaldı ki ileride gerçekleşecek muhtemel dava ayrılımlarının baştan önüne geçilerek bu yolla zamandan tasarruf edilmiş olunacaktır.

Baştan objektif dava birleşmesi şeklinde açılan birden fazla davanın azaltılması konusunda ise, nasıl davanın kapsamına ve açılmasına ilişkin taraf iradelerini temel aldysak, davalardan birinin azaltılmasında da taraf iradelerini esas alacağız. Gerek objektif dava birleşmesi şeklinde başka bir dava ile birlikte, gerekse de ayrı bir dava olarak açılmış olsun, her dava karşı tarafın rızası ile geri alınabilmekte veya davacının tek taraflı feragati ile kesin şekilde sona ermektedir. Ancak davalının onayı olmazsa, acaba davacı ıslah yolu ile davasını geri alabilir mi? Kanımızca bu soruya ‘hayır’ cevabını vermek gerekecektir³²⁰. Zira söz konusu olan ayrı bir dava, birlikte açıldığı diğer dava ile aynı hayat olayına dayansa bile farklı bir usûlî taleptir. Bu halde davalının dava edilen ve fakat geri alınmak istenilen usûlî talebin mevcut olmadığına (veya davacının talep ettiği şekilde mevcut olmadığına) ilişkin maddî anlamda kesin hükme bağlanması gereken bir menfaati oluşmuştur. Bu menfaat, geri alınmayan diğer dava ile korunacak bir durumda da değildir. Bu sebeple objektif dava birleşmesi kapsamında olan davalardan birinin geri alınması, kanımızca sadece davanın geri alınması ya da feragat olarak görülebilmeli, ayrıca ıslah yolu kullanılarak sanki o dava hiç açılmamış gibi davalı menfaati çiğnenmemelidir³²¹. Kaldı ki ıslaha imkân sağlayan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 185 f. 2 b. 2 içinde düzenlemesi, bend 2’nin içinde düzenlenmiş olup,

³²⁰ Gross, tezinde objektif dava yığılması şeklinde açılmış davalarda azalma yapılmasını, davanın geri alınması belirlenmelerine bağlı bir dava azalması olarak nitelendirir ve geri alınan dava için mutlak surette davalının rızasının bulunması gerektiğine vurgu yapar. Gross, Klageänderung, s. 32, 36.

³²¹ Aksi yönde bkz. Yılmaz, Islah, s. 326 vd.

bend 1 için, yani davanın geri alınmasının davalı rızasına bağlayan hüküm için istisna oluşturacak şekilde düzenlenmemiştir.

h. Değiştirilen Usûlî Talebin Anlamlandırılması

Dava değişikliğinin yasak olması, davalının dava konusu edilen usûlî talebe ilişkin hüküm verilmesi hususunda hak sahibi olmasının ona garanti edilmesidir. Ancak bu garanti, her zaman davacının açtığı dava konusuna bağlı kalması anlamına gelmeyip, davacı taraf yukarıda bahsettiğimiz gibi yanlışlıkla ileri süremediği veya sonradan gerçekleşen olgulardan dolayı dava konusunda değişiklikler yapabilmelidir. Bu durumda ise davalının sadece hukukî dinlenilme hakkı garanti edilmelidir. Dava konusunda değişiklik yapılmasına ilişkin bu olanağın başta davalı tarafın rızasına bağlı kalınarak davacıya verilmiş olması, geri alınan ya da değiştirilen dava konusunun akıbetinin davanın geri alınması hükümleri ile açıklanmaya çalışılmasına neden olmuştur. Bu hususta ileri sürülen *yığılma teorisi* (*Kumulationstheorie*), dava değiştirmenin aynı zamanda davanın geri alınması niteliğini barındırdığı düşüncesine dayanır. Bu yönde ileri sürülen düşüncelerin bir kısmı hem nitelik hem de nicelik olarak dava konusunun değişikliğe uğraması için davalının rızasının gerekliliği ve dolayısıyla davanın geri alınması hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde iken³²² (katı yığılma teorisi), diğer bir kısmı ise sadece nitelik değişikliklerinin davanın geri alınması olarak görülmesi gerektiğini (zayıflatılmış yığılma teorisi) belirtmişlerdir³²³.

Kanımızca dava değiştirmedeki yasaklılık ile davanın geri alınmasıdaki yasaklılık aynı amaca hizmet eden kavramlar değildir. Zira davanın geri alınması yasağının temelinde davalının davanın bütün kapsamına ilişkin hüküm elde etme menfaati söz konusu iken, dava değiştirme yasağının temelinde davalının savunma hakkının, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmeden savunma vasıtalarından yararlanması söz konusudur³²⁴. Bundan dolayı dava değiştirmenin, kural ve genel olarak davanın geri alınması ile açıklanmasının doğru olmadığını düşünmekteyiz.

³²² Blomeyer, Grundprobleme, s. 213; Gross, Klageänderung, s. 43.

³²³ Nikisch, Zivilprozeßrecht, § 48 II 2 a.

³²⁴ Walther, s. 116, 117.

Değişikliğe uğrayan davanın akıbeti ise, kanımızca yapılan değişiklik dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, dava konusunun azaltılması durumunda, azaltılan miktara ilişkin davanın geri alındığı düşünülebilecektir. Ancak talep sonucunun artırılmasında, bir dava değişikliği olmakla birlikte geri alınan bir dava olduğunu düşünmek mümkün olamayacaktır. Zira bu durumda ne hayat olayı ne de talep sonucu geri alınmıştır. Şu halde talep sonucunun azaltılması, hayat olayı unsurunda değişiklik, hayat ve talep sonucu değişiklikleri, davalarda azaltma, talep sonucunun değiştirilmesi durumlarında, değiştirilen dava, davanın geri alınması hükümleri ile açıklanabilecektir. Zira burada davalının hukuk sahasına ait menfaati üzerinde bir tasarrufta bulunma olayı vardır. Bu yüzden de bu hallerde davanın kural olarak davanın geri alınması söz konusu olacak ve sonuca ulaşmak için davalı rızası aranacaktır. İslah yolu da bu hususlarda kural olarak kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Talep sonucunun artması, davalarda artma hususları ise davanın geri alınması ile açıklanamayacaktır. Burada davalının hukuk sahasına yönelik bir talebin geri alınması söz konusu olmadığından kanımızca bu kurumlar kendine özgü usûl kurumları olarak değerlendirilmelidir. Bu değişiklikler davacı tarafından ıslah yolu ile yapılabileceği gibi, karşı tarafın rızası ya da mahkemenin bu hususta usûl ekonomisi ya da işin niteliği gereği gibi gerekçelerle kabul edilebilir bulması yoluyla yapılabilirdir.

i. Dava Konusunda Değişikliklere İlişkin Özel Durumlar

Kanuni düzenlememize ve uygulamamıza göre, dava konusunda değişikliğin hayat olayı değişikliği ya da hayat olayı ve talep sonucu değişikliği şeklinde gerçekleşmesinin ıslah yolu ile yapılması ancak tam ıslahla mümkündür³²⁵. Tam ıslah yoluna başvuran tarafın dava konusuna ilişkin değişiklikleri sunması gerekmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 88 düzenlemesine göre tamamen ıslah edilen tarihten itibaren 3 gün içinde değişikliğin sunulmaması halinde, ilk açılan dava iptal olunmaktadır. Kanımızca ilk olarak tam ıslahta ıslahın yapılarak açılan davadan vazgeçme iradesini ortaya koyması ile yeni dava konusunun

³²⁵ Dava konusunda yapılması gereken değişiklik değerlendirilerek yapılacak ıslahın tam ya da kısmi ıslah olduğu belirlenmelidir. Örneğin, talep sonucunu artırmanın kısmi ıslah olacağı yönünde bkz. Pekcanitez/ Akyazılı, s. 541.

yargılamaya dâhil edilmesi arasında 3 günlük sürenin konulmuş olması, iptal kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin tartışmaları beraberinde getirmiştir. İptal sonucu, şüphesiz açılan davaya ilişkindir. Ancak bu, davanın açılmamış sayılması, feragat, davayı geri alma şeklinde anlaşılabilir. Biz ıslah yoluna başvuran davacı tarafın iradesinin farklı bir dava konusunu yargılamaya getirmek olduğunu düşündüğümüzden, bunun süresinde yapılmamasının tarafın eski davadan feragat ettiği sonucuna, feragatin zımnen olamayacağı, açık bir irade beyanını gerektirmesi sebebiyle katılmamaktayız³²⁶. İptal sonucunun dosyanın işleminden kaldırılması ve 3 aylık sürenin geçmesi ile oluşan usûlî durumun davanın açılmamış sayılması şeklinde anlaşılmasının davacının hak kaybına uğramaması bakımından daha hakkaniyetli bir sonuç olduğunu düşünmekteyiz. Tam ıslaha ilişkin bu tartışmaların nedenini, kanımızca, tam ıslahın süreye yayılarak yapılması oluşturmaktadır. Tam ıslahla yapılması istenilen değişikliğin, ıslah dilekçesi ile birlikte yapılması kurumun niteliğine kanımızca daha uygundur. 3 günlük sürede davacı yeni bir dava ikame etmemişse, bu tarihten itibaren açacağı yeni davanın iptal edilen davanın devamı olmasına kanunen olanak yoktur. Bu halde 3 aylık süre, davanın devamı açısından sadece eski davanın yenilenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Zira bu süre geçmekle feragat edilen davanın eski dava olduğu kanunen düzenlenmektedir. Ayrıca yeni dava açısından davacının 3 aylık süre içinde ve sonrasında yeni dava ikame etmesi eski davanın devamı olması açısından bir farklılığa sebep olmayacaktır. Yeni bir dilekçe ile açılan dava her halükarda eski davanın devamı olamayacaktır³²⁷. 3 aylık süre içinde yeni davanın açılması sadece eski davadan feragat edildiği sonucunu uyandırmayacaktır. Bu durumda peki eski davanın durumu ne olacaktır? Kanun buna cevap vermemektedir. Kanımızca, burada artık zorunlu olarak davanın açılmamış sayılması sonucuna varmak gerekir. 3 günlük süre geçmekle davanın davacının artık ıslah kurumundan yararlanamayacağı düşünülecek olursa, davacı menfaati açısından her iki işlemi tek bir dava dilekçesi ile

³²⁶ Geri alınma görüşü için bkz. Postacıoğlu, Medenî, s. 460; Davanın açılmamış sayılması görüşü için bkz. Üstündağ, Medenî, s. 555. Hem geri alma hem de davanın açılmamış sayılması görüşü için bkz. Yılmaz, Islah, s. 557. Feragat görüşü için bkz. Ansay, Islah (Adliye Ceridesi), s. 1847; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 365.

³²⁷ Tuna, Islah, s. 602.

birlikte yapmasının düzenlenmesi veya iptal sonucunun dosyanın işleminden kaldırılması usûlî sonucuna bağlanması daha makul bir düzenleme olurdu³²⁸.

Tarafların dava konusu üzerinde sahip oldukları hâkimiyet, dava konusu ile ilgili yapılmış maddî hukuk işlemlerini ıslah yolu ile değiştirmeye elverişli değildir³²⁹. Zira söz konusu işlemler yapılmakla, karşı tarafın maddî hukuktaki konumuna da ilişkin bir değişiklik meydana gelmiş olduğundan taraflardan biri ıslah yoluna başvurarak bu durumu ortadan kaldıramayacaktır. Bu kapsama hem sulh, feragat ve kabul gibi dava konusu üzerinde tasarruf edilmeyi ifade eden işlemler hem de dava konusu edilen vakıalara yönelik yapılmış ikrarlar girmektedir³³⁰. Bu halde usûlî talebin yapılmış maddî hukuk işleminin etkisinden kurtulması, ancak yapılmış olan maddî hukuk işleminin değişikliğe uğraması ile mümkün olmalıdır. Zira ispat hukukundan kaynaklanacak problemler bir tarafa bırakılacak olursa, usûlî talep maddî hukuktaki haklılık ile hükme yansıdığından yargılamada yapılan maddî bir işlemle meydana gelen durum, ancak gene maddî bir işlemle değişikliğe uğrayabilecektir. Kanımızca taraflardan biri karşı tarafın rızası ile yapılmış bir maddî hukuk işlemini de ortadan kaldıramamalıdır³³¹. Çünkü maddî hukuk işlemi yapılmakla kişilerin maddî hukuk sahasındaki haklarını değiştirmiştir ve yapılan bu değişiklikler işlemin kurulmasında bir yokluk veya geçersizlik sebebine bağlı değillerse, artık olmamış sayılamazlar. Oluşan bu durum ancak bir başka maddî hukuk işlemi ile değişikliğe uğrayabilecektir, ancak bunun anlamı, önceki işlemin, maddî hukuk işlemi olmadığıdır.

Bir diğer husus hayat olayı değişikliği ile hayat olayı ve talep sonucunun değiştirilmesi, objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu hallerde getirilen hususa ilişkin olarak zamanaşımının ne zaman kesildiği meselesidir. Getirilen yeni dava konusuna ilişkin zamanaşımının kesilme tarihi, kanaatimizce buna ilişkin

³²⁸ Yılmaz, Islah, s. 557.

³²⁹ Tuna, Usuli Muamelelerin, s. 530.

³³⁰ Kar, s. 424; Yılmaz, Islah, s. 558. HMK Tasarısında açıkça ikrarın ıslahla düzeltilemeyeceği belirtilmiş olup, tarafların yaptıkları aynı zamanda maddî hukuk işlemi olan feragat, kabul ve sulh durumuna ilişkin usûlî işlemlerin ıslaha konu olabileceğine ilişkin bir düzenleme ve gerekçelerde buna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır (m. 182, 185 f. 2).

³³¹ Ansay, Islah (Adlîye Ceridesi), s. 1844.

talebin yapıldığı tarihtir³³². Maddî hukukun altlandığı bir alan olarak medenî yargılama hukukundan maddî hukuka aykırı sonuçların önlenmesi hukuk yargılamasından beklenen yararı sağlayacaktır. Ayrıca dava zamanaşımı süresi geçmiş başka davaların açılan davalarda ıslaha konu yapılarak zamanaşımı defiden kötünîyetli olarak korunmalarının da önüne geçilecektir. Örneğin, ölüme bağlı tasarrufun iptali davasının başarı ihtimalinin azalması üzerine, aradan bir yıl geçmekle zamanaşımına esasen uğramış tenkis davasına dönüştürülmesi kabul edilmemelidir³³³.

Dava değiştirmenin ister tarafa isterse de konuya ilişkin unsurlarında değişiklik, sadece ilk derece mahkemesinde mümkün olup, istinaf yargılamasında ya da temyizde ise dava değiştirme mümkün değildir³³⁴.

3. Dava Sebebinde Değişiklik

Davacı dava açarken, davalı ise davaya cevap verirken dava konusuna ilişkin bütün vakıaları yargılamaya getirmek zorundadır. Ögretide dava sebebini hukukî sebep (ilişki) olarak nitelendiren ferdileştirme teorisi ile dava sebebini bütün vakıalar olarak nitelendiren vakıalara dayandırma teorisi³³⁵, karşılıklı olarak yumuşama eğilimine girmiş ve her vakıanın değil, sadece gerekli vakıaların ileri sürülmesi ve böylelikle hak iddiasının benzer iddialardan ayrıştırılmasının sağlanmasının yeterli görüldüğü bir noktaya gelmiştir³³⁶. Taraflar, dava konusuna ilişkin gerekli vakıalarından bir kısmını, yanlışlık ya da ihmal neticesinde yargılamaya getirmemiş olabilir. Bazen ise davanın gerekçesi olarak ileri sürülen vakılarda eksiklik bulunmaz ve fakat hayat olayı dış dünyada devam ettiğinden dolayı talep sonucunu ilgilendiren yeni vakıalar gerçekleşmiş olabilir. Dava konusuna ilişkin taraf menfaatleri tarafların maddî hukuktaki durumlarıyla bağlantılı olduğundan ve verilecek hüküm taraflar arasındaki gerçek durumu ortaya çıkarmayı

³³² Aksi yönde kararlar için bkz. HGK 30.01.2002, 2-63/23. www.kazanci.com.tr. Aksi yönde görüşler için bkz. Ansay, Islah (Adliye Ceridesi), s. 1846.

³³³ Yılmaz, Islah, s. 579.

³³⁴ Gross, Klageänderung, s. 58.

³³⁵ Üstündağ, Medenî, s. 528, 529 ve sayfada belirtilen Yargıtay kararı.

³³⁶ Alangoya, İlkeler, s. 106; Kuru, Dâva Sebebi, s. 242; Yılmaz, Islah, s. 154.

amaçladığından, gerek sunumu ihmal edilmiş gerekse de sonradan gerçekleşmiş vakıaların yargılamaya getirilmesi konusunda, medenî yargılama hukuku, tarafa gerekli olanakları vermelidir. Zira medenî yargılama hukukunun konusu, tarafların özel olayı olup, tarafların o özel olaya olan ilgisi, gerekçe üzerinde kabul edilebilecek bir sınır içinde onlara müdahale imkânı vermelidir. Tasarruf ilkesinin gereği de bu olmalıdır. Bu sebeple, biz, karşı tarafın rızası veya ıslah yolu ile dava konusunu gerçekleştirmeye ya da gerçekleştirmesine engel olmaya elverişli olan önemli vakıaların sonradan yargılamaya dâhil edilebileceğini kabul etmekteyiz³³⁷.

4. Taraf Değişikliği

Biz dava ilişkisini bir tarafın muhatabını göstererek devlete “*somut belirli sübjektif menfaat*” iddiasını yöneltmesi olarak gördüğümüzden, bir davayı diğer bir davadan ayıran unsur olarak, davanın kime yöneltildiği ve dava konusu konularını görmektediriz. Bu sebeple kurulan usûlî ilişkiyi bütün olarak değerlendirerek gerek davanın taraflarında gerek davanın konusunda gerekse de getirilen hayat vakiasının gerekçesini oluşturan hususlarda (vakılarda vs.) yapılacak değişiklikleri, dava değiştirme kapsamında değerlendirmektediriz. Bu hakkın yöneltildiği yargı organı³³⁸ bu unsurlar kapsamında inceleme yapacak ve hükmünü verecektir. Böylelikle hem sonradan meydana gelecek değişiklikler hem de haklı görülebilecek yanlışlık ya da unutkanlıklar sebebiyle mahkeme önüne getirilmeyen dava ilişkisinin unsurlarına ilişkin hususların sonradan davaya getirilmesi ve bu yolla davada değişiklik yapılması mümkündür³³⁹. Kaldı ki davanın tahkikat safhasına geçtiği an itibarıyla ulaşılabilecek gerçekliği sadece hedef almak ya da söz konusu tarih itibarıyla ileri

³³⁷ Söz konusu vakıaların hayat olayına ilişkin gerekli detayı vermediği, eksiklik taşıdığı durumlarda hâkimin yargılama faaliyetinin devamı için dava gerekçelerinin somutlaştırılmasını istemiş olması, bu hususta kendisine düşen ödev dolayısıyla olup, söz konusu olanakları kendisine bağlı kılmaz. Taraflar sadece hâkimin davanın maddî yürütümünden kaynaklanan ödevi dolayısıyla dava sebebini değiştirmezler. **Walther**, s. 77.

³³⁸ *Alangoya*, dava değiştirme görüşüne ilişkin eleştirilerini açıklarken *Kisch*’in de mantıksal olarak davanın zaruri unsurlarının değişiklik olarak dikkate alınmasının yanlış olduğuna, aksi halde mahkeme değişikliğinin de dava değiştirme olarak algılanacağına temas eder. *Alangoya*, Taraf İradisi Olarak, s. 166. Biz mahkemenin dava dilekçesinde gösterilmesinin zaruri unsur olarak görmektediriz, ancak mahkemenin dava dilekçesinde gösterilmiş olması öncelikle yargısal faaliyetin yürütülmesi konusunda karışıklığa yol açmamak içindir. Bu sebeple dava dilekçesinde mahkemenin gösterilmesi, çekişme konusu yapılan menfaat iddiasının tarafı yapmaz.

³³⁹ **Grunsky**, Dispositionsgrundsatz, s. 25, 26.

sürülmeyen vakıa ve savunma sebeplerinin artık ileri sürülemeyeceğini kabul etmek, medenî yargılamanın uyuşmazlıkların maddî gerçek temelinde sonuçlandırılmasına da aykırıdır. Bu sebeple maddî hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi konusunda daha etkin bir hukukî korumayı ve hukukî barışın temini için, hükmün verildiği an itibarıyla mahkeme gerçeğe ulaşmalıdır.

Biz dava ilişkisinin unsuru olması dolayısıyla taraf değişikliğini, medenî yargılama hukukunda mümkün görmekteyiz³⁴⁰. Ögretide bir kısım, davanın geri alınması hükümleri ile bunun mümkün olacağından bahsetmekte olup, dava değiştirmeye ilişkin hükümlerin ancak aynı taraflar arasında olabileceği düşüncesindedirler³⁴¹. *Alangoya* bu düşüncenin sahibi *Kirsch*'den ayrılarak usûlün amacı ve usûl ekonomisi gereği, '*karşı tarafın rızası alınarak*' tarafta değişiklikler yapılabileceğini kabul etmektedir³⁴².

Alman hukukunda genel anlayış, değişiklik istenilen zamana göre tarafların dava konusuna ilişkin menfaatleri karşılaştırılarak hangi kurumun uygulanacağını belirlenmesi gerektiği şeklindedir. Buna göre, eğer değiştirilmek istenilen tarafın (davalının) davanın reddedilmesi konusunda kesin hüküm elde etmedeki menfaati, davacının yanlış gösterdiği tarafı değiştirmedeki menfaatinden daha ağır basmakta ise, burada '*davanın geri alınması*' hükümleri artık uygulama bulmalı ve taraf değişikliği ancak değiştirilmek istenilen tarafın davanın geri alınmasına onay vermesi ile mümkün olmalıdır³⁴³. Yok, eğer karşı tarafı değiştirmek isteyen tarafın (davacının) bu husustaki menfaati, değiştirilmek istenilen tarafın menfaatinden daha ağır basmakta ise, o zaman da usûl ekonomisi ve davacının o zamana kadar yaptığı

³⁴⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında bu tarafta iradî değişiklik kurumunun getirilmesine ilişkin yasal düzenleme yapılmıştır (m. 130). Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009.

³⁴¹ *Kisch*, tarafından dava değiştirmenin olmaması gerektiğine ilişkin olarak ortaya atılan bu görüş, dava değiştirme yasağı noktasında olmasa da taraf değişikliği konusunda gerek Alman hukuk öğretisinde gerekse de Türk hukuk öğretisinde kısmen destek bulmuştur. *Alangoya*, Tarafta İradi Olarak, s. 176 vd; *de Boor*, Zur Lehre, s. 102; *Kisch, W.*, Parteiänderung im Zivilprozess, 1912 München, s. 1 vd. (Naklen *Gross*, Klageänderung, s. 60, 61).

³⁴² *Alangoya*, Tarafta İradi Olarak, s. 130 vd.

³⁴³ *Franz*, s. 15.

masraflar dikkate alınarak taraf değişikliğinin karşı tarafın rızasına bağlı olmadan (dava değişikliği şeklinde) kullanılabilmesi (ıslahla) mümkün olmalıdır³⁴⁴.

Biz bu hususta her şeyden evvel taraf menfaatlerinin neye göre ve nasıl belirleneceği ilişkin belirsizlik ve zorlukların olacağını düşünmekteyiz. Bu sebeple yukarıdaki ayırımı katılmamaktayız. Kanaatimizce davalının dava açılmakla hukuk sahasına müdahalede bulunulmuştur, bu sebeple hakkında açılan davada davalının kesin hüküm elde etme konusunda menfaati davacının taraf değiştirme konusundaki menfaati ile kıyaslanabilir değildir. Bu nedenle biz, taraf değişikliğinin, davanın geri alınması niteliği taşıdığını düşünmekteyiz ve bu nedenle de davalının rızası varsa, davacının taraf değişikliği yapabileceğini kabul etmekteyiz. Temsilcide yanılma gibi davacının mâzur görülebilecek hatası ile dava açması durumunda, mevcut durumun düzeltilmesinin davalının rızasına bağlanmış olmasını beklemek, belki gereksiz bir süreç olarak görülebilir. Ancak bu gibi durumlar³⁴⁵ genelleştirilmeden, istisnai hükümlerle düzenlenebilir³⁴⁶.

Biz, tarafta yapılacak değişikliklerde, dava konusu ile davaya yeni dâhil edilen taraf arasında mutlaka bir bağlantı olması gerektiğini, işin niteliği gereği düşünmekteyiz³⁴⁷. Taraf değişikliğinin gerçekleşmesi durumunda ise, yeni tarafı eski

³⁴⁴ Greger, Zöller Komm., § 263 kn. 3; Putzo, s. 152, 160; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 42 kn. 17 (s. 249); Roth, s. 2977. Islahla taraf değişikliğinin gerçekleşmeyeceğine ilişkin olarak aksi yönde Yargıtay'ın yaklaşımı için bkz. HGK 13.02.2008, 9-64/132, İBD 2009/1, s. 390.

³⁴⁵ Biz her usûlî ilişkinin bu yönde yapılacak talep ile sağlandığını ve usûlî ilişki kurulurken taraf olmayan kişinin taraf olarak davaya ithâl edilmesi kural olarak mümkün olmadığını düşünmekle beraber, usûl ekonomisi gereğince kurulan usûlî ilişkinin kapsamından anlaşılan bazı yanlışlıkların ise giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu sebeple gerek Yargıtay'ın temsilcide yanılma yaklaşımı (HGK 17.10.2007, 15-603/724, MİHDER 2008, Sayı: 9, s.175) doğrultusunda gerekse de yapılan maddî hataların tavzih yoluyla düzeltilmesi kapsamında düzeltmeler yapılabileceğini kabul etmekteyiz. Esasen bunlar gerçek anlamda bir taraf değişikliğini de gerektirmezler, zira dava dilekçesinden ya da talepten esasen kiminle usûlî ilişki kurulacağı zaten anlaşılmaktadır. Ayrıca bkz. Yılmaz, Islah, s. 347 vd.

³⁴⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında (m.130) tarafta iradî değişim düzenlenmiş olup, bu düzenleme karşı tarafın açık rızası ile kural olarak tarafta iradî değişimi öngörmektedir. İstisna olarak ise, maddî hata, dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi ile tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılığa dayanması durumları öngörülmüş olup, bu hallerde taraf değişikliğinin karşı tarafın rızası olmadan kabul edilmesi, hâkim takdirine bırakılmıştır. Adalet Komisyonu Raporu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, s. 146.

³⁴⁷ Alangoya, Tarafta İradi Olarak, s. 183.

yargılama ile bağlamak da doğru olmamalıdır³⁴⁸. Bu durumda yeni taraf, dava konusuna ilişkin yeni bir savunma yapacak ve delillerini getirebilecektir³⁴⁹. Bunun ise yeni bir yargılama faaliyetinden farklı olamayacağı düşünülebilir³⁵⁰. Oysa usûl ekonomisi ilkesi gereği, bu durumda tarafın (davacının), ikinci bir kez masraftan kurtularak (ya da davalılardan birine ayrı dava açarak sonradan birleştirilmesini istemek zorunda kalmaksızın) davayı gerçek davalıya yöneltmesi mümkün olacaktır³⁵¹. Ayrıca, mahkeme tarafından yapılmış bazı objektif nitelikli işlemlerin (keşif vs.) muhafaza edilmesi de böylelikle sağlanacaktır. Bu, aynı zamanda mahkemeyi de gerçek olmayan bir yargılama faaliyeti yapmak yükünden kurtaracaktır.

Biz, tarafta değişime ilişkin hükümlerin sadece davalı taraf için söz konusu olabileceğini, davacı tarafta, bir değişiklik yapılmasının medenî yargılama hukukunun mahiyeti nedeniyle mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Zira yargılama faaliyeti, menfaatinin korunması iddiasında olan davacı tarafından başlatılır ve kurulan dava ilişkisinin tarafı da kendisi ile davalı taraf olacaktır. Bu sebeple medenî yargılama hukukunda bir kişinin davacı olması, ancak kendisinin dava açması ile mümkün olacaktır³⁵². Bunun aksine, davacı tarafa çekilmek istenilen tarafın, davanın taraflarınca (herhalde ıslah yoluyla) yargılamaya taraf olması düşünülemeyecektir³⁵³.

³⁴⁸ *Alangoya* bu nedenle taraf değişikliğine dava değiştirme hükümlerinin uygulanamayacağı fikrindedir. *Alangoya*, Tarafta İradi Olarak, s. 156.

³⁴⁹ Özellikle davanın ayrılan tarafı sulh, ikrar gibi işlemler yapmış, delillerini eksik hasretmiş ise bunlara yargılamanın yeni tarafının katlanmasını beklememek gerekir. Bu halde katlanmasının söz konusu olması sadece bu işlemlere onay vermesi halinde söz konusu olmalıdır. Bkz. *Postacıoğlu*, *Medenî*, s. 463, *Roth*, s. 2977.

³⁵⁰ *Alangoya*, Tarafta İradi Olarak, s. 153 vd.; *de Boor*, *Zur Lehre*, s. 106.

³⁵¹ *Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım*, *Medenî*, s. 126; *Ansay*, *Hukuk*, s. 191; *Pekcanıtez*, *Yeniliklerin Değerlendirilmesi*, s. 26; *Postacıoğlu*, *Medenî*, s. 463; *Üstündağ*, *İddia*, s. 184 vd.; *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*, § 86 II (s. 351); *Zeiss/ Schreiber*, *Zivilprozessrecht*, § 51 s. 148 kn. 371.

³⁵² Mevcut sistemimize aykırı olduğuna ilişkin bkz. *Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım*, *Medenî*, s. 124; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 130. maddesinde düzenlenen tarafta iradî değişikliğe ilişkin hüküm*, her ne kadar tarafta iradî değişim konusunda davacı ve davalı taraf ayırımı yapmamış ise de, Adalet Komisyonu Raporunda iradi değişime ilişkin verilen bütün örnekler, davalı taraf değişiklikleri hedef alınarak verilmiştir. Adalet Komisyonun Kabul Ettiği Metin, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu*, Ankara 19.06.2009, s. 146.

³⁵³ *Alangoya*, Tarafta İradi, s. 152 vd.; *Üstündağ*, *İddia*, s. 193; *Rosenberg*, *gewillkürte Parteiänderung*, s. 70. Aksi yönde bkz. *Yılmaz*, *Taraf Ehliyeti İle İlgili*, s. 216; *Yılmaz*, *Islah*, s. 355.

Her ne kadar usûl ekonomisi yönünden davacı tarafın değiştirilmesi (yanlış kişinin dava açması hali vb.) bakımından bunun mümkün olması düşünülebilecek ise de, dava ilişkisi davacının hukukî koruma talebi iddiası ile kurulduğundan, başkasının evvelden bu yönde açmış olduğu bir davaya taraf olarak aynı iddialarla katılıp kendisi için de hukukî koruma talep etmek ya da istenilen hukukî koruma talebine katılmak yargılamanın mahiyetine aykırılık oluşturur. Zira açılan bir davanın iddiasını sahiplenme, söz konusu iddianın muhatabı olmaktan farklıdır. Bu halde ileri sürülen usûlî talep ile sahibi arasında kurulan bağ, yanlışlık ya da asıl hak sahibi olmama gibi sebeplere dayanarak biri diğerinden ayrılamaz bir bütünlük oluşturmaktadır. Usûlî talep o kişi tarafından ileri sürülmekle artık onun için hukuk yargılamasında sonuçlar doğurmuştur. Nasıl biz yukarıda, ‘davalı taraf için maddî anlamda kesin hüküm elde etme konusunda menfaati varsa, davanın geri alınması hükümlerini uygulamaktan başka çare yoktur’ sonucuna vardıysak, davacının yanlışlıkla vs. açtığı davalarda da aynı düşünceye paralel olarak açılan davadan feragat etmesini ya da en azından karşı tarafın onayıyla davasını geri almasını beklemek gerekecektir. Şu durumda, dava değiştirme hükümleri davacı tarafta değişiklik yapılmasına müsait olmayıp, davacı tarafta yapılacak değişiklik ilk davacının davasını geri alması ya da feragat etmesi üzerine dışarıda kalan kişinin ayrı bir dava açması ile mümkün olacaktır. Bu düşüncemizin nedeni, her usûlî ilişkinin iddia sahibi olan kişi tarafından iddia edilmesiyle kurulması zorunluluğudur³⁵⁴.

³⁵⁴ *Yılmaz*, davacı taraf değişikliğine ilişkin olarak tarafın öldüğünden haberdar olmayan vekilin açacağı dava ile nişanın bozulması halinde nişan hediyelerinin geri verilmesi davasının nişanlı çocuk yerine babanın kendisini göstermesi gibi ataerkil toplum yapısından kaynaklanan yanlış kişinin dava açması örneklerini vererek yargılamanın katı biçimselliğinden kurtulması ve usûl ekonomisi gerekçeleri ile ıslah yoluyla davacı tarafta değişiklik yapılmasının mümkün olması gerektiğini ileri sürmektedir. *Yılmaz*, *Islah*, s. 355. Biz bu yönde objektif bir ölçüt konulmadığı sürece sadece usûl ekonomisi gerekçesi ile ya da katı biçimsellikten kurtulma adına ıslah kurumunun davacı taraf değişikliğinde kullanılmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu açıdan yukarıdaki örnekleri değerlendirdiğimizde avukatın ölen kişi adına dava açmasında sadece usûl hukuku açısından değil, maddî hukuk açısından da bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Her ne kadar ölüm temsil ilişkisini sona erdirmekte ise de bu etkinin doğması, vekilin temsil yetkisinin sona erdiğini bilmesine bağlıdır (*Oğuzman/ Öz*, s. 184). Vekil müvekkilin ölümünü bilmiyor ise, yaptığı işlemlere geçerlilik tanımak gerekir. Bu durumda davanın geçerli bir şekilde açıldığı kabul edilmelidir. Hâkimin görevi bu durumda süre vererek taraf teşkilini sağlamak olmalıdır. Bunun için ıslaha başvurulamamalıdır. Babanın nişanı bozulan çocuk adına dava açması ya da çocuğun yaşlı annesi adına kayıtlı taşınmaz için kendi adına dava açması örnekleri gibi usûlî talep hakkının kendilerine ait olduğunu ya da kendilerinin temsilci olduğunu düşünerek dava açması durumunda ıslaha başvurulmayı haklı kılacak objektif ölçütler getirilemez. Kendisinin talep hakkına ya da temsil hakkında sahip olduğunu düşünmek ya da öyle zannetmek sübjektif anlamda değerlendirilebilecek ölçütler olduğundan bu değerlere bağlı kalmak ve ıslahın

Biz, tarafta meydana gelen değişimler konusunda sahip olduğumuz düşünceyi, tarafta nicelik olarak artırmanın yapılmasına ilişkin olarak da taşımaktayız. Nasıl davacı tarafta dava değiştirmeye ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını, her usûlî talebin sahibi tarafından ileri sürülmekle kullanılacağı ve bunun kurulmuş bir usûlî ilişkinin devrini istemeyi içermediğini, sadece yeni bir usûlî ilişki kuracağını düşündüğümüzden, davacı tarafa katılmak isteyen taraf için de aynı şekilde düşünmekteyiz. Aynı davalıya karşı dava açmak isteyen kişinin açılan davanın konusuyla ilgili olması, açılmış olan bir davaya dava değiştirme hükümlerini kullanarak (ıslah ya da davanın taraflarının rızası ile) katılmasını sağlayamaz. *Alangoya* dava değiştirmede bu yolla davacı tarafta artırma gerçekleştirebileceğini karşı tarafın rızası ile mümkün olduğunu belirttikten sonra rızanın verilmemesi durumunda dava ortaklığı hükümlerinin uygulanarak bunun temin edilebileceğini belirtir³⁵⁵. Benzer düşünceler *Yılmaz* tarafından da usûl ekonomisi gerekçesine dayanılarak ileri sürülmüştür³⁵⁶.

Kanımızca bu düşünceler, sadece davacı tarafta ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin olarak dikkate alınmalıdır. Zira mecburi dava arkadaşlığında davanın taraflarının bir arada olmaları zorunluluğu, iddia edilen hak iddiasının maddî hukuk açısından bölünememesi veyahutta bölünmesinin hak iddiası sahiplerinin menfaatine aykırı olması sebebine dayanmaktadır³⁵⁷. Biz, ihtiyari dava arkadaşlığı bakımından

uygulanabilirliğini kabul etmek hukuk uygulaması güvenliği ile her zaman uyuşmayabilecektir. Alman hukukunda ise, hem eski davacı ile yeni davacının hem de davalı tarafın (esasa yönelik kendisini savunmuşsa) onayı ile bunun mümkün olacağı ifade edilmektedir. **Karsh**, *Klageverbesserung*, s. 409; **Foerste**, *Musielak Komm.*, § 263 ZPO kn. 20 (s. 812); **Lüke**, *G.*, *Münchener Komm.*, § 263 kn. 72; **Musielak**, *Grundkurs ZPO*, § 4 kn. 217 (s. 132).

³⁵⁵ *Alangoya*, *Tarafta İradi*, s. 190.

³⁵⁶ *Yılmaz*, *Islah*, s. 383; *Yılmaz*, *Taraf Değişikliği*, s. 577 vd.

³⁵⁷ Elbirliği mülkiyeti, elbirliği halinde alacaklılık (miras ortaklığı içinde miras bırakandan kalan alacak hakları, adi ortaklıkta ortaklık alacakları, mal ortaklığı rejiminde ortaklık alacakları, aile malları ortaklığında ortaklık alacakları) ile maddî hukuk bakımından bu hususta açıkça düzenlemenin bulunduğu hallerde (nesebin reddi davası, olağanüstü zamaanşımına dayanan tescil davası vs.) usûl hukuku açısından davaların birlikte açılması ya da hepsine yöneltilmesi gerekmektedir. HGK, 20.01.1988, 8-150/36, www.kazanci.com.tr; 7.HD., 29.06.2000, 3076/3284, YKD 2000/11, s. 1685); **Jauernig**, *Zivilprozessrecht*, § 86 II (s. 351). Usûl hukuku açısından da mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olabilmektedir (asli müdahale kurumu). Hak ve borcun bölünemez olması halinde ise müteselsil alacaklılık kurumundan farklı bir düzenleme bulunmakta olup borçlu borcunu alacaklılardan hepsine ifa etmekle borcundan kurtulacaktır (BK m. 69). Bu durum usûl hukuku açısından mecburî dava arkadaşlığını gerektirecek şekilde anlaşılmaya müsait olmasına rağmen, söz konusu düzenlemede alacaklılardan her birinin tek başına ifayı isteyebileceğinin düzenlenmiş olması bizim bu halde mecburî dava arkadaşlığının

davacı tarafta artma olamayacağını düşünmekteyiz. Zira ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin düzenlemelerde her bir ihtiyari dava arkadaşı için ayrı bir dava söz konusu olup, bunlardan birinin kendi adına dava açmış olması, ıslaha başvurarak dava açma iradesi ortaya koymamış olan bir kimsenin hakkının korunması talebinde bulunmasına yol açamaz. Ayrıca, dışarıda kalan davacı taraftaki ihtiyari dava arkadaşının hak iddiası, davanın davalısı ile olan hukukî ilişkiden kaynaklandığından usûlî anlamda açılan bir davaya katılmasını değil, ancak ona karşı bir dava açmasını gerekli kılmaktadır. Bu sebeple ıslah ya da karşı tarafın rızası yoluyla davacı tarafta ihtiyari dava arkadaşı artışı söz konusu olamayacaktır³⁵⁸. Belki bu durumda

olduğunu düşünmemize engel olmaktadır. Bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 867. Biz burada sadece takip yetkisinin bölünemez borcun alacaklılarından her birine verildiğini düşünmekteyiz. Aynı yönde bkz. **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 139 dn. 40.

³⁵⁸ Aksi düşünce için bkz. **Yılmaz**, İslah, s. 383. **Budak**, Alman Usul Kanunu 69. maddede düzenlemesi olan dava arkadaşlığı şeklindeki ferî müdahale kurumunun ve bunu sağlayan nitelikli ihbarın hukukumuza iktibas edilmesini önermektedir. Bu öneri ile dava dışında kalan üçüncü kişinin taraflar arasındaki kesin hükümden yararlanması ve böylelikle menfaati görülmekte olan davaya bağlı dava dışı üçüncü kişilerin korunmasının temin edilmesi amaçlanmaktadır. **Budak**, Üçüncü Kişilerin, s. 55, 77. **Budak**, bu önerisine ‘iki anonim şirketin birleşme sözleşmesi yapması ve bu sözleşmenin genel kurullar tarafından onaylandıktan sonra şirket ortaklarından birinin birleşmeye ilişkin genel kurul kararının iptali için dava açması durumunda, birleşmeye giren diğer şirketin menfaati olmasına rağmen ferî müdahalede bulunamamasını’ örnek olarak verir (s. 36). Önerinin gerekçesinin ise, dava dışı 3. kişinin menfaatinin bağlı olduğu bu davadaki hükümden etkilenecek olması, dava edilen şirketin davacı ile özellikle muvazaalı hareket edebileceği endişesi ve bu hususlara ilişkin olarak HUMK ferî müdahale düzenlemesinin yeterli koruma sağlayamaması oluşturmaktadır (s. 50). Bu hususta ferî müdahalenin yeterli koruma sağlayabileceği düşüncesi için bkz. **Postacıoğlu**, Medenî, s. 311. Tarafta artmaya yol açıp açamayacağı tartışılır olan bu kuruma ilişkin söz konusu öneri dikkat çekicidir. Kanımızca ferî müdahalede kendisine ihbar yapılan ya da davaya ferî müdahale eden kişi kendisine ait bir hak iddiasının sahibi olmadığından, ferî müdahilin taraf kavramına dâhil olması ve davanın taraflarında artma sağlayacağı düşünülmemelidir. Bkz. **Pekcanitez**, Fer’i Müdahale, s. 40 vd. Bu durumda davanın 3. kişi için taşıyacağı anlam, sadece müdahalenin etkisi olacaktır. Burada ferî müdahilin yapmış olduğu işleme ilişkin sahip olduğu menfaati, görülmekte olan uyumsuzluğa konu davada verilecek hükümdaki menfaatin dolaylı ilgisi olmakla sınırlıdır. Dolaylı ilgili, dava edilen uyumsuzluğa ilişkin sonuç dolayısıyla doğrudan ilgilinin rücu hakkının doğmasına engel olmada sadece menfaate sahiptir. Bu menfaat ise ferî müdahalede bulunan borçlu ile kendi alacaklısı olan kişi arasındadır. **Kılıçoğlu, Ahmet, M.**, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, s. 13 vd. Doğrudan ilgili ise dava edilen uyumsuzluğun çözümüyle elde edilecek faydanın ve zararın malvarlığına ya da şahısvarlığına etkisi doğrudan gerçekleşecek iddiasında olandır. Bkz. **Belgesay**, Dava Teorisi, İstanbul 1943, s. 38. Bu ise, “*taraf sıfatı*” ile ifade edilmektedir. Kaldı ki Alman hukukunda söz konusu ferî müdahale kurumunun işletilmesi için kendi hukukî menfaatinin davada verilecek hükümden doğrudan ya da dolaylı etkilenen ferî müdahilin ayrıca karşı taraf (dava dışı üçüncü kişinin maddî hukukta hukukî ilişki kurmadığı tarafla) ile arasında bir hukukî ilişki bulunmalıdır. BGHZ 92, s. 275 vd. Bu ise ihtiyari dava ortaklığını çağrıştırmaktadır ve bu durumda kişi artık dolaylı değil, doğrudan ilgilidir. Ayrıca fer’i müdahale kurumunda hukukî yararın müdahil ile hukukî ilişkiye girmiş ve kendisinin yanında davaya katılmak istediği taraf arasında bulunması gerekmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, Fer’i Müdahale, s. 86 vd. **Budak**’ın haklı olarak belirttiği muvazaa endişesi hususunda ise öncelikle hâkimin bu hususu kendiliğinden dikkate alarak yargılama dolayısıyla muvazaa yapılmamasını sağlama konusunda görevli olduğu (bu hususun bir itiraz sebebi olduğu dikkate alınacak olursa) ve

dışarıdaki kişinin dava açması ve bu davanın ancak sonradan açılan davanın –ilk davayla bağlantısı kurulmakta ise– belki birleştirilmesinden bahsetmek gerekecektir³⁵⁹. Kaldı ki bu halde davaya müdahil de olabilecektir.

Davacı tarafta iradi değişime olanaklı olarak düşünmemekle birlikte, biz taraf değişikliğinin ya da nicelik artışının davalı taraf için söz konusu olacağını düşünmekteyiz³⁶⁰. Ancak bu kabul, sadece usul ekonomisi sebebiyle değil, aynı zamanda dava edilen hak ile davanın yöneltilmek istenilen kişinin bağlantılı olması halinde söz konusu olacaktır³⁶¹. Bu halde dava değiştirmeyi olanaklı kılan karşı tarafın onayı, davalı tarafta artma sağlanırken de kural olarak uygulanabilir.

dürüstlük ilkesine aykırı bu durumun korunmaması gerektiğini belirtmemiz gerekecektir. Bkz. **Arslan**, Dürüstlük, s. 111. Muvazaanın ayrıca dosyadan anlaşılamadığı hallerde hâkimin bu görevi yerine getiremeyeceği düşünülecek olursa bu durumda dava dışı kalan kişinin davanın sonucuna bağlı menfaatinin korunması asli müdahalede bulunarak gerçekleştirilebilir. **Özekes**'in asli müdahalede bulunma konusunda dava dışı üçüncü kişinin dava konusu şey ya da hak üzerinde doğrudan hak iddiasında bulunamayacak olmalarının, davanın hukukî sonucundan etkilenmeyecekleri ve asli müdahalede bulunma konusunda hukukî yararlarının olmayacağı anlamına gelmediğine ilişkin düşünceye katılmaktayız. **Özekes**, Asli Müdahale, İstanbul 1995, s. 39 vd. Şu durumda dava dışı üçüncü kişinin dava konusu edilen hak ya da şey üzerinde doğrudan hak iddiası olmasa bile davanın hukukî sonucuna bağlı bir yararı mevcutsa ve bu yarar özellikle muvazaa iddiası gibi davanın taraflarının menfaatleri ile çatışmakta ise asli müdahale hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. Bkz. **Özekes**, Asli Müdahale, s. 45 ve **Umar**, Karar İncelemesi, s. 87. Yargılamaya bu şekilde müdahalede bulunulamaması durumunda ise dava dışı kalan ve fakat davanın hukukî sonucuna menfaati bağlı olan kişinin korunması artık HUMK m. 446 düzenlemesi ile mümkün olması düşünülebilecektir. **Umar**, İadei Muhakeme, s. 286; **Arslan**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 125 vd. Biz bu hususta HUMK madde 446 düzenlemesinin sadece hüküm aleyhine olan tarafın halefleri ile alacaklıları bakımından düzenlenmiş olması sebebiyle kapsamının dar tutulduğunu ve bu madde dolayısıyla yargılamanın yenilenmesini talep edecek kişilerin davada verilen hüküm sonucuna bağlı menfaati olanlar şeklinde belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Böylelikle *Budak*'ın verdiği örnekte olduğu gibi tarafların alacaklısı ya da halefi olmayan ve fakat hüküm sonucuna bağlı hukukî menfaati olan kişilerin haklarının kesin hükme karşı korunması söz konusu olabilecektir. Feri müdahil açısından düşüncemiz ise, müdahalenin etkisine uğramayan ferî müdahilin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmasında hukukî yararının olamayacağıdır. Aynı yönde bkz. **Pekcanitez**, Ferî Müdahale, s. 158.

³⁵⁹ Ayrıca ihtiyari dava arkadaşlığının davacı tarafta söz konusu olması ancak müteselsil alacaklılık durumunda olabileceği dikkate alınacak olursa, müteselsil alacaklılığa ilişkin BK m. 148 f. 3 hükmü de bu kapsamda göz önünde tutulmalıdır. *'Alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye müracaatından haberdar edilmedikçe borçlu onlardan dilediğine tediye muhayerdir.'* şeklindeki bu düzenleme ile alacaklılardan birinin dava açması üzerine borçlu artık diğer bir alacaklıya borcu ödeyerek borçtan kurtulamayacaktır. Bu sebeple müteselsil alacaklılık bakımından davaya sonradan dava dışı kalan müteselsil alacaklının ne açılan davaya katılabilmesi bakımından ne de ayrıca bir dava açabilmesi bakımından hukukî yararı bulunmaktadır.

³⁶⁰ **Yılmaz**'ın tarafta iradi değişime ilişkin verdiği örneklerin sadece davalı taraf için olduğu, davacı tarafta değişikliğe ilişkin verdiği örneklerin zorunlu dava arkadaşlığı halini kapsadığı dikkate alınacak olursa, iradî taraf değişikliğinin neden sadece davalı tarafta olması gerektiğine ilişkin kanaatimizin maddî ve medenî yargılama hukuku boyutu da ortaya konulabilecektir. **Yılmaz**, Taraf Değişikliği, s. 579 vd.

³⁶¹ **Burgstaller/ Neumayr**, s. 80.

Ancak burada şimdiki davalı için davanın geri alınması söz konusu olmadığından, ayrıca onun rızasına başvurma şartı aranmayacak ve davacının ıslah yoluyla davalı tarafta artma yapması mümkün olacaktır. Ancak o kişi için ayrı bir dava açılmış gibi gerekli yargılama harç ve giderleri de davacıdan ıslahla birlikte alınmalıdır³⁶².

Acaba tarafta değişim ya da artma 3 dereceli kanun yolu sistemimize geçtiğimizde mümkün olacak mıdır? Biz, istinafta ıslah yolunun kapalı olması, istinaf incelemesinin dava edilen hususa ilişkin tekrardan bir incelemeyi ifade etmemesi (dar istinaf sistemi sebebiyle) dolayısıyla istinafta ıslah yoluyla dava değiştirmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Kanımızca burada belirleyici olan istinaf kanun yolu ile güdülen amaç olmalıdır. İstinafin fonksiyonu sadece belirtilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapmak olunca, ne ıslah ne de karşı tarafın rızası ile istinaf incelemesinde taraf değişikliği artık söz konusu olmamalıdır. İstinaf sistemimizden daha geniş olan Alman istinaf sistemi, istinaf ile güdülen amaç dolayısıyla önceleri sadece değiştirilmek istenilen tarafın rızası ile istinaf yargılamasında taraf değişikliği yoluyla dava değiştirme yapılacağını kabul etmişken, 01.01.2002’de yapılan kanun değişikliği sonucunda (dZPO § 523) artık bu yolla taraf değişikliği yapılması olanağına son vermiştir³⁶³. İsabetli olan, istinafa yüklenen işlev düşünülünce bu olmalıdır³⁶⁴.

5. Dava Konusunun Devri

a. Genel Olarak

Devir (temlik), bir hakkın/malın diğer bir kişiye verilmesi, mülkiyetin geçirilmesi anlamına geldiğinden³⁶⁵, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 186

³⁶² Önen, Medenî, s. 182; Christoph, Zivilprozessrecht, kn. 371 (s. 182). Üstündağ da, taraf değişikliğine ilişkin olarak Yargıtay Dergisi’nin Ocak-Ekim 1989 sayısında yayınlanan Yargıtay Kararlarının değerlendirildiği Sempozyumda Ejder Yılmaz’ın ‘Hukuk Davalarında Taraf Ehliyeti İle İlgili Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri’ isimli sunumuna ait tartışmalar kısmında müteselsil borçlulardan birine karşı açılan davada davacının ıslah ile davalı tarafta çoğaltma yapabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay’ın 120 inci Yılı Sempozyumu Özel Sayısı, YD Ocak-Ekim 1989, s. 235.

³⁶³ Jauernig, Zivilprozessrecht, § 86 II (s. 351).

³⁶⁴ Akkaya, İstinaf, s. 99, 105.

³⁶⁵ Türk Hukuk Lûgatı, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1991, s. 334; Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Cilt:2, s. 2187.

düzenlemesine göre, dava konusunun devri, tarafların aralarında görülen uyuşmazlık konusu olan hak ya da malvarlığı değerini davanın görülmesi aşamasında, dava dışı üçüncü bir şahsa devretmelerini ifade etmektedir. Bu tanımlama, dava konusu edilen maddî unsurun ya da hakkın devrini içermektedir. Örneğin, bir eşyanın geri verilmesi davasında geri verilmeyi gerektiren hayat olayı ile geri verilmeye ilişkin talep sonucu dava konusunu oluşturmakta olup, devredilebilir olan, davanın konusu olan eşyadır. Keza hakkında hüküm verilmesi istenilen maddî ögenin satım ve teslimi/tescili, trampa, bağış gibi bir hukukî işlemle iradeye dayalı olarak³⁶⁶, açık artırma gibi bir cebri icra tasarrufu ile ya da kamulaştırma gibi idarî bir tasarrufa dayanarak³⁶⁷ bir başkasına geçmesi halinde de, dava konusunun devrinden bahsedilecektir. Dava konusunun devri, sadece dava konusu olan maddî ögenin devrini değil, söz konusu maddî ögenin ilgilisi olduğu bir hukukî ilişkinin devri halinde de söz konusu olmaktadır. Örneğin, işe iade davası görülmekte iken, işverenin işyerini devretmesi ya da kiralayan şirketin kira tespiti davası görülmürken bir başka şirket tarafından satın alınması durumunda da dava konusu devredilmiş olacaktır. Şu durumda işçi, işe iade davasını kazandığında bu kararın yerine getirilmesi için³⁶⁸, işçinin sözleşmesini fesheden işverene değil, dava görülmekte iken işyerini devralan yeni işverene başvuracaktır³⁶⁹.

b. Maddî Hukuktaki Değişikliklerin Görülmekte Olan Davaya Etkisi

Davanın görülmekte olması, dava konusu edilen maddî hak üzerinde tarafların tasarruf işlemi yapmalarına kendiliğinden engel olmaz (Tasarı m. 32 f.

³⁶⁶ Üstündağ, Medenî, s. 560.

³⁶⁷ Tuluay, Ders, s. 149; Özmumcu, s. 199.

³⁶⁸ Verilen hükmün eda hükmü olmakla beraber sonrasında bunun yerini getirilmemesine ilişkin yaptırımın aynı düzenlemede bir tazminat ödenmesinin tespitine bağlanması sebebiyle ilamlı icraya konu olamayacağı yönünde eleştiriler için bkz. Özekes, İşe İade, s. 154 vd, 162 vd (131-171); Özekes, İş Kanunu'nun, s. 497 vd..

³⁶⁹ İşK m. 6 düzenlemesine göre, işyerinin devri halinde işyerine ait bütün hak ve borçlar yeni işverene geçmekte olduğundan, eski işverenin feshettiği sözleşme sebebiyle açılan işe iade davasına ilişkin verilen hükmün icrası da yeni işverenden istenilmelidir.

3)³⁷⁰. Yargılamanın tarafları ancak, ihtilaf konusu olan şey ya da hakkın, hükümden sonra icra edilmesinin engellenmesi ihtimali varsa, mahkemeden teminat oluşturmak üzere temlik engelleyen tedbir kararı verilmesini isteyebilir ve böylelikle uyumsuzluk konusu talebe ait hakka ya da malvarlığına ilişkin açılmış olduğu an itibarıyla davanın sonuçlandırılmasını sağlayabilirler.

Görülmekte olan davanın konusuyla ilgili yapılan temlik işlemlerinin dikkate alınmayarak davanın açıldığı ana göre hüküm verileceğine ilişkin yaklaşım (irrelevanz teori), artık güncel değildir³⁷¹. Zira gerek dava konusuna ilişkin gerekse de bu talebin taraflarına ilişkin meydana gelecek değişikliklerin göz ardı edilmemesi, dava konusu hakkında maddî gerçeği ifade eden ve hukukî barışı temin eden bir karar verilmesini sağlar.

Dava görülmekte iken maddî hukukta yaşanacak bir kısım değişiklikler, doğrudan dava konusuna ilişkin olabilir ve bu durumda dava konusu hakkında karar verilmesi ihtiyacını ortadan kaldırır. Örneğin, boşanma davası görülürken eşin ölmesi, boşanma hükmü verilmesini, işe iade davası görülürken işçinin işe başlatılması, işe iadeye dair hüküm verilmesini, eşyanın iadesine ilişkin bir dava görülürken, taraflara karşı açılan asli müdahale davasında eşyanın asli müdahale verilmesi gerektiğine ilişkin karar verilmesi, diğer davada eşyanın teslimine dair hüküm verilmesini engelleyecektir.

Dava dışında taraflara ilişkin yaşanacak bir kısım değişiklikler de dava konusunu etkileyecektir. Örneğin, tazminat davasının taraflarından birinin ölmesi, eşler arasında mal ortaklığı rejimine geçilmesi ya da davanın tarafı olan tüzel kişinin tüzel kişiliğinin sona ermesi durumunda ortada bir küllî halefiyet söz konusu olduğundan, bu durumlar davanın tarafında kendiliğinden değişikliğe sebep olacak ve dava küllî halefin taraf olması ile artık görülecektir³⁷². Davanın tarafının dava

³⁷⁰ Roma medenî yargılamasında Litis contestatio usulünde yargılama görülürken tarafların dava konusu şey üzerinde satım yaparak elden çıkarmaları yasaktı. **Kaser, Max**, Das römische Zivilprozessrecht, München 1966, s. 227 (Naklen, **Özmumcu**, s. 122). Bu durum, preatorların sonradan gerçekleşen durumların hakkaniyet sebebiyle dikkate alınmasına ilişkin istisnalara uğramıştır. **Güral**, s. 597 vd.; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 34; **Üstündağ**, Kesin Hüküm, s. 229.

³⁷¹ **Özmumcu**, s. 210 vd; **Grunsky**, Veräußerung, s. 99; **Henckel**, Perteilehre, s. 179.

³⁷² Bu sonucun gerekçesi, küllî halefiyetin genel olup, malvarlığına dâhil bütün aktif ve pasiflerin kendiliğinden geçişi sağlıyor olmasıdır. **Ayrancı**, s. 70.

ehliyetini dava esnasında kaybetmesi durumunda, hak sahipliğine ilişkin bir taraf değişikliği söz konusu olmadığından, sadece tarafın kanuni temsilcisinden davayı takip etmesi beklenilmelidir.

Dava konusundaki maddî unsurların cüzi halefiyetin öngörüldüğü bir maddî hukuk işlemiyle başkasına devredilmesi, görülmekte olan davanın yürütülmesini ve sonucunu etkileyecektir. Bu hususta hâkim relevanz teorisine göre, dava konusunun devri, yargılamaya konu hakkın tartışılmasını engellemeyecek, sadece söz konusu hakkın artık iktisap edenin hakkı olarak tartışılmasına ve hükmün de son muhakeme aşamasındaki hukukî durum gözetilerek verilmesine neden olacaktır³⁷³.

Alman Hukukunda, dava konusu eşya ya da hakkın başkasına devrinin görülmekte olan yargılamayı etkisi düzenlenmiştir (dZPO §265 2). Bu düzenlemeye göre, karşı taraf onay vermekle ancak davada devreden taraf sıfatı ortadan kalkacak ve dava devralan ile karşı taraf arasında görülmeye devam edecektir. Aksi halde, dava devreden ile görülecektir. Devreden hak sahipliği ile bağlantısı kalmamasına rağmen davayı takip edebilmesi, Alman Hukukunda dava yetkinliği³⁷⁴ kavramı ile açıklanmaktadır. Buna göre, dava konusunu devreden taraf, hak sahipliğini devretmiş olup, hakkın korunması talebine ilişkin usûlî yetkinliğini (dava takip yetkisini ve şekli taraf sıfatını) devretmemiştir³⁷⁵. Hükmün verildiği tarih itibarıyla maddî hukuksal duruma ilişkin yapılacak kesin hüküm, § 325 düzenlemesiyle cüzi halefe karşı sirayet edecek ve § 727 1 hükmüne göre de ona izafeten icra edilebilir olacaktır. Türk medenî yargılama hukukunda dava konusunun devrine ilişkin yapılacak değişiklikler için örnek gösterilen³⁷⁶, Alman sisteminde, dava konusunu devri ile birlikte asıl hakka bağımlı olan dava takip yetkisi³⁷⁷ bağımsızlaşacak³⁷⁸, ancak davanın tarafında (şekli taraf) bir değişikliğe yol açmayacaktır.

³⁷³ Özmumcu, s. 211; Grunsky, Veräußerung, s. 112 vd., 193.

³⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Deren Yıldırım, Subjektif Sınırları, s. 27 vd.

³⁷⁵ Özmumcu, s. 217 vd.; Üstündağ, Medenî, s. 561; Zeiss/ Schreiber, Zivilprozessrecht, § 49 s. 145 kn. 360.

³⁷⁶ Alangoya /Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 276; Deren Yıldırım, Subjektif Sınırları, s. 76 vd; Özmumcu, s. 255.

³⁷⁷ Hak sahibi iddiasında olan kişi tarafından davanın açılmasıdır. Bu durumda hak sahipliği olgusu ile bunun usûlî açıdan ileri sürülmesi yetkinliği bir arada gerçekleşmektedir (unselbständige Prozessführungsbefugnis).

Davanın tarafı, açılan davada kendi adına hukukî korunma isteyen ya da bu hususta muhatap gösterilen kişidir³⁷⁹. Kendi adına iddiada bulunmakla taraf olan kişinin, davayı yürütebilmesi ayrıca bu hususta kanunen yetkili olması şartına bağlıdır³⁸⁰. İstisnai olarak ise bu yetki, ya dava ehliyeti eksikliği durumunda kanuni temsilcisine, ya dava ehliyeti olmakla beraber atadığı iradi temsilcisine yahut da kanunun öngördüğü durumlar dolayısıyla temsilci olmayan bir üçüncü kişiye (münhasır olarak ya da hak sahibinin yanında) geçebilmektedir. Bu halde, dava takip yetkisine sahip kişinin, kendi adına hak sahipliği iddiasında bulunabilmesi söz konusu değildir. Zira davayı takip yetkisi, sadece davanın görülebilmesi ve sonuçlandırılması konusunda yetkinliğini ifade etmekte olup, bağımsız dava yetkini³⁸¹, bu hakkı *kendi adına* kullanamaz³⁸². Aksi durumun kabulü, taraf ile dava yetkinliğini, eşit ve bir görmek anlamına gelecektir. Zaten Alman düzenlemesine göre (ZPO § 265), dava konusunun devri halinde taraf sıfatı ile dava yetkinliği aynı şey olarak kalmakta olup, davadan ayrıştırılan, dava konusu üzerindeki hak sahipliği olgusudur³⁸³. Dolayısıyla hüküm, davayı kendi adına yürüten devredene yönelik verilecektir³⁸⁴. Verilecek hüküm de devralan hak sahibine sirayet edecektir³⁸⁵.

³⁷⁸ Bağımsız dava takip ehliyeti= Dava yetkinliği. Hak sahibinin hakkına ilişkin olarak bir başka kimsenin dava açması durumudur. Sınırları öğretide tartışmalı olan bu kurumun bir kısım savunucuları, üçüncü kişinin kendi adına dava açtığını, bu nedenle açılan davanın tarafı olacağını ve verilecek hükmün de hakka ilişkin, ama dava yetkinine izafeten verileceğini düşünürler. Bkz. **Alangoya**, Taraf İradi Olarak, s. 139; **Deren Yıldırım**, Subjektif Sınırları, s. 28; **Özmumcu**, Müddeabih, s. 246. Öğretide bir kısım yazarlar ise, hak sahibi olmamakla beraber dava takip yetkisine sahip üçüncü kişilerin hak sahipliğine ilişkin dava açtıklarını ve takip ettiklerini, verilecek hükmün de hak sahibi kişiye yönelik olarak verileceğini düşünürler. **Kuru**, Medenî, Cilt 1, s. 1155; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, Medenî, s. 195.

³⁷⁹ **Alangoya**, Taraf İradi Olarak, s. 10; **Belgesay**, Dava Teorisi, s. 110; **Deren Yıldırım**, Subjektif Sınırları, s. 19, 20; **Hanağası**, Menfaat, s. 163; **Kuru**, Medenî, Cilt 1, s. 886; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, Medenî, s. 191; **Tanrıver**, Derdestlik, s. 62; **Ulukapı**, Dava Arkadaşlığı, s. 10-12; **Yılmaz**, Islah, s. 344.

³⁸⁰ **Hanağası**, Menfaat, s. 166.

³⁸¹ Başkasının hak sahipliği adına dava açma yetkisine sahip olan 3. kişi.

³⁸² **Hanağası**, Menfaat, s. 190; **Erişir**, s. 83; **Kuru**, Medenî, Cilt 1, s. 887. Aksi yönde bkz. **Alangoya**, Taraf İradi Olarak, s. 138 vd.; **Alangoya**, **Yıldırım/ Deren Yıldırım**, Medenî, s. 118; **Deren Yıldırım**, Subjektif Sınırları, s. 29; **Akyol**, Üçüncü, s. 134.

³⁸³ **Zimmermann**, **Zimmermann Komm.**, § 265 kn. 9 vd.; **Schilken**, **Veränderungen**, s. 30.

³⁸⁴ **Deren Yıldırım**, Subjektif Sınırları, s. 29; **Özmumcu**, s. 219; **Üstündağ**, Kesin Hüküm, s. 228. ZPO § 265 düzenlemesinin devralanın hukukî dinlenilmesine engel olamayacağı, zira devir işleminin mahkeme ile devralan arasında değil, devreden ile devralan arasında gerçekleştiği, bu sebeple devralanın isterse mahkemenin dinlemek zorunda olduğu ve kimsenin davayla ilgili kişinin dinlenilmesine engel olamayacağı hakkında bkz. **Zeuner**, **Rechtliches Gehör**, s. 26 vd.

Biz, bu düzenlemenin sonuçları itibarıyla Türk hukukuna nazaran daha isabetli olduğu fikrinde³⁸⁶ değiliz. Öncelikle medenî yargılama hukuku, uyuşmazlık konusu olan sübjektif menfaate ilişkin hukukî korunmayı temin etme ilk amacını taşımaktadır. Bu sebeple de dava konusu kapsamındaki maddî ögenin devredilmesi durumunda, devrin tarafların hukuksal korunma talepleri üzerinde gerçekleştirdiği etki dikkate alınmalıdır. Böylelikle, hükmün verildiği an itibarıyla korunması talep edilen sübjektif menfaate en uygun kararın verilmesi sağlanacaktır. Bu çıkarım, Alman hukukunda, devreden (davacının), dava dilekçesinde düzeltmeler yapmak suretiyle kendi adına değil, devralan hak sahibi adına hüküm verilmesini isteyebileceği şeklinde dile de getirilmiştir³⁸⁷. Böylelikle mümkün mertebe maddî hukuktaki durum ile örtüşen bir yargılama hükmü verilerek toplumsal barışın da sağlanacağı düşünülmüştür³⁸⁸.

Kanımızca da, hükmün verildiği an itibarıyla maddî hukuktaki durumun ortaya konulması, toplumsal barışın temini ve başkaca sübjektif menfaat çatışmalarının ortaya çıkmaması için zorunludur³⁸⁹. Bu sebeple dava konusunun

³⁸⁵ İyiniyeti kanun tarafından korunması düzenlenmemiş olan devralanın devraldığı şeyin dava konusu olduğunu bilmediği ve bu sebeple yargılamaya müdahale edemediği durumunda devralanın kesin hükmün sirayeti içine çekilmesine sebep olan § 265 düzenlemesinin anayasa aykırılık barındırdığı düşüncesi için bkz. **Pawlowski**, Probleme, s. 681 vd.

³⁸⁶ Kaldı ki bağımsız dava takip yetkisi, ya üçüncü kişinin kanun tarafından verilen görev sebebiyle ya da üçüncü kişinin kendisine ait menfaati elde etmesinin borçlusuna ait bir hakkın elde edilmesiyle mümkün olduğu durumlarda (TMK m.552, 539, İİK m.226), yetkili organ tarafından borçlusuna ait hakka ilişkin hüküm alma konusunda yetkilendirilmeyle (İİK m.120, 245) söz konusu olacaktır. Bunun dışında Alman hukukunda dava takip yetkisinin asıl hak sahibi tarafından bir üçüncü şahsa devredilebileceği, Türk hukukunda ise menfaati bir başkasının hukukî durumunda gerçekleşecek bir değişikliğe bağlı olan üçüncü kişinin dava takip yetkisini kullanabileceği kabul edilmektedir (İBK 11.02.1956, 14/13, RG 11.05.1959, Sayı:10223; HGK, 10.01.1968, 8-1083/8. ABD 1968/2, s. 304).

³⁸⁷ NJW 2004, 2152; **Henckel**, Ein Großkommentar, s. 645; **Lüke**, Münchener Komm., § 265 kn.83; **Musielak**, Grundkurs ZPO, § 4 kn. 213 (s. 129); **Schilken**, Zivilprozessrecht, s. 118 kn. 215.

³⁸⁸ Türk hukuku düzenlemesinde davanın hukukî halefle devam etmesi durumunda davanın hukukî halef tarafından takip edilmesi, kesin hükmün etkisi doğrudan hak sahibini etkileyeceği düşünülecek olursa, hukukî dinlenilme hakkını gerçekleştirmesi sebebiyle daha uygun bir çözüm içermektedir. Bu hususa Alman hukukunda Pawlowski dikkat çekmiştir. **Pawlowski**, Probleme, s. 681 vd.. **Postacıoğlu**, hak sahipliği devrine rağmen selef ile davanın devam etmesi durumunda, selef ile davanın karşı tarafı arasında hukukî halef aleyhine hileli anlaşma yapılabileceği ihtimaline dikkat çekerek HUMK düzenlemesinin bu ihtimali bertaraf ettiğini belirtmiştir. **Postacıoğlu**, Davalı Şeyin, s. 117.

³⁸⁹ Sadece dava konusunun devri hususuna ilişkin olarak değil, dava konusuna ilişkin olarak da hükmün verildiği an itibarıyla maddî durumun ortaya konulması, hukukî barışın temini için bir gerekliliktir. Bu sebeple dava konusunu oluşturan hayat olayına ilişkin gerçekleşecek yeni vakıaların da yargılamaya getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Üstündağ'ın bu hususta

devri halinde bunun öngörülmesi bir gereklilik oluşturmaktadır. Dava konusuna bağlı maddî ögenin devredilmesi, kural olarak dava konusunu *değiştirecektir*. Zira dava konusu sadece talep sonucu kısmından oluşmaz, aynı zamanda talep sonucuna ilişkin hayat vakıalarını da içermekte olup, dava konusunun devri ile mahkemenin yapacağı tespit, devre ilişkin hayat olayını da artık içermek zorundadır³⁹⁰. Bu durumda, devreden hak sahipliği olmamasına rağmen, devralanın iyiniyetle malı iktisap ettiği olgusu tespit edilerek açılan davanın reddi söz konusu olabilecektir. Örneğin, ödünç verilen bir kitabın iadesi davasında kitabın iyiniyetli 3. bir kişiye satılmasıyla, artık davacının bu davayı devralana karşı esastan kazanması mümkün olamayacaktır. Bu sebeple dava konusunun devredilmesi durumunda davanın devralanın hak sahipliği olgusu üzerinden devam etmesiyle dava konusunun *değiştiğini* kabul etmek gerekmektedir³⁹¹. Bu durum, hakkında hüküm verilecek usûlî talep ile maddî hukuk arasındaki bağılılığı ortaya koymaktadır.

Maddî hukuktaki durum ve usûlî taleple olan bu bağlantı, kanımızca davanın devralanla sürdürülmesi durumunda devreden menfaati ile de ilgilidir. Örneğin, yukarıda verilen ödünç kitap örneğinde, kitabı devralanın devre ilişkin hayat olayından kaynaklanan hak sahipliği; kendisinin iyiniyetli olması, bu iyiniyetinin devir anında mevcut olması ve devreden emin sıfatıyla zilyet olması unsurlarının maddî hukukta gerçekleşmesine bağlıdır. Devralana karşı yürütülen bir yargılama neticesinde devreden davalının kitap üzerinde emin sıfatıyla zilyet olmadığı tespit edilseydi, bu halde taşınır davası davacının lehine sonuçlanacak ve mahkeme kitabın devralan tarafından davacıya iadesine karar verecekti. Devreden ile davralan

eleştirdiği Yargıtay kararında (Üstündağ, Medenî, s. 531-533), şekle aykırılıktan dolayı geçersizliğinin tespiti istenilen vasiyetnamenin, dava görülmekte iken vasiyetnamede yer alan davalı vasiyet alacaklısının evlenmeme koşulunun ihlâl edildiğine ilişkin durum, aynı hayata olayına (hukukî sebep değil) ilişkin gerçekleşen bir vakıa (yeni dava sebebi) değişikliğidir.

³⁹⁰ Ancak bu durum görülecek davanın, devreden ile görülen davanın devamı olmayacağı anlamına gelmemeli, özellikle devralanın iyiniyetle dava konusunu iktisap etmediği hallerde davanın devralana karşı devam etmesi söz konusu olabilecektir. İBK, 10.05.1944, E.14, K.18 (RG., 25.07.1944, Sayı: 5765). Görülmekte olan dava devam ederken yaşanacak maddî hukuk değişikliklerinin görmezlikten gelinemeyeceğine ilişkin bkz. Üstündağ, Kesin Hüküm, s. 230. İyiniyetle iktisap halinde halefin seleften daha kapsamlı ve farklı haklara sahip olacağı hakkında bkz. Postacıoğlu, Davalı Şeyin, s. 119. Hüküm dava konusuna ilişkin gerçekleşen son vakıa zamanındaki hukukî durumu göstermek zorunda olacağına ilişkin bkz. Henckel, Veräusserung, s. 205, 206.

³⁹¹ Bu durumda, dava değişikliğinin iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istisnası oluşturduğu kabul edilmektedir. Postacıoğlu, Medenî, s. 469.

arasındaki kitabın devri işlemi, devralanın davacı ile olan davasındaki iyiniyetle mal iktisabı olayının bir unsurunu oluşturduğundan, hükümle tespiti yapılan sonuç, devreden ile devralan arasındaki hukukî ilişkiden doğan yükümlülüklerle genetik ve işlevsel açıdan bağlantı oluşturacak ve artık maddî anlamda kesin hükmün sınırlarının gerekçe üzerinde objektif genişlemesinden³⁹² bahsetmek gerekecektir. Zira hak sahibi olmayan 3. kişinin dâhil olduğu bir hukukî ilişkinin bir diğerine bağlılığı, mutlak surette *dava konusu yapılan hayat olayı için öngörülen hukukî sonucun unsuru üzerinden gerçekleşmektedir*³⁹³. Bu nedenle sorun, kesin hükmün subjektif genişlemesi sorunu değil, kesin hükmün objektif anlamda genişlemesi sorunudur. Zira üçüncü kişi ile kurulan bağ, hükmün unsuru dolayısıyladır ve yargılamada haklı çıkan tarafı tatmin etmek zorunda kalan kişi ile onun alacaklısı ya da borçlusu arasındadır³⁹⁴. Bu durumda, yani iyiniyetle mal iktisap edildiği olgusunun başarısız olması durumunda, usûlî talebe ilişkin verilecek hükmün devralan için taşıdığı anlam, verilen hükmün (kitabın iadesine) kendisi için doğrudan kesin hüküm teşkil etmesi olacaktır. Zira kendisi dava konusu malı maddî hukuk işlemiyle devralmış olduğundan, hak sahipliğine ilişkin hüküm de kendisi için kurulacaktır. Bu çıkarım haklılık taşır, zira devralan maddî hukuk açısından halef olmakla davacının hukukî konumu üzerinden hak sahipliği iddiasını devam ettirecektir³⁹⁵. Altılama faaliyetinde tartışılan ve tespiti yapılan unsurlar (devreden davalının o malın emin sıfatıyla zilyedi olmadığı hususu gibi) ise zorunlu anlam

³⁹² HGK, 24.09.1980, 9-2176/2159, İKİD 1981, s. 38; 8. HD, 12.10.1993, E.1992/7368, K.1993/10021, YKD Ocak 1994, s. 51; 13. HD, 18.03.1982, 1512/1858, YasaD Haziran 1982, s. 851; Domaniç, s. 33; Bilge/ Önen, Medenî, s. 700; Karşı, Rücu, s. 159; Kuru, Medenî, § 65 D II 2 a, s. 5051; Fransız Hukukunda ikinci yargılamanın hâkimi, hükmü taşıyan gerekçeler ile bağlıdır. Habscheid, Rechtskraft, s. 205.

³⁹³ Üstündağ, Kesin Hüküm, s. 233.

³⁹⁴ Bu ise kural olarak bir rücu ilişkisini ifade etmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 14; Pekcanitez, bu hususa ilişkin olarak şu örneği vermektedir; "Alıcı A, satıcı B'ye karşı tazminat davası açıp kazanıyor. B, kendisine bu malı teslim eden C'ye karşı açtığı rücu davasında, C, B'nin A'ya tazminatla sorumlu olmadığını ileri süremez." Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s. 97 vd. Rücu ilişkisinin dava konusunun devri halinde söz konusu olduğunda devredenın verilen kesin hükmün etkisi altında olacağına ilişkin bkz. Jauernig, Zivilprozessrecht, § 84 V (s. 346). Rücu ilişkisi ise bazen üçüncü kişinin hukukî durumunun taraflar arasında görülen yargılama sonucundan (*yargılamadaki hukukî ve fiili tespitlerden*) dolayı etkilenmesi durumunda söz konusu olabilecektir. Ancak bu halde verilen hükmün sonuç üzerinden üçüncü kişinin hukukî durumu etkilenmekte olup, etkisi olacak kurum fer'i müdahale kurumudur. Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s. 98, 99; Häsemeyer, Interventionswirkung, s. 192 vd.

³⁹⁵ Jauernig, Zivilprozessrecht, § 63 IV 2 (s. 258). Bu durumda devre kadar yapılmış olan usûlî işlem ve tasarrufların kendisi için de bağlayıcı olacağına ilişkin bkz. Postacıoğlu, Davalı Şeyin, s. 119.

bağlantısı dolayısıyla kesin hükmün içinde değerlendirilecek ve böylelikle devreden kişiye sirayet edecektir.

HUMK m. 186 düzenlemesinde belirtilen, '*dava konusu*' kavramı dar anlaşılmalı ve tarafların dava konusu üzerindeki hak sahipliğinin başkasına geçtiği bütün halleri kapsadığı kabul edilmelidir. Bu hususta belirleyici olan, usûlî talep üzerindeki hak sahipliğinin bir taraf için sona erip, diğer bir kimse tarafından kazanılmasıdır³⁹⁶. Şu halde maddî hukukta tarafların hukukî konumlarında yaşanacak değişikliklerin görülen yargılamaya etkisi söz konusu olacaktır. Bu etkinin nasıl olacağı hususu, yasal düzenlemelerde (HUMK m. 186, dZPO § 265) taraf tasarrufuna bırakılmıştır. Nasıl usûlî talebin kapsamı tarafların iradesine terk edilmişse, maddî hukukta yaşanacak değişiklikler de taraf iradesinin öngördüğü şekilde yargılamaya yansıyacaktır. Davacı ile davalı taraf arasında kimin dava konusunu devrettiğine ilişkin ayırım yapmayan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 186. madde düzenlemesi, karşı tarafa davanın devredene karşı tazminat ya da devralana karşı aynı usûlî talep üzerinden devam ettirilmesi konusunda seçme olanağı vermiştir. Yargıtay uygulaması ise, davacının dava konusunu devretmesi halinde taraf konumundaki değişiklik nedeniyle davalının seçim hakkının bulunmadığı ve davanın davacı tarafında artık devralan bulunmakla davanın görüleceği yönündedir³⁹⁷.

Yargıtay'ın bu uygulamasının altında yatan sebep, maddî hukuktaki hak sahipliği değişikliği olup, bu husustaki usûlî kuralların uygulanamamazlığı, sadece davacı tarafın dava konusunu devretmesi gibi şekli kalıplarla belirlenmemelidir.

³⁹⁶ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 99 kn. 11 (s. 670).

³⁹⁷ "... davacı (kiralayan) kiracıya karşı kira bedelinin tesbiti davası açmış dava devam ederken (kiracıya kiralamış olduğu) gayrimenkulü üçüncü kişi E'ye satıp devretmiştir....Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre bu gibi durumlarda (müddeabih dava sırasında davacı tarafından üçüncü kişiye devredilirse), müddeabihi devralan üçüncü kişi, devreden davacının yerine geçer ve onun hak ve yetkilerini kullanır; yani davaya devam eder....." 3. HD, 01.05.2000, 3986/4096 (YKD 2000/11, s. 1674). Yargıtay evvelden dava edilen taşınmazın aynen istirdadının mümkün olduğu durumlarda davacının devralan davalıya karşı davasını devam ettirmesi gerektiği fikrindeydi. HGK, 09.03.1966, 4/581-71. Bkz. Kuru, Medenî, 4. Cilt, s. 3852, dn. 130. Alman hukukunda devredenin davayı takip yetkisi ile birlikte taraf sıfatını da taşıdığını düşünür ve fakat bu durum davacının devreden olması haline ilişkin değildir. Zira davacının devretmesi halinde her halde sıfatının kalmadığı düşünülür. Bkz. Schumann, Stein/ Jonas Komm., § 265 kn. 52; Buna ilişkin olarak da ZPO §265 III düzenlemesi, davalıya davacının sıfatının eksik olduğunu ileri sürme olanağı vermektedir. Yargıtay'ın bu kararları doğrultusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda düzenleme öngörülmektedir (m. 131 f. 2), Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009.

Yukarıdaki dipnot örneğine baktığımızda davalı kiracıya açılan kira bedeli tespiti davası görülürken, davacı kiralayanın evi bir başkasına satması durumunda, davacı konumuna bağlı hak sahipliği olgusu değiştiği dikkate alınarak davanın evi satın alan kişi ile görülmesi gerektiği olgusu, maddî hukuk bunu öngördüğü için kabul edilebilir niteliktedir. Hatta buna biz maddî hukuktan kaynaklanan başka sebepler de katabilir ve diyebiliriz ki, davalı kiracının ayrıca evi devreden kişiye karşı kira bedelinin tespiti davasını görmesinde hukukî yararı da ayrıca bulunmamaktadır. Bu sonuç ve söylenenler kira bedeli tespiti davasına konu satılan eve ait kira sözleşmesinin 6570 sayılı Kanun kapsamına girmesi halinde (m. 7 d) doğruluk taşıyacaktır. Ancak olayımızın konusu Borçlar Kanunu kapsamına giren bir kira sözleşmesi olsaydı (m. 254), bu durumda evi devralanın da davalı kiracı ile bir kira ilişkisi içinde kabul edilmesinin, ancak söz konusu kira borcundan doğan borcu üstlenmesi ile gerçekleşeceği kabul edilmelidir. Zira evi devralanın kira sözleşmesinin devamına muvafakati yok ise (BK m. 254), davalı kiracının evi devralan ile kira bedelinin tespiti davasını devam ettirmesine ilişkin bir menfaati de söz konusu olmayacaktır³⁹⁸. Bu durumda da ona ilişkin menfaat yargılama giderlerinin evi devreden davacıya yüklenilmesi ile sınırlı olacaktır. Bu sebeplerle Yargıtay uygulamasına hak vermektediriz.

Kanımızca öncelikle devralan ile davalı taraf arasında dava konusuna ilişkin '*hüküm elde etme menfaati*' uygulama bulmalı ve davanın tarafı olmuş olan devralan ile davalı tarafa yönelik olarak '*dava konusu*' üzerinden hüküm verilmelidir. Zira dava açılmakla hüküm elde etme menfaati sadece bir taraf için değil, her iki taraf için söz konusu olacak ve dava konusu devredilmekle bu husustaki devreden taraf menfaati devralana geçmektedir. Devralan dava konusuna ilişkin yargılamayı devam ettirmek istemese bile, davalının davanın reddine ilişkin kesin hüküm elde etme menfaati söz konusu olacak; davalı tarafın devralana karşı yargılamaya devam etmek istememesi ise, devralan davacının bu hususta devam iradesi oldukça etki göstermeyecektir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 186. maddesinin bu bakış

³⁹⁸ "...akdin geriye etkili şekilde feshine karar verilir bu husus kesinleştiğinden yükleniciye ait yerleri satın alan davalılar hakkındaki tapu iptali ve tescil isteminin kabul edilmesi, dava aşamasında bir kısım tapuların intikal görmesi nedeniyle yeni maliklerin davaya katılması veya bedel talebi HUMK 186. madde gereğince değerlendirilip sonuçlandırılmalıdır." 15. HD, 04.03.2005, 3299/1234 (YKD 2005/9, s. 1408).

açısıyla değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Devralan ile davalının davanın devamı konusunda isteksiz olmaları halinde, Yargıtay uygulamasına göre dava açılmamış sayılmak ile sonuçlanmalıdır³⁹⁹. Bu durumda davaya ilişkin yapılan harç ve giderlerden devralan davacının sorumlu olması, artık işin tabiatı gereğidir. Davalı kiracının devreden davacıya sözleşmeye uymamasına bağlı tazminat davası açma hakkı ise ayrıca (BK m. 258) bulunmaktadır. Ancak ayrıca istenebilecek bu husus, dava konusu ile ilgili olmaması sebebiyle ne ıslahla yargılamaya dâhil edilebilecektir⁴⁰⁰ ne de (*HUMK madde 186 düzenlemesine göre kullanılabileceği kabul edilecek olursa*) davalının tazminat isteminin konusuna dâhil olacaktır. Zira, davalının seçim hakkının konusunu oluşturan husus, sadece davanın reddedilmesine ilişkin sübjektif menfaati (*bu hususta kesin hüküm elde etme*) ile dava sebebiyle yaptığı giderlerinin tazmini olacaktır⁴⁰¹.

Sadece davacının dava konusunu devretmesi durumunda davalının seçim hakkını kullanmasının artık mümkün olamayacağına ilişkin Yargıtay uygulaması, maddî hukuk işleminin usûlî taleple olan bağlantısını yadsımaması bakımından doğru ve fakat sadece davacı tarafta yaşanacak değişikliğe ilişkin olması bakımından eksiktir. Zira, maddî hukukta görülen işlemin niteliğine göre davalının dava konusuna ilişkin yapacağı bir devir de davacıyı devralana karşı davayı görmeye devam etmek zorunda bırakabilecektir. Örneğin, davalı tarafın dava devam ederken borcun nakli işlemini gerçekleştirmesi durumunda, borcun nakli işleminin maddî hukukta ancak alacaklının onayı ile gerçekleşebildiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durumda davacı alacaklının artık borcu nakleden eski davalıya karşı davayı devam ettirmesinde (*HUMK m. 186'daki seçim hakkını tazminat şeklinde kullanılarak*) bir menfaatinin bulunduğu kabul edilmeyecektir⁴⁰². Bu sebeple dava

³⁹⁹ Seçim hakkı kullanılmadığı takdirde davanın reddedilmesi gerektiğine ilişkin görüş hakkında bkz. **Postacıoğlu**, Davalı Şeyin, s. 121.

⁴⁰⁰ 1.HD., 21.12.2006, 11301/12934. www.kazanci.com.tr; 21. HD., 21.09.2006, 9647/8783. Legal MİHDER 2007/3, s. 860.

⁴⁰¹ **Postacıoğlu**, Davalı Şeyin, s. 117, 118, 121.

⁴⁰² BGH NJW 2001, 1217; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 99 kn. 10 (s. 670); **Schilken**, Zivilprozessrecht, s. 135 kn. 245.

konusunun devredilmesinin yargılamanın görülmesine etkisi, devri gerçekleştiren maddî hukuk işleminin niteliği ve doğurduğu sonuç ile değerlendirilmelidir⁴⁰³.

Diğer taraftan dava konusunun devri, sadece maddî varlığa sahip dava konusu eşya ya da hakkın bir başkasına nakli olarak değil, ayrıca tarafların hak sahipliği iddiası ile hukukî bağlantıyı sağlayan bütün sübjektif hakları üzerindeki tasarrufları⁴⁰⁴ şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin, görülmekte olan davanın konusunu, oluşturan uyumsuzluğun temelinde bir borç ilişkisi bulunup, bu borç ilişkisine taraf olanlardan birinin sözleşmeden kaynaklanan sübjektif konumunu bir başkasına devretmesi (sözleşmenin devri) durumunda, davanın hangi tarafınca devrin gerçekleştirildiğine bakılmaksızın, davanın artık sözleşmeyi yüklenen ile sözleşmede kalan taraf arasında görülmesi gerekir⁴⁰⁵. Bu sonucun tutarlılığı konusunda ileri sürülecek ilk gerekçe, sözleşmenin devrinin gerçekleşmesinin ancak sözleşmede kalan tarafın onayı ile mümkün olmasıdır. Bu kuralın temelinde kimsenin kendisine ait yükümlülüklerini bir başkasına tek başına yükleyemeyeceği esası yatmaktadır. Sözleşmenin devri, sözleşmenin mahiyetini değil, tarafını değiştirir. Sözleşme devrine sözleşmede kalan tarafın verdiği onay, sözleşme taraflarına ait yükümlülüklerin, yüklenen tarafından yerine getirileceğine ilişkin kabulü içerdiğinden⁴⁰⁶, bu yükümlülük ve haklarla ilgili dava konusu uyumsuzluk da artık sözleşmede kalan tarafın muhatabı olan yüklenen ile görülmelidir. Bu sonucu haklı kılan ikinci bir gerekçe, sözleşmenin devri işleminin, halefiyeti gerçekleştiren bir tasarruf işlemi olmasıdır⁴⁰⁷. Halefiyeti gerçekleştiren devirler, artık davanın ‘devreden’ ’e karşı görülmesinde ve ona mutaf hüküm alınmasında hukukî yararı da ortadan kaldıracaktır.

⁴⁰³ Davacı ya da davalı tarafta olmaları önem taşımaksızın bir başka örnek taksim davalarından verilebilecektir. Taksim davası, bütün paydaşların davacı ya da davalı sıfatıyla katıldıkları bir dava olduğundan, bunlardan birinin payını devretmesinin açılan davanın (payı devreden davacı ise) davacıya karşı tazminat ya da (ayrı dverden davalı ise) kendisine karşı tazminat diye devam etmesini mümkün kılamayacağı hakkında bkz. **Aybay, A.**, Müşterek, s. 49.

⁴⁰⁴ Devre konu olamayan kişisel haklar (nafaka alacağı, ileri sürülmemiş manevi tazminat alacağı vs.) bu kapsam dışındadır.

⁴⁰⁵ **Ayrancı**, s. 116 vd. ; **Yavuz, N.**, Sözleşmenin, s. 557.

⁴⁰⁶ **Arslanoğlu**, s. 536; **Ayrancı**, s. 97 vd.

⁴⁰⁷ **Alp**, s. 192; **Ayrancı**, s. 56 vd. Bu halefiyet şekli açık bir kanuni düzenlemeye dayanmamakta olup, hukukî gerekçesini sözleşme özgürlüğünde aramak gerekir. **Ekonomi/ Eyrenci**, s. 1199; **Süzek**, s. 295.

Dava konusuna ilişkin maddî hukukta bazı işlem ve olayların gerçekleşmesi de, görülmekte olan davayı etkileyecektir. Bunlardan bir kısmı, olaya ve külli halefiyete ilişkin düzenlemeleri içermekte olup, bu halde davanın tarafının sahip olduğu tüm hak ve yükümlülüklerin tamamı başka bir hukuk sujesine geçer⁴⁰⁸. Taraflardan birinin ölümü halinde mirasçılarının kendiliğinden davanın tarafı olması bu sebeptir. Diğer bir kısım ise, tarafın bir işlemle iradî olarak sahip olduğu belirli hak ve yükümlülüklerini, bir başkasına geçirmesi durumudur. Cüzi halefiyetin bu şekilde hak ve yükümlülüklerin geçmesi ancak kanuni düzenleme sebebiyle mümkün olup, ayrıca hak ve yükümlülüklerin muhatabı olan kişilerin işlemin etki doğurması için onay vermeleri gerekmemektedir⁴⁰⁹. Bir ticari işletmenin veya malvarlığının devredilmesi durumunda (BK m. 179), cüzi halefiyet söz konusu olacak⁴¹⁰ ve aksi kararlaştırılmamış ise⁴¹¹, devralan, eski borç ve haklardan dolayı sorumlu olacaktır⁴¹². Bu durumda dava konusu, devredilen ticari işletme veya malvarlığı ile bağlantılı ise ve devralanın sorumluluğu kapsamı dışında tutulmamışsa, dava ile ilgili subjektif menfaat, bağlantı konusu ile birlikte devralana geçer. Bu durumun görülen davaya etkisi, davanın diğer tarafının menfaati esas alınarak değerlendirilmelidir. Davanın konusunun bir borç tutarı olduğu durumlarda, devreden söz konusu düzenlemeye göre devralanla birlikte iki yıl daha sorumlu olduğuna göre, davanın diğer tarafının dava konusuna ilişkin hüküm aldırma menfaatinde bir değişiklik olmayacak ve bu sebeple davanın mutlaka devralana karşı yürütülmesi gerekliliğinden bahsedilemeyecektir. Diğer taraftan dava konusunun borçla ilgili olmayan bir husus olması durumunda, davanın diğer tarafının menfaatinin sadece devralana karşı hüküm kurdurmaya yöneldiği söylenebilecektir.

Benzer bir durum, işyeri devirleri için söz konusudur. İş Kanunu m. 6 düzenlemesine göre, işyerinin tamamının ya da bir bölümünün devri durumunda, devir tarihi itibarıyla mevcut iş sözleşmeleri de bütün hak ve borçları ile birlikte

⁴⁰⁸ Ayrancı, s. 70; Kılıçoğlu, s. 3.

⁴⁰⁹ Ayrancı, s. 73. Kılıçoğlu, s. 5, 6.

⁴¹⁰ Acemoğlu, s. 72; Arıcı, Ticari İşletmenin, s. 28; Durman, s. 118.

⁴¹¹ BK m. 179 hükmünün emredici olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bkz. Arıcı, Ticari İşletmenin, s. 69 vd.

⁴¹² Arıcı, Alman Hukukunda, s. 299, 307; Arıcı, Ticari İşletmenin, s. 29, 30; Durman, s. 119.

devralana geçecektir⁴¹³. Bu durumun görülen yargılamaya etkisi, işyeri devrinin niteliğinin ne olduğu ortaya konularak açıklanmalıdır. İşyeri devri nitelik olarak işçi ile olan iş ilişkisinin içeriği, kapsamı ve hukukî ayniyetinde bir değişikliğe yol açmadığından, cüzi halefiyet kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla iş ilişkisiyle bağlantılı görülmekte olan davalarda devralana yönelik hüküm kurulması, davada kalan tarafın hukukî yararı gereğidir⁴¹⁴. Mevcut iş sözleşmeleri için varılan bu sonucun, işyerini devreden devir tarihinden önce feshettiği iş sözleşmeleri için de geçerli olup olmadığı meselesi ile bu hususta görülmekte olan bir işe iade davası varsa, bu devrin davaya nasıl yansıtacağı meselesi, yine işyeri devrinin niteliği ile açıklanmalıdır. Devir anında devir tarihinden önce yapılmış fesihten dolayı haksız fesih iddiası ile görülmekte olan bir işe iade davası mevcutsa, devrin söz konusu davanın taraflarında bir değişikliğe yol açması beklenmelidir. Zira, helefiyetin maddî hukukta doğurduğu sonuçları ile bu sonuçların usûlî talebe konu hak sahipliği iddiası arasındaki bağlantı, verilen hükmün gereğinin yerine getirilmesinin kimden isteneceğini yahut hükümdeki tespitin kimin hukukî konumunu doğrudan etkileyeceğini de barındırır.

Biz, İş K. m.21'deki geçersiz fesih düzenlemesi sebebiyle görülen davaları eda davası olarak değerlendirmekteyiz⁴¹⁵. Zira tespite ilişkin verilecek hükümler, sadece uyuşmazlık hususlarına (feshin geçerli bir şekilde feshedilip edilmediğine) kesinlik kazandırarak, hak sahibine kendisine karşı ileri sürülen iddialara ilişkin basit bir koruma sağlamakta olup, bu korumanın, işe iadeyi sağlamadıkça işçiyi tatmin etmiş sayamayacağı açıktır. Bu sebeptendir ki, bu hususlara ilişkin olarak eda davası açarak hukukî korumanın mümkün olduğu durumlarda (hakkın talep edilebilir olduğu durumlarda), tespit davası açılmasında davacının hukukî yararı olmayacaktır. Ancak İş K. m. 21 düzenlemesi, işe iade edilme hükmünün yerine getirilmemesi durumuna yaptırım olarak tazminat ödenmesini alternatifli olarak düzenlemekle, bu

⁴¹³ Arslanoğlu, s. 536.; Şahlanan, s. 3.

⁴¹⁴ Söz konusu düzenleme (İş K. m. 6), borçlardan dolayı devreden devralan ile birlikte devir tarihi itibarıyla 2 yıl boyunca sorumluluğunu düzenlediğinden, devirden önceki borçlara ilişkin davalarda davada kalanın devredene karşı davayı devam ettirmesinde yine menfaati olacaktır.

⁴¹⁵ Bu madde kapsamındaki davaların tespit davası olarak görüldüğüne ilişkin görüşler için bkz. Ürcan, s. 365 vd.

hususta verilecek eda hükmünün icrai kabiliyetini değiştirmiştir⁴¹⁶. Konumuz açısından ise ister tespit davası ister eda davası olarak kabul edilsin, her iki hükümde biri doğrudan, diğeri hükmün gerekçe üzerine genişlemesiyle feshin geçersizliği kesin hükümle tespit edilmiş olacak ve feshin sonuçlarını doğurmadığı ve taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devam ettiği⁴¹⁷ ve bu sebeple de işyerini devralan tarafın işyerinin devri ile birlikte işe iade davasına konu iş ilişkisini de üstlendiği⁴¹⁸ sonucuna ulaşılabilecektir. Devreden işverenin işçiye karşı sorumluluğu ise, sadece devirden önce doğmuş olan işçilik alacakları ile sınırlıdır. Haksız fesih sebebiyle işçinin çalıştırılmadığı süre için isteyeceği tazminat (İş K. m. 21 f. 3) konusunda sorumluluk devreden ile devralan işverene birlikte ait olup, ancak bu hususta kendisinden ödeme yapılan devreden, işçiye halef olarak (BK m. 147) devralana başvurabilecektir.

Sonuç itibarıyla usûlî talep, maddî hukuktaki talep kavramından ayrı bir varlığa sahip olmasına rağmen, hak sahipliği ile kurulacak bağlantı dolayısıyla altlamaya girdiğinden, hak sahipliği iddiasında değişikliğe sebep olan maddî hukuk işleminin niteliği, görülmekte olan davayı etkileyecektir. Maddî hukukta yaşanacak değişiklik, dava konusuna ilişkin hüküm elde etme konusundaki menfaati devralana geçirdiği sürece, davanın devralan ile görülmesi gerekecektir. Bu konuda belirleyici olan dava konusunu devreden kim olduğu değil, dava konusuna ilişkin dış dünyada yaşanan değişikliğin niteliği olacaktır. Bu değişiklikle devreden dava konusuna ilişkin hüküm elde etme menfaati, mahiyet itibarıyla değişmemekte ve bu suretle devralana geçmişse davanın kendiliğinden devralan ile görülmeye devam etmesi gerekecektir. Bu durumda davanın diğer tarafının dava konusuna ilişkin hüküm elde etme konusundaki menfaatinde de bir değişiklik yaşanmamış olacaktır. Eğer maddî hukuktaki durum, devralana hak sahipliği iddiasını ayrıca başkaca gerekçelere dayandırma olanağı tanımakta ise (iyiniyetle davanın maddî ögesini devralması), o zaman onun dava konusuna ilişkin hüküm elde etme konusundaki menfaatinin artık

⁴¹⁶ “.....işe iade talebi, işe aide edilmeme durumunda onun alternatifi olan tazminatı da içerisinde barındırmaktadır; mahkeme işe iade yönünde karar verince ondan ayrılamaz şekilde tazminata da kadar verecektir.....” Özekes, İş Kanunu’nun, s. 485.

⁴¹⁷ 9.HD., 14.02.2005, 43/4089. www.kazanci.com.tr.

⁴¹⁸ Çankaya/ Çil, s. 189 vd.; Ekonomi, , s. 331, 349, 357; Güzel, s. 4 vd.

özdeş olmadığı söylenebilecektir⁴¹⁹. Bu durumda davanın karşı tarafının menfaati, sadece devredene karşı hüküm aldirmek ile sınırlı olabilecektir⁴²⁰.

Şu durumda biz dava konusunun devri durumunda zorunlu olarak dava konusunun değişeceğini düşünmekteyiz. Biz davalı tarafta devrin gerçekleşmesi halinde, davacının devredene karşı tazminat seçeneğinin, ikinci bir davayı engellemesi sebebiyle usûl ekonomisine daha uygun olduğunu düşünmekteyiz⁴²¹. Şüphesiz bu kanaatimiz, maddî hukuk işleminin davalıyla davanın devam etmesinin zorunlu olmadığı hale ilişkindir. Davacı tarafta yaşanacak devir olaylarında ise, maddî hukuk işleminin davalıya davanın devralanla devam ya da devredene karşı tazminat seçeneği sunması (*devralana karşı devanın devamının zorunlu olmadığı*) durumunda, dava konusunu devralanın davayı devam ettirme konusundaki menfaati ile davalının devredene karşı davayı tazminat davası olarak devam ettirme menfaati⁴²², farklı hayat olayları temel alınarak davanın devam etmesine sebep olduklarından, bu hususta bir seçenek sunulacaksa bu seçeneğin öncelikle devralana

⁴¹⁹ Taylan, s. 928.

⁴²⁰ Devrin davacı tarafından yapılması durumunda ise Yargıtay davalının tazminat menfaatinin tartışılır yapılamayacağı, davanın devralan ile görüleceği düşüncesindedir.

⁴²¹ Aynı yöndeki sonucun kanunî düzenleme sebebiyle söz konusu olduğu hakkında bkz. Aykonu, s. 795.

⁴²² Biz dava konusunun davacı tarafından devredilmesi durumunda devralanın mevcut davayı devam ettirmesindeki menfaatinin davalı için de söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. Bu menfaat, davanın reddine ilişkin kesin hüküm elde etmeyi ve karşı tarafın (devralanın) yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasını kapsar. Bu nedenle devrin davacı tarafından gerçekleştirildiği ve davanın devamı konusunda devralan ile davalının davanın devamı konusunda irade ortaya koymadığı durumlarda davalıya sunulacak tazminat seçeneğinin konusu, yargılama giderlerine ilişkin değil, oluşmuş ise devreden ile olan hayat ilişkisinden kaynaklanan zarar istemine ilişkin olacaktır. Tazminatın kapsamına ilişkin aynı yöndeki düşünce için bkz. Kuru, Medenî, Cilt: 4, s. 3876.

birakılması daha uygun olacaktır⁴²³. Bu durum, davanın açılması iradesinin davacı tarafından ortaya konulmuş olması sebebiyle daha uygundur⁴²⁴.

⁴²³ *Postacioğlu*, davacı tarafından yapılan devirlerde davalıya seçim hakkı bırakılması durumunda, devredene tazminat seçeneğinin kullanılarak yargılama giderlerinin istenilmesi durumunda, meydana gelen yargılama giderlerine ilişkin zararların söz konusu seçim sebebiyle meydana geldiğine dikkate çekerek, davalının onayı aranmaksızın devralan üçüncü şahsın davayı devam ettirmesinde menfaati olduğu fikrindedir. **Postacioğlu**, Davalı Şeyin, s. 122, 123. Davada kalan taraf korunması amacıyla devralanın usûlî hak kaybına uğratılamaması gerektiği ileri sürülmüştür. **Goldschmidt**, Prozess, s. 333; **Henckel**, Veräusserung, s. 199. Davalının yargılama giderlerine ilişkin menfaatinin devralan davacıya yüklenerek dengelenmesine ilişkin *Max Guldener'in* İsviçre Hukuku için ortaya attığı çözümün ZPO § 265 için de değerlendirilebileceğine ilişkin görüş için bkz. **Henckel**, Veräusserung, s. 209.

⁴²⁴ Devralan ile davalının menfaatlerinin dengelenmesine ilişkin olarak ZPO § 265'in tadil edilmesi ve davanın somut olaya göre taraf değişikliği yoluyla devralanla devam etmesi gerektiğine ilişkin teklifler için bkz. **Grunsky**, Veräusserung, s. 11.

III. BÖLÜM

YARGILAMANIN YÜRÜTÜLMESİ VE SONLANDIRILMASINDA TASARRUF İLKESİ

§ 6. DAVANIN HÂKİM TARAFINDAN YÜRÜTÜLMESİ

A. Genel Olarak

Medenî yargılama hukuku normları¹, yüklendiği işlev ve içeriği ile maddî hukuk normundan farklıdır. Burada borcun borçlu tarafından ödenmesi örneğindeki gibi artık medenî bir yaptırım değil, borcun ödenmemesi sebebiyle hâkimin görevine başlaması söz konusudur. Ancak bu farklılık, hukuk düzenini güvence altına alan devlet egemenliğini görmezlikten gelmememizi sağlayamaz. Bilakis, devlet, taraf talebi üzerine maddî hukuk normunun sağladığı hukuki korumayı, somut olayda gerçekleştirmekle görevlidir² ve bu hususta bireylerin sahip oldukları hakların muhatabıdır³. Bu hususa ilişkin normlar, kural olarak emredici olup, hâkimi görevini yerine getirmesinde, tarafları ise usûlî işlemlerinde bağlar. Bu kurallara uygun olarak yargısal faaliyetin yerine getirilmesi, adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı gibi anayasal ilkelere uyulmasını sağlar ve ihlalleri önler. Yargılamanın yürütülmesi aşamasına olan devletin bu ilgisi, hâkime bu sahada daha fazla müdahale yetkisi vermektedir. Tarafların irade özgürlüğü ise, yargılamanın açılmasında olduğu kadar geniş olmayıp, belli şeklî kurallara uymakla gerçekleşmektedir.

¹ Çekişmesiz yargıda, uyumsuzluk durumuna yükselmemiş menfaat farklılığı söz konusu olduğundan, maddî hukuk normunun verdiği yetki tartışılır değildir ve bu nedenle bir usûl yargılamasından (yani yetki zedelenmesinden) belki bahsetmek de doğru olmayacaktır. Çekişmesiz yargıda zıt menfaate ilişkin karşılıklı konuma sahip iki taraf olmadığından, bir muhakeme usûlünden değil, belki daha üst kavram olan yöntemden bahsetmek gerekecektir. Yöntem kavramı için bkz. Püsküllüoğlu, Türkçe Sözlük, s. 1662.

² Baumgärtel, Bedeutung, s. 393; Benda/Weber, s. 292; Bettermann, Schutz, s. 784.

³ Nihil aliud est actio quam sibi debeat iudicio persequendi. Bu husustaki zorunluluğun kendisini hukukumuzda hâkimin hukuk yaratma yönünde kendini gösterdiğine ilişkin bkz. Oğuzman/Barlas, s. 101 vd; Hartmann, Baumbach Komm., Einl III, kn. 1.

B. Hâkimin Görevi (Sosyal Devlet ve Davanın Maddî Yürütümü)

Tarafın hukukî korunma talebiyle devlete başvurusuyla, devletin yargı işlevini yerine getiren hâkimin talebe *uygun bir karar vermek* ile görevli olması sonucu doğar⁴. Bu görev, anayasal garanti altında, hukukî ve fiilî gerçekler tespit edilerek yerine getirilmelidir⁵. Hâkimin gerçeği bulmasına ilişkin bu yükümlülük, hukukî uyumsuzluğa ilişkin⁶ ve tarafların yargılamaya getirdikleri kapsamında⁷ anlaşılmalıdır. Yoksa başka bir davanın gerekçesini oluşturabilecek şekilde⁸, maddî hukukî durumda değişikliğe yol açacak tarzda⁹ ya da dava konusunda değişikliğe yol açacak bir şekilde¹⁰ hâkim bu yükümlülüğü yerine getiremez. Hâkimin bir kamusal faaliyet olan davayı yürütmesine ilişkin bu yükümlülüğünün sebebini, tarafların hukukî korunma taleplerini inceleme¹¹ hususunda kendisine yüklenilen görevde görmek gerekecektir. Bu yetki/yükümlülük, hem yargısal faaliyet sonucunun sıhhatine¹² hem de sosyal devlet olmaya hizmet etmektedir. Zira yargılama sonucu, haklılık taşımakla sosyal adaletin gerçekleştirilmesini¹³ ve bireysel hakların etkin

⁴ **Ballon**, Einfluß, s. 462; **Bötticher**, Besprechung von Bettermann, s. 315; **Mes**, s. 22.

⁵ **Alangoya**, Medenî Usûlün Amacı, s. 34, 35; **Gündüz**, s. 73; **Koç**, s. 1141, **Özbek**, Adalet Erişim, s. 918; **Brehm**, Bindung, s. 36; **Kuchinke**, Freiheit, s. 19.

⁶ **Brehm**, Bindung, s. 36; **Leipold**, Stein/ Jonas Komm., § 139 kn. 7; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 77 kn. 27 (s. 489); **Schilken**, Hâkimin Rolü, s. 53; **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 65. **Alangoya**, hâkimin bu yetkisini davanın maddî ve hukukî yönden taraflarla müzakere edilmesi olarak değerlendirmektedir, **Alangoya**, Dava Temeli, s. 109.

⁷ **Alangoya**, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün temelinde “*belgelerde olmayan mevcut değildir = quod non est in actis, non est in mundo*” kuralının bulunduğuna işaret çeker. **Alangoya**, Dava Temeli, s. 90. Ayrıca **Greger**, Zöller Komm., § 284 kn. 1; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, § 25 VII 7 (s. 95); **Kawano**, s. 414; **Leipold**, Stein/ Jonas Komm., § 139 kn. 2; **Lüke, G.**, Münchener Komm., Einl. kn. 187; **Peters**, Hinweispflichten, s. 75 vd; **Prütting**, Grundlagen, s. 361; **Wolf**, Anmerkung (ZZP 103) s. 79.

⁸ **Stadler**, Musielak Komm., § 139 ZPO kn. 9 (s. 619); **Vogel**, Besprechung, s. 285.

⁹ **Greger**, Zöller Komm., § 139 kn. 11; **Hermisson**, s. 2561; **Reischl**, Umfang, s. 84.

¹⁰ **Kuchinke**, Freiheit, s. 23; **Reischl**, Umfang, s. 110; **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 63.

¹¹ **Schilken**, Hâkimin Rolü, s. 57.

¹² **Bettermann**, Hundert Jahre, s. 390. Hâkimin bu yükümlülüğü genel bir yükümlülüktür. **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 48. İsviçre federal medenî yargılama kanunu için hazırlanan tasarıda bu husus, hâkime bir hak olarak (m. 51) tanınmaktadır. **Alangoya**, İsviçre’de Yeni Bir, s. 89.

¹³ Devlet himayesinin bireysel haklar üzerinde olan bu yetkisi sebebiyle, birey yaptığı haksızlıkların sonucunu gözeterek artık haksızlık yapmayacak, hukuk düzenine uygun hareket edecek, hukuk düzeni de bireysel hakların korunmasını garantiye alarak sosyal adalet düşüncesinin kuvvetlenmesini sağlayacaktır. **Brehm**, Stein/ Jonas Komm., vor § 1 kn. 6; **Grunsky**, Grundlagen, s. 5. Bunu **Baur** medenî yargılamanın yan ya da alt ürünü olarak ifade eder. **Baur**, Richtermacht, s. 97. Ayrıca bkz. **Behtham, Jeremy**, A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Oxford 1948 (Naklen, **Aktaş**, s. 93).

şekilde korunmasını sağlamaktadır¹⁴. Sadece bu sebep, yani maddî hukuk normunun güvence altına aldığı yetkiler sağlanarak sosyal yapının korunması, devletin medenî yargılamaya olan anayasal ilgisini ortaya koymaktadır¹⁵. Bu sebeple hâkim sadece yargılamanın kurallarına uyulduğunu kontrol eden yahut normlar kapsamında yer alan hukukî emirleri taraflara vazeden konumunda görülmemelidir¹⁶. Hâkim, aynı zamanda ve her şeyden evvel, kamusal görev sebebiyle kendisine yüklenilen etkinliğini, usûl normlarıyla birleştirerek uygulamak zorundadır. Bu zorunluluk sebebiyle hâkimin hukukî ve fiilî gerçekler üzerine hüküm kurmakla sorumlu olması¹⁷, adaleti temin etme kavramını dava hakkına indirgemek konusunda ileri sürülen düşüncelere¹⁸ hak verdiğimiz anlamına ancak gelmemelidir. Devletin yargılama faaliyetinde kamu hizmeti gördüğünün düşünülmesi, yargısal faaliyette tarafların haklarının korunmasının beklenmesi ve amacını bertaraf etmez. Adaletin temini ise, olsa olsa buna hizmet eder¹⁹, yoksa bu hedef, başlı başına amaç oluşturmaz. Aksinin kabulü, *Pawłowski*'nin ifade ettiği gibi “önemli olan talepte bulunmak olup, devlete düşen tarafın ne istediğine bakmaksızın hakkın ne olduğunu tespit edip onu temin etmek”²⁰ şeklindeki sonuçlara ve düşüncelere hak vermemizi gerektirecektir. Yargılamanın maddî yürütümünü üstlenmesi sebebiyle hâkime verilen yetkiye ilişkin normlar, yargı korumasının gerçekleşmesi amacına ulaşmak

¹⁴ Brehm, Stein/ Jonas Komm., vor § 1, kn. 6; Gaul, Zur Frage, s. 46; Henckel, Prozessrecht, s. 57; Münzberg, s. 392; Nikisch, Zivilprozeßrecht, § I II; Pawłowski, Aufgabe, s. 347; Pohle, s. 197; Rimmelspacher, Zur Prüfung, s. 23; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 kn. 5 (s. 2); Zettel, s. 152.

¹⁵ Alangoya, Medenî Usûlün Amacı, s. 40; Bathe, s. 39; Bernhardt, Aufklärung, s. 13, 24; Bernhardt, Zivilprozeßrecht, s. 3; Bernhardt, Wahrheitspflicht, s. 245; Boehmer, s. 109, 115; Fischer, W., s. 200; Klein, Zeit., s. 25; Klein, Zivilprozeß, s. 25; Luhmann, s. 34; Schönfeld, s. 98 vd.; Weyers, s. 202.

¹⁶ Hâkimin konumunu sadece yargılamanın kurallarına uyulup uyulmadığını kontrol eden olarak değerlendiren *Cohn*'a göre, gerçeği söyleme yükümlülüğünün sağlanması için hâkimin dava dilekçesini okumadan davalıya tebliğ etmesi, yazıya değil mutlak anlamda sözlülüğe dikkat etmesi gerekmektedir. *Cohn*, Zur Wahrheitspflicht s. 52. Hâkimin hukuk sosyolojisi açısından aktif özne olarak değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Sancar/ Atılğan, s. 26 vd.

¹⁷ Bu hususta geniş açıklamalar için bkz. Bauer, Gerichtsschutz, s. 30 vd.; Bettermann, Hundert Jahre, s. 386; Dütz, Rechtsstatlicher, s. 315; Heinze, s. 538 vd. Schönfeld, s. 53.

¹⁸ Heinze, s. 518.

¹⁹ Benda/ Weber, s. 287.

²⁰ Pawłowski, Aufgabe, s. 361.

için zorunlu vasıtaı oluşturduğundan, medenî yargılamanın araçsal işlevi ile (amaçsal değil) ilgilidir²¹.

Bütün bu sebeplerle, hâkim, davanın açılmasından sonuçlanması aşamasına (kesinleşmesine) kadar²² bireysel hukuki korumanın sağlanması hususunda yükümlü ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesi konusunda ise yetkilidir²³. Hâkimin bu yetkilerini kullanması, tarafın bu hususta bir defî ya da itirazda bulunmasına bağlı olmayıp²⁴, kendilięindendir²⁵.

Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, karşı taraf için hâkimin tarafsızlığını ihlâl ettiği anlamına gelmez²⁶. Bilakis, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, geç yerine getirilmesi, taraf iddiaları kapsamı dışında yerine getirilmesi, yükümlülük ihlâline neden olacaktır²⁷. İhlâl, dikkati çekilen hususun eksiklik ya da belirsizlik taşıyan olaya ilişkin olmaması durumunda tarafsızlıęın²⁸; yapılması gereken uyarının yapılmaması (geç yapılması) şeklinde gerçekteşmesi durumunda ise, hukukî

²¹ **Gündüz**, s. 74; **Tuluay**, Ders, s. 24; **Umar**, Ders Kitabının, s. 499. Kanımızca, hâkimin görev sınırı, ideolojik seğıimlere bağlı olarak (usûl kanunlarının ne kadar liberal olduğu ile) değerlendirilmemelidir. **Cohn**, Zur Wahrheitspflicht, s. 50. Bu hususta hâkimin ne kadar fazla yetkisi olursa, ulaştığı sonuç, maddî gerçeğe o kadar yakın olur düşüncesi, medenî yargılamanın karşılıklı iki zıt menfaate ilişkin bir usûlü ifade ediyor olması sebebiyle yanıltıcıdır. Bu düşüncede olanların ileri sürdükleri tek gerekçe, tarafların usûlî hile yoluyla yargılamada yanlış hüküm verilmesine neden olacaklarıdır. Oysa bu durumda hâkimin dürüstlük ilkesine dayanarak yargılamaya müdahalede bulunabileceği dikkate alınacak olursa bu yönde ileri sürülen gerekçenin aynı zamanda haksız olduğunu da düşünmekteyiz. Dürüstlük kuralı maddî hukuka ilişkin bir itirazdır. HGK 25.03.1992, 1-98/195; 6. HD, 26.01.1998, 469/421, www.kazanci.com.tr.

²² Hâkimin davayı yürütümüne ilişkin sahip olduğu yükümlülükler, istinaf aşamasında da geçerli olup, ilk derece mahkemesinde açıklanmamış belirsiz bırakılmış olan hususların açıklattırılması bu yolla mümkündür. **Fellner**, s. 242; **Gummer/ Heßler**, Zöller Komm., § 525 kn. 4.

²³ Bu sebeple davanın maddî yürütümüne bağlı hâkim yetkileri yargılamanın tamamına yönelik olarak hem tasarruf ilkesini hem de taraflarca getirme ilkesini içermektedir. **Reischl**, Umfang, s. 103, 104; Bemerkung für "Richterliche Aufklärungspflicht und materielles Recht, 1999 von Spickhoff, Andreas", **Schmidt**, Rezensionen, s. 384, 385. **Gilles**'e göre hükmün maddî gerçekteşliğe göre elde edilmesi medenî yargılama hukukunun sübjektif haklarının tanınması için bir gerekçelendirme şartıdır. **Gilles**, Verfahrensfunktionen, s. 183 vd.

²⁴ **Prütting**, materielle Prozessleitung, s. 408.

²⁵ Hâkim ancak mümkün olduğunca erken taraflara uyarıda bulunmalı ve bunu da tutanak tutarak yapmalıdır. **Huber**, s. 483.

²⁶ **Baur**, Aktivität, s. 191; **Greger**, Zöller Komm, § 284 kn. 2, 17; **Kuchinke**, Freiheit, s. 24; **Peters**, Hinweispflichten, 1983, s. 109; **Wolf**, Anmerkung (ZZP 103), s. 79.

²⁷ **Huber**, s. 484.

²⁸ **Peters**, Wachsende Beachtung, s. 1246; **Stadler**, Inquisitionsmaxime, s. 1630.

dinlenilme hakkının (zarar doğmuşsa tazmin menfaatinin)²⁹ zedelenmesine yol açacaktır.

C. Hâkimin Görevi İle Tasarruf İlkesi Arasında Bağlantı

Yargılama hukukuna ilişkin ilkeleri ortaya koyan *Gönner*, davanın maddî yürütümüne ilişkin hâkim yetkilerini, kendiliğinden araştırma ile taraflarca getirme ilkelerinin koordine edilmesini sağlayan, *onlara bağlı bir ilke olarak görmüş*³⁰ ve hâkimin tanığın ifadesini açıklattırma, taraf dilekçesi olmaksızın dosyayı işlemekten kaldırma, kendiliğinden keşif yapma, bilirkişiye başvurma, taraf istemi olmaksızın yargılama masraflarına hükmetme yetkisini düzenleyen hükümlerin bu kapsamda yer aldığını ortaya koymuştur³¹. Bu tespit dolayısıyla hâkimin davayı aydınlatmak için taraflara sorular sorabileceği ve dava konusu hayat olayını tamamen aydınlatacağı bugün tartışmasız kabul edilmekte olup³², tartışılan husus, hâkime ait bu yetkilerin taraf iradesine bağlantılı ve onunla sınırlı olarak kullanılan bir ilke olup olmadığı ile ilgilidir³³.

Öğretide bir kısım, hâkimin davayı maddî yürütümü ile tasarruf ilkesi arasında bağlantı bulunmadığı düşüncesindedir. Bu görüşe göre³⁴, davanın maddî

²⁹ **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 116. Aynı endişeler için bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 80 vd.; **Fellner**, s. 729; **Huber**, s. 484.

³⁰ **Gönner**, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 235, 238 (Naklen **Bomsdorf**, s. 135, 136).

³¹ **Gönner**, Handbuch, Cilt: 1, Fasikül: 2, s. 245, 256, 269 (Naklen **Bomsdorf**, s. 138). *Gönner*'in bu düşüncesine diğer eserlerinde de rastlamaktayız. Örneğin, hâkimin kendiliğinden zaman aşımını dikkate alması, yargılamaya gelmeyen tarafı cezalandırması, keşfe ve bilirkişiye kendiliğinden başvurmasına, neyin talep edildiğini araştırabilmesine ilişkin düşünceler için bkz. **Gönner**, **Nikolaus Thaddäus von**, Kritik des Entwurfs einer neuen Gerichtsordnung für die königlich sächsischen Lande, 1808, § 5 I, II, § 10, § 17 II, § 6 II (Naklen **Bomsdorf**, s. 152). Örneğin, davalı tarafın zaman aşımını defî ileri sürmemesi, tanık göstermemesi, dava konusuna ilişkin senedi yargılamaya getirmemesi hallerinde tarafın feragat ettiğinin düşünülüp bu durumda hâkim yetkisinin olamayacağına ilişkin bkz. **Gönner**, **Nikolaus Thaddäus von**, Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren im bürgerlichen Rechtssachen, Cilt: 2, Fasikül: 2, Erlangen 1815, s. 204. Naklen **Bomsdorf**, s. 147. Örneğin, hâkimin taraflara soru sorarak ne istedikleri konusunu açıklatrabilceği ve ona göre taraflardan yeni delil isteyebileceği düşüncesine ilişkin bkz. **Gönner**, **Nikolaus Thaddäus von**, Bayern İmparatorluk Şerhi (Naklen **Bomsdorf**, s. 157).

³² **Baur**, Hinweispflicht, s. 39; **Baur**, Vorbereitung, s. 213, 215; **Deubner**, Gedanken, s. 80 vd (79-92); **Schmidt**, Handlungen, s. 106, 107.

³³ Bu hususta *Gönner* sonrasında yaşanan karşılıklı tartışmalar için bkz. **Bomsdorf**, s. 168-173.

³⁴ **Novak**, s. 26; **Peters**, Hinweispflichten, s. 107; **Peters**, Münchener Komm., § 139 kn. 9; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 77 kn 17 (s. 487).

yürütümünün hâkime bırakılmış olması, ona sadece taraflardan esasa ilişkin bir dilekçe ile başvurmalarını isteme hakkı verecek ve fakat bu durum aralarında bir bağlantı olduğunu göstermeyecektir. Hâkimin davayı maddî yürütümü, tarafı belli bir hususta dava açma ya da mahkemeyi harekete geçirme konusunda zorlamayı içerseydi, ancak o zaman hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü ile tasarruf ilkesi arasında bir bağlantı söz konusu olacaktı³⁵. Bir kısım öğreti ise, hâkimin davayı maddî anlamda yürütmesi ile tasarruf ilkesi arasındaki bağlantıyı inkâr etmemekle birlikte, birbirlerini karşılıklı sınırladığını düşünmektedir. Bu görüşe göre, tarafın esasa ilişkin geçerli bir dava dilekçesi vermesi karşılıklı bu sınırlama sebebiyledir³⁶. Bu yüzden de hâkim, yetkilerini, taraf iradesine bağlı olarak kullanabilecek, bu kapsamda sorular sorabilecek³⁷, bu yolla yargılamanın maddî yönetimine ilişkin yanlışlıkları önlemeye çalışacak³⁸ ve davaya getirilen hayat olayını aydınlatabilecektir³⁹. Öğretide diğer bir kısma göre ise, hâkimin davayı yürütmesine ilişkin yetkiler, devletin doğru hüküm verme konusundaki ilgisinden kaynaklanmakta olup, sınırlanan taraf iradesidir⁴⁰. Bu tartışmalar bir taraftan kendiliğinden araştırma ilkesi ile taraflarca getirme ilkesini birbirine yakınlaştırırken (işbirliği ilkesi)⁴¹, diğer

³⁵ *Peters*'e göre tasarruf ilkesi baştan var olup, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kanun değişiklikleri ile güçlenerek hâkimin de taraf ile davanın görülmesi konusunda ortak sorumluluğuna neden olmuştur. Ancak tarafın hâkimi harekete geçirip geçirmeme konusunda sahip olduğu yetki tasarruf ilkesinin hâkimiyet sahasında kalmıştır. Bahsedilebilecek tek şey belki hâkime ortak sorumluluk tanınmasından dolayı tasarruf ilkesinde köklü değişikliklerin yapıldığıdır. *Peters*, *Hinweispflichten*, s. 107; *Peters*, *Münchener Komm.*, § 139 kn. 9. *Rensen*'e göre ise hâkimin açıklattırma yükümlülüğü ve tasarruf ilkesi kanunda yer almaları sebebiyle bağlantılıdır, ayrıca tarafın dava konusu hakkındaki kararını, davranışı etkilediği zaman hâkimin aydınlatma yükümlülüğü ile tasarruf ilkesi arasında bağlantı kurulmuş kabul edilecektir. Yoksa tarafın hâkimin dikkatini çekmesine rağmen söz konusu şekilde davranıp davranmama konusunda sahip olduğu serbesti, bu bağlantının olmadığını gösterir. *Rensen*, s. 121, 122.

³⁶ *Hartmann*, *Baumbach Komm.*, § 139 kn. 2, 3, 4; *Leipold*, *Stein/ Jonas Komm.*, § 139 kn. 3.

³⁷ *Baur*, *Hinweispflicht*, s. 42; *Kuchinke*, *vorbereitende*, s. 296; *Leykam*, s. 60; *von Hippel*, s. 209.

³⁸ *Baur*, *Hinweispflicht*, s. 42; *Gottwald*, 2001 Reform, s. 689; *Hartmann*, *Baumbach Komm.*, § 139, kn. 4.

³⁹ *Brehm*, *Bindung*, s. 2; *Deubner*, *Gedanken*, s. 86; *Peters*, *Münchener Komm.*, § 139 kn. 17 vd; *Rosenberg*, *Beweislast*, s. 43; *Thieme*, s. 26, 28.

⁴⁰ *Leipold*, *Verfahrensbeschleunigung*, s. 336; *Nikisch*, *Tagung*, s. 413; *Rechberger*, *Rückblick*, s. 8.

⁴¹ *Greger*, *Kooperation*, s. 77; *Greger*, *Umbruch*, s. 466; *Hahn*, s. 16 vd. Hâkimin yetkilerinin artırıldığına yönelik bkz. *Becker-Eberkard*, *Reform*, s. 59, 65; reformla hâkimin yetkilerinin taraf iradesini sınırladığına ilişkin bkz. *Alangoya*, *Dava Temeli*, s. 95 vd.; *Deren Yıldırım*, *Kooperationsmaxime*, s. 112, 113; *Bettermann*, *Hundert Jahre*, s. 391; *Greger*, *Umbruch*, s. 466; *Peters*, *Wachsende Beachtung*, s. 1253; *Prütting*, *Strukturen*, s. 491; *Reischl*, *Umfang*, s. 85.

tarafıtan aydınlatma yükümlülüğü ile hâkimin davayı maddî yürütümünün kendiliğinden araştırma ilkesi olarak anlaşılmasına⁴² neden olmuştur.

Medenî yargılamada taraf sorumluluğunun, dava konusu yapılan hakkın tanınmaması riskini içerdiğini, hâkimin sorumluluğunun ise, verilen görevin yargılamanın sıhhatini etkileyecek veya talep edilen hukuksal korumayı sağlayacak şekilde yerine getirilmemesine (ya da kötü yerine getirilmesine) bağılı olduğu unutulmamalıdır. Bundan dolayı hâkime tanınan yetkiler/yükümlülükler, tarafların sorumluluklarını (kanunda sayılı unsurları içeren dava dilekçesi vermek, iddia konusu vakıaları somutlaştırma, delil gösterme, getirilen vakıayı ispat yükü gibi) ve yetkilerini (yemin teklifi, bilirkişi raporuna itiraz etme vs.) bertaraf edici nitelikte değildir⁴³. Bilakis taraf sorumluluklarının yerine getirilmesi ya da yetkilerinin kullanılması konusunda tamamlayıcıdır⁴⁴. Bu nedenle hâkim, tarafın usûlî amacını gerçekleştirmesine ilişkin ihtiyacı olan vasıtalarla işaret etmek⁴⁵, bu vasıtalarındaki eksiklikleri tamamlattırmak⁴⁶ ya da bu vasıtaları kendiliğinden harekete geçirmek durumundadır⁴⁷.

⁴² Pawlowski, Aufgäbe, s. 361; Schilken, Hakimın Rolü, s. 57; Wassermann, s. 99 vd.

⁴³ Ancak tarafın tecrübesizliğinden ya da bilgisizliğinden dolayı gerekli bilgileri verememesi onun yargı organına başvurusunu dikkate almamaya yol açmamalıdır. Önemli olan tarafın belirli bir dava dilekçesiyle hayat olayını ve hukukî koruma arzusunu mahkemeye iletmiş olmasıdır. Meier, Iura, s. 147. Ayrıca Bakker, s. 256.

⁴⁴ Yılmaz, Demokratik, s. 346, 354; Arens, Aufklärungspflicht, s. 11, 12; Lüke, Informationsanspruch, s. 2; Stürner, Aufklärungspflicht, s. 62; Stürner, Parteipflichten, s. 239.

⁴⁵ Örneğin, tarafıtan yeni deliller getirmesini isteyecek, hasretmiş olması durumunda tarafa yemin delilini hatırlatacak, yargılamada kendisini temsil etme konusunda yeteneksiz olan tarafa vekil tutması için süre verecek vs. Ayrıca bkz. Gündüz, s. 75. Umar ise, HMK tasarısı vasıtasıyla hâkimin yemin delilinin hasredilmemiş olması durumunda dâhi hâkimin iddiasını ispat edemeyen tarafa en son çare olarak yemin deliline başvurabileceğini hatırlatacağı düşüncesini belirtmiştir. Umar, Katkı, s. 98, 99.

⁴⁶ Bu yetki normları yargılamanın sıhhatine yönelmişlerdir. Örneğin, hâkim delil eksikliği tamamlattıracak, delilin açık olmaması halinde belirsizliği açklatıracak, davayı sona erdirmeye ilişkin taraf iradesinin feragat mi vazgeçme mi olduğuna ilişkin belirsizliği açklatıracak, tanık ifadesindeki çelişkileri soru sorarak giderecek vs. Ayrıca bkz. Peters, Münchener Komm., § 139 kn. 18, 22.

⁴⁷ Bu yetki normları ise yargılamanın faaliyetinin yerine getirilmesine, tıkanmamasına yönelmişlerdir. Örneğin, hâkim keşfe karar verecek, bilirkişiye müracaat edebilecek, kendiliğinden tarafı isticvap edecek, özel hüküm sebeplerine kendiliğinden başvuracak vs. Yargılamada tarafın hayat vakıasını sunmasının sebebi, onların menfaat çatışması dolayısıyla hayat vakıasını bilmeleri ve vakıa ve delil sunumunun tarafça gerçekleştirilmesinin formel kolaylık taşımakta oluşu olup, bunlarda eksiklik ya da yetersizlikler hem hâkimin yargılamayı yürütmesine ve sonuçlandırılmasına tamamen ya da kısmen engel olacak ya da engel olmamakla beraber sıhhatli bir yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine engel olacak hem de yargılama vasıtalarını kullanma konusunda zayıf olan tarafın güçlü ve bilgili olan tarafa karşı korunmamasına ve belki

Talep edilen hukukî korumanın mutlak surette karşılanması amacıyla taraf talebi olmadan hâkimin harekete geçtiği bu son duruma ilişkin yetkiler, yargılamanın öncelikli amacının gerçeğin bulunmasına indirgenmesi ya da hâkime adaleti gerçekleştirme ödevinin yüklendiği şeklinde görülmesine⁴⁸ sebep olmuştur. Bu yönde ileri sürülen haklılık iddiasının⁴⁹, genelleştirilerek medenî yargılama hukukunda ilke kabul edilmesine⁵⁰ ve bunun bir adım sonrasına ilişkin beklentilerin kendiliğinden araştırmaya dönüşmesi olasılığına⁵¹ yukarıdaki belirttiğimiz sebeplerle katılmamaktayız⁵². Kaldı ki, maddî gerçeğin tahkikat aşamasında incelendiği ve hükümde tespit edildiği düşünülecek olursa, ilke olarak değerlendirdiğimiz hakîm yetkilerini de sadece tahkikat aşaması ile sınırlı tutmak gerekecektir. Oysa, hâkim, yargılamanın her aşamasında yetkilerini kullanabilecek (HUMK m. 75 III)⁵³, taraf talebinde ve getirilen vakıalarda eksiklik ve belirsizliklere tarafların dikkatini çekecek⁵⁴ ve eksikliklerin tamamlanması ile belirsizliklerin giderilmesini isteyecektir

haklı olmasına rağmen yargılamayı kaybetmesine neden olacaktır. İstenilmeyen bu sonuçlar ise hâkime tanınan yetkiler ile önlenecektir. Ancak bu yetkiler taraf irade özerkliğinin kapsamı dışında değerlendirilemeyecek kadar bağımsız bir karaktere sahip değildir.

⁴⁸ Alangoya, Dava Temeli, s. 109; Gerhard, s. 430.

⁴⁹ Stürner, Aufklärungspflicht, s. 92 vd.

⁵⁰ Deren Yıldırım, Kollektif, s. 137; Deren Yıldırım, Koopertaionsmaxime, s. 112; Stürner, Aufklärungspflicht, s. 152 vd.

⁵¹ Arens, Aufklärungspflicht, s. 20, 21; Gottwald, Anmerkung (ZZP 92), s. 366.

⁵² Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kanımızca sınırı olmayan genel bir ilke değildir. Bu bir yan yükümlülük olup, bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği, olayın gösterdiği özellikten çıkarılmalıdır. BGH NJW 1957, 669.

⁵³ Hâkimin davanın maddî yürütülmesine sahip olduğu yetkinin kaynağında davaya getirilen çekişme konusu uyuşmazlığın ne olduğunu, bunun gerçek olup olmadığını tespit etmek ve yargılama faaliyetinde bulunarak hüküm kurmak olunca, hâkimin bu görevi en iyi şekilde yerine getirmesi ise ancak getirilen vakıa iddialarının açık olması ile bu iddialara dayanarak istemde bulunan tarafın isteminin belirsiz olmamasını gerektirmektedir. Bunun için hâkime tanınan yetki ise hâkimin hayat vakıasına ilişkin açık olamayan noktaları taraflara açıklattırmak ve taraf isteminin belirsiz olması halinde ise belirsizliğin giderilmesini taraftan istemek olacaktır.

⁵⁴ Bahlmann, s. 71 vd; Prütting, materielle Prozessleitung, s. 398. Hâkimin bu faaliyeti yargılama sonucu açısından adaletin daha çok temin edilmesini ve yargılamanın aynı zamanda hızlandırılmasına yol açacaktır. Cohn, Zur Wahrheitspflicht, s. 46; Fasching, mühsame Weg, s. 309; Gerhard, s. 430; Kuchinke, Freiheit, s. 19; Peters, Wachsende Beachtung, s. 1247; Rechberger, Yargılamanın Hızlandırılması s. 3; von Hippel, s. 117. Betterman, bu yükümlülüğün genel olmayıp, belirsizlik halinde soru sorma yoluyla kullanılan bir yükümlülük olduğunu belirtmektedir. Bettermann, Hundert Jahre, s. 390. Ayrıca bkz. Brehm, Bindung, s. 103 vd.; Gottwald, Buchbesprechung von Brehm, s. 204; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 25 VII (s. 92 vd), § 25 VIII 3 (s. 95); Reischl, Umfang s. 87.

(HUMK m. 75)⁵⁵. Yoksa kendiliğinden söz konusu eksikleri tamamlama veya belirsizlikleri giderme hakkı ile kendiliğinden taraflara hasredilmemiş bir delili emretme yetkisi söz konusu olmayacaktır⁵⁶. Bu yetkiler, davanın sadece taraflarca takip edilmesi durumunda değil, vekil ile takip edilmesi durumunda da söz konusu olacaktır⁵⁷. Öğretide aksi yönde görüşler⁵⁸ bulunmakta olup, bunlara katılmamaktayız.

Biz hâkimin görevi nedeniyle ve görevin görülmesi dolayısıyla söz konusu yetkilere sahip olduğunu düşündüğümüzden, bu yetkilerin taraf iradesini tamamladığını düşünmekteyiz⁵⁹. Hâkim yetkilerinin ayrı bir ilkeymiş gibi görülmesini sağlayan bir kısım yetkileri ise (keşfe, bilirkişiye kendiliğinden başvurma vs.), yargısal faaliyeti tamamlamaya ilişkindirler. Ancak bu durumda dâhi hâkim yetkileri, yargılama faaliyetinin kapsamına ilişkin belirlemelerde bulunmuş taraf iradesinin dışında sonuçlara ulaşılmasını mümkün kılmaz⁶⁰ ve hukukî korunma talep edilen bireysel menfaati aşamaz⁶¹. Davanın maddî yürütümü kapsamında hâkime verilen yetkileri, bir ilke olarak görmememize rağmen, bu yetkilerin kullanılmakla taraf menfaatlerini koruduğunu ve maddî gerçeğin tespitine ayrıca olanak sağladığını rahatlıkla söyleyebiliriz⁶². Ancak bu yetkiler, dava kapsamına ilişkin tarafların tasarrufta bulunma haklarına gölge düşürmemelidir⁶³.

⁵⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 284; Karafakih, Hukuk, s. 83; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 241 vd; Postacıoğlu, Medenî, s. 234, 235; Üstündağ, Medenî, s. 249; Prütting, matereille Prozessleitung, s. 408.

⁵⁶ Tarafların tahkikat ve ikame tekeline sahip olduğunu *Ekkehard* ileri sürmektedir. Becker-Eberhard, Dava Malzemesinin, s. 23; Leipold, Zivilprozeßrechts, s. 441, 448. Aksi yönde yaklaşım için bkz. Schilken, Hâkimin Rolü, s. 66; Alangoya, Medenî Usûlün Amacı, s. 44.

⁵⁷ BGH 07.12.2000, MDR 2001, 1009; BGH NJW 2001, 2548 vd.; Gehrlin, Erste Erfahrungen, s. 422; Peters, Münchener Komm., § 139 kn. 13; Peters, Wachsende Beachtung, s. 1245; Reichold, Thomas/ Putzo Komm., § 139 kn. 12.

⁵⁸ Bettermann, Hundert Jahre, s. 391.

⁵⁹ Hâkimin davanın maddî yürütümüne ilişkin sahip olduğu yetkilerin, iki tarafın ileri sürdüğü iddia ve sebeplere ilişkin (HUMK m. 75 II) ve iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olması (HUMK m. 75 III), taraf iradesini tamamladığını göstermektedir.

⁶⁰ Gündüz, s. 83, 84; Brehm, Bindung, s. 61 vd.; Greger, Kooperation, s. 79, 80.

⁶¹ Cohn, Zur Wahrheitspflicht s. 50; Bettermann, Buchbesprechung von Bomsdorf, s. 349; Peters, Wachsende Beachtung, s. 1246.

⁶² Atalı, Murat, Tarihi Bir Tesadüf, s. 113; Schmidt, Rezensionen, s. 389. Taraf yargılamaya getirdiği hayat olayına ilişkin tam ve aydınlatıcı bilgi vermemiş ise, küçük önerme bir belirsizliği ifade edecek, hâkimin altlama faaliyetinde fiilen bulunmasına engel olacak ya da eksiklikler sebebiyle verilen hükmün yargılamanın amacı doğrultusunda beklenenleri karşılayan yanlış olmasına neden olacak [Meier, İura, s. 60.] ya da davanın çözülebilir olmaması sebebiyle reddine

D. Hâkimin Görevi İle Taraf Usûl İşlemleri Arasında Bağlantı

Medenî yargılama faaliyeti, bir süreci ifade etmekte olup, bu süreç usûlî işlemler⁶⁴ yapılarak yürütülmektedir. Bu süreci ifade eden yargılama faaliyeti, devletin hukukî korunma talebini karşılama görevini ifade ettiğinden bir kamusal faaliyettir. Bu özelliği nedeniyle de usûlî işlemlerin her biri, belirli bir süre ve şekle bağlı bir usûl normu ile düzenlenmişlerdir. Medenî yargılama hukuku sahasında etkilerini de, bu süre ve şekle bağlı olarak gerçekleştirmek ile göstermektedirler⁶⁵. Taraf irade özgürlüğü, taraf usûl işlemleriyle yargısal faaliyette kullanılmaktadır⁶⁶.

Tabii olarak da bu sonuç bizi, yargısal faaliyetin yürütülmesi ve görülmesine ilişkin olarak taraf tasarrufunu, işlem yapma hususunda yetki veren bir usûl normunun varlığına⁶⁷ bağlar⁶⁸. Bu halde taraf, yetkiyi kullanmak (*yetki sözleşmesi*

yol açacaktır [Söz konusu bu durum HUMK m. 179 hükmünün emredici ve yönlendirici karakteri sebebiyle haklılık taşımaktadır. Aynı yönde bkz. Müller, s. 32.]

⁶³ Öztekin, Avrupa Konseyi, s. 13; Meier, İura, s. 139.

⁶⁴ Usûlî işlem, geniş anlamda usûl hukukunda etkili olan, taraflarca yapılabilen, asli etkilerini yargılamanın inşasında veya davada bir durumun meydana gelmesinde gösteren, davayı ilerleten veya engelleyen her türlü işlemi ifade etmektedir. Baumgärtel, Wesen und Begriff, s. 281 vd; Boran Güneş, s. 172 vd; Karşı, Usûlî İşlemler, s. 48, 242; Taşpınar, İspat, s. 66; Dar anlamda ise usûlî işlem taraflarca tek taraflı olarak yapılan ve bunun için karşı tarafa değil, mahkemeye yöneltilen bir irade beyanını arayan işlemlerdir. Bkz. Schwab, Probleme, s. 504, 505.

⁶⁵ Bilge, Medenî, s. 335 vd; Karşı, Usûlî İşlemler, s. 158; Pekcanez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 169 vd; Postacıoğlu, Hukuk, s. 179; Sungurtekin Özkan, Yetki s. 111; Üstündağ, Medenî, s. 265 vd.; Hellwig, Prozesshandlungen, s. 61, 62; Hellwig, Zur Systematik, s. 74 vd; Jacoby, Musterprozeßvertrag, s. 131; Konzen, s. 185; Schwab, Probleme, s. 513.

⁶⁶ Alangoya, Tahkim, s. 38, 39; Karşı, Usûlî İşlemler, s. 191; Taşpınar, İspat, s. 79, dn. 164; Tuluay, Delil Anlaşması, s. 13, 14, 24; Arens, Willensmängel, s. 37; Baumgärtel, Neue Tendenzen, s. 124. Schiedermair, s. 31. Taşpınar eserinde Ehrenzweig tarafından ortaya atılan akdî dava yasağı kavramı ile bu kavrama ilişkin öğretide yasaklanmaması halinde taraf iradesine dayalı yetkilerin kullanılabilmesine ilişkin düşüncelere değinir. Taşpınar, İspat, s. 75.

⁶⁷ Biz yargılama hukukundaki irade özgürlüğünün özel hukuktaki irade özgürlüğü ile aynı olmadığını düşünmekteyiz. Zira tarafların özel hukuk sahasında sahip oldukları irade özgürlüğünün bir maddî hukuk normunda ifade edilmiş olması kural olarak aranmamaktadır. Özel hukuktaki irade özgürlüğü ilkesi, bu hususta taraflara yetkinliği kendisinden zaten vermektedir. Oysa medenî yargılama hukuku, irade beyanlarının bir kamusal faaliyet alanı içinde ve usûlî işlemler yoluyla kullanılmasını zorunlu olarak barındırmakla irade özgürlüğünün yasal düzenlenmesi olmakla (normların tali ya da yetki normu olması arasında ayırım yapılmaksızın) ancak kullanılmasına olanak tanıyabilir. Bu nedenle tarafa konusu hakkında tasarrufta bulunabilme konusunda yetki veren yasal düzenlemeler olduğu müddetçe, medenî yargılama hukuku normları üzerinde tarafların irade özgürlüğüne sahip olduklarını, yasal düzenlemesi bulunmayan hususlarda tarafların sözleşme ya da benzer şekilde maddî hukukta ifadesini bulan modellerle (tanımlama için bkz. Taşpınar, İspat, s. 92 dn. 210) usûlî sahada hareket etmelerinin söz konusu olamayacağını düşünmekteyiz. Özel hukukun bazı alanlarında bile (miras, eşya vs.) irade özgürlüğünün belirli modellerle (sözleşme vs.) sınırlandırılmış kabul edilecek olursa, kamusal bir hizmetin görüldüğü yargılama

yapmak) ya da yetkiyi kullanmamak suretiyle (*ilk itirazda bulunmamak gibi*)⁶⁹ tasarrufta bulunabilecektir⁷⁰. Davanın görülmesi aşamasında taraf özgürlüğü⁷¹, yetkiyi kullanmak ya da kullanmamak şeklinde kendisini göstermektedir ki, bu halde yetki, dava edilen usûlî talebe ilişkin ise tasarruf ilkesi, vakıa ve delillere ilişkin ise, taraflarca getirme ilkesi altında değerlendirilecektir. Ayrıca tarafların anlaşmak istedikleri hususun emredici karaktere sahip olmaması gerekir⁷² ve bu halde taraflar irade özgürlüğüne dayanarak usûlî işlem yapabilir⁷³. Bu durumu hâkim, kendiliğinden dikkate alır⁷⁴.

Medenî yargılama hukukunda taraf irade özgürlüğünün, ayrıca hâkime tanınan yetkilerden dolayı sınırlanmış olduğu düşünülebilir. Biz bu düşüncede olmadığımızı, taraf iradesinin söz konusu olduğu hususlarda hâkime müdahale yetkisi veren normların tamamlayıcı olduğunu düşünmekteyiz. Taraf özgürlüğü ile ilgili olmayan hususlarda ise, hâkime medenî yargılama hukukunda verilmiş olan

hukuku için bunu daha rahat söyleyebiliriz (Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 176; Flume, Rechtsgeschäft, s. 145).

⁶⁸ Flume, Vereinsstrafe, s. 101, 132; Gottwald, Grenzen, s. 89, 98; Wagner, s. 65. Keza Gaul, Willensmängel, s. 350; Gaul, Zur Frage, s. 51; Künzl, s. 340. Aksi yönde Bülow, Dispositives, 89 vd. (Naklen, Tuluay, Delil Anlaşması, s. 24); Hellwig, Zur Systematik, s. 84; Schiedermair, s. 55.

⁶⁹ Bu halde esasen yargılamanın taraflarının maddî bir davranışta bulunup bulunmamasına bağlı bir usûlî durum oluşmakta olup, bu durum “*seçenek (rechtliches dürfen)*” olarak ifade edilmekte olup, taraflara “*yetki veren tasarruf normlarından (rechtliches können)*” nitelik olarak ayrılmaktadır. İlk Niese tarafından serbesti getiren (freistellende) olarak tanımlanan bu normlar (Niese, Prozeßhandlungen, s. 66), sonrasında Wagner tarafından yetkilendirici normlar adı altında gruplandırılmıştır (Wagner, s. 53 vd.).

⁷⁰ Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881), s. 43 (Naklen Tuluay, Delil Anlaşması, s. 24). Ayrıca bkz. Schlosser, Einverständliches, s. 2 vd., 10; Tuluay, Delil Anlaşması, s. 23.

⁷¹ Guldener, Zivilprozessrecht, s. 192. İrade özerkliği, bir engel olmaksızın seçebilme özgürlüğüne sahip olun kişinin hukukî ve sosyal ilişkilerini belirleyebilmesini ifade eder. Bkz. Hirs, s. 129 vd; “Kavram, bireyin kendi davranışlarının sınırlarını yine kendi kendine bulmasını ifade eder.” Engel, Traite des Obligations En Droit Suisse, Berne 1997, s. 92 (Naklen Ateş, D., s. 136 dn. 3).

⁷² Bülow, Oskar, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 1881, s. 45 (Naklen Taşpınar, s. 77).

⁷³ Schiedermair, s. 50; Wagner, s. 53, 54. Bu konuda geniş tartışmalar için bkz. Alangoya, Tahkim, s. 148; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 176; Karlı, Usûlî İşlemler, s. 235 vd.; Sungurtekin Özkan, Yetki, s. 126; Taşpınar, İspat, s. 77 dn. 159; Tuluay, Delil Anlaşması, s. 21 vd; Üstündağ, Medenî, s. 418; Arens, Willensmängel, s. 86; Baumgärtel, Wesen und Begriff, s. 188.

⁷⁴ Guldener, Zivilprozessrecht, s. 187 vd; Studer, s. 16.

yetkileri, emredici nitelikte görmekteyiz⁷⁵. Örneğin, hâkimin kendiliğinden bilirkişiye ya da isticvaba başvurma hakkı, ne taraf talebine bağlı olacak ne de taraf tasarrufu ile sınırlanabilecektir. Şu halde biz, ne taraf irade özgürlüğüne ilişkin düzenlenmiş usûl normlarının hâkim müdahalesi ile ne de davanın görülmesine ilişkin hâkime yetki veren emredici nitelikteki normların ise taraf anlaşmaları ile sınırlanabileceğini düşünmekteyiz.

Hâkim yetkileri ile taraf irade özgürlüğü arasındaki bu paralel görünüm, bir tek tarafların münhasır delil sözleşmesi yapmaları durumunda, Hukuk Usulü Muhamele Kanunu m. 75 f. 3 düzenlemesi nedeniyle çatışmaya uğramaktadır. Bu madde hükmüne göre, yargılamanın her aşamasında taraflardan delillerini getirmelerini isteyebilecek olan hâkim, bu yetkisini taraflar arasında münhasır delil sözleşmesi varken de kullanabilecek midir? Kanımızca, münhasır delil sözleşmesi yapılması durumunda, hem tarafların hasredecekleri deliller hem de hâkimin taraflardan ibraz etmelerini isteyecekleri deliller sınırlandırılmıştır. Bu sebeple hâkim, delil sözleşmesinde münhasıran kararlaştırılanın dışında delil getirmelerini taraflardan isteyemeyecektir⁷⁶. Burada meydana gelecek haksızlık, delil sözleşmesinin münhasır yapılarak hak arama özgürlüğünün kapsamının ve bu kapsama bağlı kalarak yargılama yapan hâkimin yetkilerinin sınırlandırılmasında aranmalıdır⁷⁷. Bu sebeple delil sözleşmeleri münhasır olarak yapılamamalıdır⁷⁸.

⁷⁵ “Dava ilişkisi, bir taraftan davacının devlete karşı hukukça tanınan menfaatinin korunması ya da dış dünyada gerçekleşen vakılardan (olgu) dolayı oluşan menfaatinin tanınması istemini ve diğer taraftan karşı tarafın devlete yöneltilen, bu beyanda talep edilen istemin hukukî sonucuna katılmasını içermekte olup, kurulan üçlü ilişki hem devleti hem de tarafları ilgilendirmektedir.” **Arens**, Grundprinzipien, s. 1; “...medenî yargılama hukuku, bir taraftan taraf menfaatinin gerçekleştirilmesine hizmet ederken diğer taraftan bu menfaatin gerçekleştirilmesine yönelik yapılacak yargılamada kamu düzeni ve yararını koruma, devletin menfaatinin dengeleme işlevi üstlenecektir....” **Schiedemair**, s. 57. Bu durumun taraf iradesini tamamen engellediği değil, sadece sınırladığına ilişkin olarak bkz. **Schiedemair**, s. 61. Medenî yargılamanın taraf iradesi üzerine kurulmakla birlikte kamusal yararı sağlamaya yönelik ikinci derece nitelik taşıyan bir objektif amacının olduğu hakkında bkz. **Schlosser**, Einverstaendliches, s. 15; **Wagner**, s. 62, 71.

⁷⁶ **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, Medenî, s. 425; **Taşpınar**, İspat, s. 196, 197.

⁷⁷ **Yılmaz**, hâkimin davada etkinliğinin artırılması için delillerin serbestçe takdir edilmesi kuralının getirilmesi ve benzeri tedbirlerin alınması gerektiğinden bahseder. **Yılmaz**, Hukuk Davaları Bakımından, s. 72.

⁷⁸ İspat sözleşmeleri ispat yükünü yer değiştiren kurallar olup, bunun üzerinde taraf tasarrufu mümkün olamamalıdır. **Wach**, Handbuch des deutschen Zivilprozessrecht, Leipzig 1885, s. 194 (Naklen **Tuluay**, Delil Anlaşması, s. 54); İspat sözleşmeleri mahkemenin değerlendirme yetkisini ihlal ettiğinden dolayı kabul edilmemelidir. **Bülow**, Dispositives, s. 62 (Naklen **Tuluay**, Delil Anlaşması, s. 53); “Taraflar maddî vakıalar yerine, devletin meşgûliyet sahasına giren bir faaliyete ilişkin şemaları mahkeme önüne götürmek yetkisine sahip değildir” **Kohler**, Gesammelte Beitaeg zum Zivilprozess, Berlin 1894, s. 157 (Naklen **Tuluay**, Delil Anlaşması, s. 54). **Taşpınar**

Aksine bu düzenleme, medenî yargılamanın sübjektif hakları koruma ve maddî gerçeği temin etme amacına da uygun değildir⁷⁹. Biz, ispat sahasına ilişkin tarafların yaptıkları ispat sözleşmelerinin yargılama faaliyetini sınırlayacak bir emrediciliği içermesinin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğunu düşünmekteyiz⁸⁰. Taraf tasarrufunun bu şekli, nasıl HUMK m. 75 fıkra 3 kapsamında hâkimin taraflardan yeni delil getirmesini istemesini engellemekte ise, bunun gibi hâkimin resen başvuracağı delillere ve uyuşmazlık noktalarını ortadan kaldıran yollara da başvurmasına engeldir (HUMK m. 275, 230 vs).

ise, *Schiedermair*'ın bu hususta yapılacak sözleşmelerin bir tasarruf sözleşmesi olarak değerlendirilmesinden yola çıkarak, tarafların karar verme özgürlüğünü sınırlamayan ispat sözleşmelerinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedir. **Taşpınar**, İspat, s. 215, 216. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 199. maddesinin 2. fıkrasının (bir tarafın ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan ve fevkalâde güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğuna ilişkin) ve 35. maddesinin (dürüst davranma ilkesine ilişkin), münhasır delil sözleşmesine engel olduğu görüşü hakkında bkz. **Umar**, Değişikliklerin Başlıcaları, s. 336, 337.

⁷⁹ *Yılmaz*, medenî yargılamada sözleşme özgürlüğünün kural olmadığını, ancak bu hususta düzenleme mevcutsa tarafların medenî yargılama sahasında delil sözleşmesi yapabilecekleri düşüncesindedir. **Yılmaz**, Yemin, s. 103.

⁸⁰ Delil ikamesi tarafa ait bir yükür. Bu yükürün gereğinin yerine getirilip getirilmemesi şüphesiz taraflara aittir. Delil sözleşmeleri de konu olarak delillerin ileri sürülüp sürülmemeleri ile ilgilidir. Ancak bu, tarafın adalet hizmetinden doğru olarak yararlanmasını engelleyecek özellikte ve yargılama öncesi düzenlenmemiş olmalıdır. Bu yüzden taraflara delil ikame şansı tanındıktan sonra değişik sebeplerle bundan vazgeçilmesi, buna ilişkin karşı tarafla anlaşma yapılması şeklinde delil ikamesinin sınırlandırılması yargılama düzeninin tarafa tanıdığı ispat hakkını kullanmasını sınırlamayacaktır. Ancak tarafların önceden ileride kullanabileceği ispat vasıtasının ileri sürülmesine ilişkin haktan vazgeçmesi tasarruf ilkesi adı altında kabul edilmemelidir. "....silahların eşitliği ilkesi, davanın tarafları yargılama sırasında usûl hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte..." AMK, 02.12.2004, E.2001/216 K.2004/120 (RG 21.10.2005, Sayı: 25973). *Tuluay* ve *Baumgärtel* bir tarafın ispat hakkını zorlaştıran ya da sadece belli bir delille ispat faaliyetinde bulunmasını öngören ve belirli bir olayın doğru olduğuna ilişkin yapılan anlaşmaların çok istisnai durumlarda (gücün ahlâka aykırı şekilde kullanılması halinde) ancak geçerli olmayacaklarını, bunun dışında ise geçerli olacaklarını düşünmektedirler. **Baumgärtel**, Wesen und Begriff, s. 235; **Tuluay**, Delil Anlaşması, s. 119, 120, 132, 133. *Deren Yıldırım* ve *Tuluay* hâkimin delilleri değerlendirmesini zedeleyen, engelleyen hakem-bilirkişi sözleşmesinin geçersiz olduğunu belirtmektedir. **Deren Yıldırım** Hakem-Bilirkişi, s. 321; **Tuluay**, Delil Anlaşması, s. 132; Öğretide ispat imkânının ortadan kaldırılmasını sağlayacak şekilde delillerin sözleşmeyle sınırlandırılmayacağı ileri sürülmektedir. **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, Medenî, s. 381, dn.5; **Konuralp**, İspat Kurallarının, s. 60, 65; **Postacioğlu**, Medenî, s. 594; **Taşpınar**, İspat, s. 191; **Tüzel**, s. 1612 vd; **Arens**, Grundprinzipien, s. 1; **Arens**, Willensmängel, s. 86; **Baumgärtel**, Wesen und Begriff, s. 188. *Tuluay*, yemin delilinin yargılamada taraflara tanınan son delil olduğundan bahisle delil sözleşmesi ile bu delilin kullanılmasının sınırlandırılmayacağı düşüncesindedir. *Tuluay*, Delil Anlaşması, s. 119, 120. Aynı düşünce bkz. **Ateş**, M., s. 260.

E. Tarafların Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü

Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün diğer yüzünü tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü oluşturur⁸¹. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, esasen kişinin sübjektif algılamasına dayalı bilgisini mahkemeye getirmesi, karşı taraf için ise, getirilen bu bilginin kendi algılamasına göre doğru olması halinde çekişme konusu yapılmamasıdır⁸². Bu, taraflar için yargılamayı yapan devlet organına karşı bir yükümlülüktür⁸³. Bu yükümlülük, hem karşı tarafı haksız vakıa iddialarından korumaktadır hem de mahkemenin yargılama faaliyetinde gerçek olmayan vakıalarla yamıtılmasını önlemektedir⁸⁴. Bu yükümlülüğün sadece ispat yükünü taşıyan tarafa düştüğü, ispat yükünü taşımayan taraf için bu yükümlülüğün söz konusu olmadığı düşünülmemelidir⁸⁵. İspat yükünü taşımayan taraf için de söz konusu yükümlülük bulunmaktadır. Ancak bu yükümlülük, tarafın ilgilisi olduğu yargılamada hayat olayına ait bütün vakıaları yargılamaya getirmek zorunda olduğu anlamına gelmez⁸⁶. Dava konusu ile ilgili bir hususta bir vakıa iddiasında bulunulmamak, o hususu çekişmeli yapmayacağından, sadece o husus hakkında karar verilmesine ya da getirilmeyen vakıanın hükmün gerekçesinde dikkate alınmasına engel olacaktır⁸⁷. Bu

⁸¹ Tercan, Gerçeği Söyleme, s. 188; Cohn, Zur Wahrheitspflicht, s. 41; Dölle, s. 289; Henckel, Prozeßrechts, s. 14 vd.; Konzen, s. 57 vd.; Lent, Zur Unterscheidung, s. 350; Novak, s. 338; Von Hippel, s. 222, 392. Tarafın böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığına, bunun bir yük olduğuna ilişkin ileri sürülen görüşler için bkz. Gündüz, s. 85, 123; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medeni, s. 266 vd.; Goldschmidt, Prozeß, s. 127, 335; Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 30 kn. 43; Sauer, Grundlagen, s. 180.

⁸² Baumgärtel, Treu und Glauben, s. 366; Welzel, s.7.

⁸³ Bu bir yük değildir. Çünkü taraflar yargılamaya getirilen vakıa ve iddialar konusunda gerçeği söylememek konusunda serbest değildirler. Dölle, s. 289; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 26, III (s. 101); Leipold, Stein/ Jonas Komm., § 138 kn.1; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77 kn. 12 (s. 484). Arslan'a göre bu yükümlülüğün kaynağı, dürüstlük kuralıdır. Arslan, Dürüstlük, s. 116. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı madde 35, Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009.

⁸⁴ Tercan, Gerçeği Söyleme, s.183. Bu aynı zamanda muvazaalı hükme tarafların ulaşmalarını da engeller. Hartmann, Baumbach Komm., § 138 kn. 2; Kawano, s. 414; Leipold, Stein/ Jonas Komm., § 138 kn. 1; Olzen, s. 414.

⁸⁵ Henckel, Buchbesprechung von Stürner, s. 102.

⁸⁶ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 34 maddesi gerekçesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009 (34. madde Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metinde 35. madde olarak teselsül ettirilmiştir).

⁸⁷ Dölle, s. 292; Greger, Zöller Komm., § 138 kn. 2; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 25 VIII (s. 95 vd); Leipold, Stein/ Jonas Komm. § 138 kn. 4 vd; Lüke, Münchener Komm., § 193 kn. 193; Peters, Münchener Komm., § 138 kn. 2; Rosenberg /Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77 kn. 12 (s. 484); Schilken, Zivilprozessrecht, s. 81 kn. 155; Zettel, s. 116 vd.

husus, gerçeği söyleme yükümlülüğü ile tasarruf ilkesinin (belki daha çok taraflarca getirme ilkesinin) bağlantılı olduğu noktadır. Bu halde tarafın, hayat olayının bir unsuru olan bildiği bir vakıayı yargılamaya getirmemeye ilişkin tasarrufu söz konusudur. Getirilmeyen vakıanın tarafın aleyhine olan bir vakıa olması, onun gerçek olmasına ilişkin yükümlülüğünü ihlâl etmez. Zira tarafın bu yükümlülüğü, getirilen vakıalar için söz konusudur⁸⁸. Yoksa getirilmeyen vakıalar için gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl ettiği düşünülmeyecektir. Bilakis yargılamaya hayat olayının bütün vakıalarını değil, belirli vakıaları seçerek getirmek, tarafın yargılamanın kapsamını belirleme hususundaki tasarruf özgürlüğü olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple yargılama faaliyeti sonucunda ulaşılan gerçek de bu çerçevede görülecektir.

F. Dürüstlük İlkesi

Tarafın, devlete hukuki korunma talebinin karşılanması amacıyla başvurusu, her hakkın kullanılmasında olduğu gibi dürüstlük ilkesine aykırı olmamalıdır⁸⁹. Bu yüzden tarafın, anayasal bir hak olarak kendisine verilen ve başvurma konusunda özgür olduğu hukukî korunma talebini, gerçekten menfaatinin ihlâl edildiği ya da ihlâl edilme tehlikesinin bulunduğu durumlarda kullanması gerekmektedir. Bu yükümlülük davalı için de savunma dolayısıyla bulunmaktadır. Dürüstlük ilkesi, kendiliğinden var olan bir ilke olduğundan, bu hususta açık bir düzenlemenin bulunması aranmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bazı kanun maddeleri, bu ilkenin uygulanabilirliğine işaret etmektedir. Örneğin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 421. ve 422. madde (*5728 Sayılı Kanun değişikliği ile 422. madde 421. maddeyi de içerek şekilde değişikliğe uğramıştır*) düzenlemelerine göre, kötü niyetli davalının ya da hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan davacının, aleyhine olarak mahkeme tarafından vekille temsil edilen diğer tarafın vekâlet ücretinin tamamı ya da yarısına ve de para cezasına mahkûm edilmesi gerektiği⁹⁰, m.

⁸⁸ Tercan, Gerçeği Söyleme, s. 184.

⁸⁹ Arslan, Dürüstlük, s. 71 vd.

⁹⁰ Berkin, m.422'deki düzenlemeyi tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâline ilişkin doğrudan bir düzenleme olarak görmektedir. Berkin, Suistimal, s. 52; Özkes, Vekâlet Ücreti, 32 vd.; Bilge/ Önen, Medenî, s. 383; Arslan, Dürüstlük, s. 117; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 283; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 268 vd.

313 ve 319 düzenlemesinde ise, bir senedin kendisine ait olduğunu inkâr eden ya da senet hakkında sahtelik iddiasında bulunan kimselerin, bu iddiaları doğru çıkmadığı takdirde, talep edildiğinde diğer tarafın zararını ödemeleri konusunda karar verilebileceği belirtilmekte olup, dürüstlük ilkesine ilişkindir⁹¹.

G. Usûlî Hile

Tarafların çekişme göstermedikleri sahada davanın maddî anlamda görülmesinden söz edilemeyecektir⁹². Bu nedenle tarafın, karşı tarafın hayat olayına ilişkin vakıa iddiasını ikrar etmesi halinde, hâkimin bunların doğruluğunu araştırması söz konusu olmayacaktır⁹³. Tarafların menfaat çatışması içinde olması, yargılamanın kapsamına ve görülmesine ilişkin işlemlerini ve davranışlarını etkileyecek ve hiç kimse kendi menfaati aleyhine olan bir vakıa durumunu kabullenmeyecektir⁹⁴. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 136'daki ikrarın hâkimi bağlayacağına ilişkin düzenleme⁹⁵ olmasa bile, kanaatimizce, taraflar arasındaki menfaat çatışması bu sonuca varmamızı sağlayacaktır. Tarafların bu sebeple yargılama vakıaları üzerinde kendi aleyhlerine ikrarda bulunmalarını, işin niteliği gereği taraf özgürlüğü ve tasarruf ilkesi kapsamında görmekteyiz. Taraf hâkimiyetinin, yargılamanın seyri üzerindeki bu özgürlüğü, sadece tarafların bilinçli yalan beyanda bulunmaları (usûlî hile)⁹⁶ ve bu yolla maddî hukukta hukuki sonuç elde etmeye çalışması hâlinde söz konusu değildir⁹⁷. Bu durumda hâkim, tarafların bilinçli gerçeğe aykırı vakıa

⁹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda dürüstlük ilkesi, açık bir hüküm öngörülerek düzenlenmektedir (m. 35).

⁹² **Becker-Eberhard**, Dava Malzemesinin, s. 25; **Schilken**, Hakimin Rolü, s. 58.

⁹³ **Schilken**, Hâkimin Rolü, s. 58.

⁹⁴ İkrar, kişinin kendi aleyhine hukukî sonuç doğuran maddî vakıaların doğru olduğunu bildirmesidir. **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, Medenî, s. 320; **Berkin**, Medenî, s. 188; **Çenberci/ Olgaç**, s. 12; **Karafakih**, Hukuk, s. 176; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, Medenî, s. 388; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medenî, s. 387; **Postacıoğlu**, Medenî, s. 554; **Tanrıver**, İkrar, s. 214; **Tercan**, İkrar, s. 115 dn. 4; **Umar, Bilge**, İkrar, s. 244. Bunun nedenini medenî yargılama hukukunun kişilerin özel hukuka ait konuları ile ilgili olması ve bu alan da devletin çıkarının doğrudan olmamasıdır. Devletin özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin menfaat sahibi olması beklenmemelidir. **Wach Adolf**, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 2.Bası, 1896, s. 53 (Naklen. **Becker-Eberhard**, Dava Malzemesinin, s. 33).

⁹⁵ **Tercan**, söz konusu düzenlemenin tarafların gerçeği söyleme görevinin uygulanmasına engel olduğu düşüncesindedir. **Tercan**, Gerçeği Söyleme, s. 195.

⁹⁶ **Becker-Eberhard**, Dava Malzemesinin, s. 29.

⁹⁷ **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medenî, s. 267; **Gottwald**, Buchbesprechung von Brehm, s. 202.

iddialarını dikkate almamalıdır⁹⁸. Zira, artık burada hükümle somutlaşacağını (tespit edileceğini) düşündüğümüz, hakka ilişkin bir itiraz sebebi vardır. Devletin yargı organını aldatmaya ilişkin tarafın (tarafaların) söz konusu davranışının yaptırımını yargılama kanunlarında düzenlenmemiştir. Sadece Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 446'da usûlî hile yoluyla kendilerine karşı hüküm alınması durumunda, borçlunun alacaklıları ile borçlu yerine halef olanların yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabileceklerine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır⁹⁹. Ancak bu düzenleme, dava sonrası gerçek vakıa durumunun araştırılmasına olanak sağlamaktadır. Oysa kanaatimizce hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olan mahkeme, 04.02.1959 tarihli ve 14/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (*Medeni Kanun, olaylara özü ve sözü ile uygulanır*)'na göre usûlî hile durumunda bilinçli ikrara konu vakıanın maddî gerçeklik taşımadığını kendiliğinden gözetmelidir¹⁰⁰. Bu husustaki yetkisinin, hukuku uygulama yetkisi kapsamında ve dolayısıyla zaten mevcut olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, gerçeğe aykırı vakıa iddialarında taraf, dava dışı 3. kişilerin haklarına yönelik engelleyici bir amaçla ikrarda bulunduğundan, ikrar normunun amacına ve fonksiyonuna aykırı hareket etmekle, ayrıca hakkını

⁹⁸ Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, *Medenî*, s. 267 vd; Costede, *Scheinprozeß*, ZZP 82, s. 438; Kawano, s. 414; Schilken, *Hâkimin Rolü*, s. 61; "...Taraflardan aleyhlerine olan hususları da beyan etmeleri beklenemez. Ancak, gerek kendilerine, gerek karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekir....Bu ödeve aykırılık halinde beyanlar mahkemece dikkate alınmayacak ve değerlendirilmeyecektir. Ayrıca tarafın bilinçli olarak yalan söylemesi bir usul hilesi oluşturabilir" Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 34 maddesi gerekçesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009 (34. madde Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metinde 35. madde olarak teselsül ettirilmiştir). Aksi yönde bkz. Kiraz, s. 250, 251.

⁹⁹ Budak, *Üçüncü*, s. 83; Kuru, *Medenî*, Cilt: 5, s. 5239; Özekes, *Asli Müdahale*, s. 20; Yavaş, s. 636 vd.

¹⁰⁰ Grunsky, *Prozeß*-, s. 69; Häsemeyer, *Parteivereinbarungen*, s. 223, 224. Ancak burada hâkim hukuk güvenliğini sarsacak şekilde takdiri ölçülere dayanmamalıdır. Bkz. Oğuzman, s. 415.

kötüye kullanmak¹⁰¹ istemektedir ki, buna yargılama hukukunda da engel olunmalı¹⁰² ve bu yolla elde edilmek istenilen hukuki sonuç gerçekleşmemelidir¹⁰³.

§ 7. YARGILAMANIN SONA ERDİRİLMESİNDE TASARRUF İLKESİ

A. Genel Olarak

Sosyal usûl hukukçuları, medenî yargılama hukukunu, bireyler arasındaki uyuşmazlıkları sona erdiren bir sosyal yardım kurumu olarak görmüş ve bu doğrultuda bireyin devlete yapacağı talebi “adaletin sağlanması” olarak nitelendirmişlerdir¹⁰⁴. Biz, daha evvel belirttiğimiz gibi, medenî yargılama hukukunun amacını, bireyin bir diğer bireyle olan uyuşmazlığı hakkında esasa ilişkin devletten karar alma yetkisi (talebi) olarak değerlendirmekteyiz. Bu talebin konusunu, dava dilekçesi ve sebebi ile belirginleştirilmiş olan, hukukî uyuşmazlığı doğuran olay ile talep sonucu oluşturur. Taraflar arasındaki maddî hukuksal ilişki ya da maddî hukuksal talep ise, söz konusu talebin karşılanması amacıyla altlama faaliyetinde değerlendirilme fonksiyonu görür¹⁰⁵. Bu değerlendirme sonucu ile bir usûlî talep ancak yargısal haklılık taşıyacaktır. Şu durumda hukuki korunma talebiyle devlete başvuran tarafın iddiaları, mahkemenin hem yargısal faaliyette bulunmasını (verfahrensbehauptung) hem de maddî hukuktaki hak iddiasını değerlendirmesini (rechtsfolgenbehauptung) içerecektir. Bu hususlarda iddiada bulunmaya ilişkin medenî yargılama hukukunda taraflara tanınan yetkiler (dava vs.), sadece kullanma ya da iddiaların kapsamını belirleme olarak anlaşılmamalı, bu husustaki iradenin devam edip etmeyeceği hususlarını da içerecektir. Dolayısıyla yargılamanın yargısal

¹⁰¹ Usûl hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının, amacın hukukî olmaması, zararlı olması, doğru olmaması, adil olmaması, yararlı olmaması şeklinde değişik ve geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. *Gündüz*, s. 125 vd.

¹⁰² *Feyzioğlu, F. N.*, s. 170, 171; *Cahn*, s. 37. *Şener* ise, özel düzenlemenin yer aldığı hallerde genel ilkenin uygulanmaması gerektiğini düşünmektedir. *Şener*, *Dürüstlük*, s. 19. Aynı sonuca varan *Arens* ise, gerekçe olarak, usûl işlemlerindeki iradenin, ikrar edilen hususun doğru olmasına üstün olmasını ileri sürer. *Arens*, *Willensmängel*, s. 38 vd. Kanımızca ikrarın *dürüstlük kuralı uygulanmaksızın* çekişmeli vakıyı çekişmesiz yapması ayrıca düzenlemenin ‘*genel hukuk ilkeleri dikkate alınmaksızın*’ türünde bir düzenlemeyi içermesi ile mümkün olmalıdır.

¹⁰³ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: kimsenin kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak talepte bulunmaz. Bu durumda usuli hile yoluyla ikrarda bulunan tarafın menfaatini çarpıtma uğraşı içinde olduğu söylenebilecektir. Bkz. *Gündüz*, s. 189; *Serozan*, *Medenî*, s. 164

¹⁰⁴ Bkz. I. Bölüm, dn. 94.

¹⁰⁵ *Schwab*, *Streitgegenstand*, s. 199.

bir hükümle ya da yargısal bir hükme hacet kalmaksızın taraf iradesiyle sona ermesi mümkün olup, bunun temel gerekçesini, hukukun her alanında ve yargısal faaliyetin başlatılmasında olduğu gibi irade özgürlüğü oluşturur^{106 107}. Biz yargılama faaliyetinin sona ermesine ilişkin taraf işlemleri konusunda yapacağımız incelemede yukarıda bahsi geçen mahkemenin yargısal faaliyette bulunmasına yönelik iddia (talep) ile bu iddianın konusunu oluşturan husus hakkında maddî hukuksal duruma ilişkin değerlendirme yapılması iddiası (talebi) arasındaki ayırımdan yola çıkacağız¹⁰⁸.

B. Yargısal Faaliyet İddiası Hakkında Taraf Tasarrufu

1. Genel Olarak

Yargı organının kendisine yöneltilen belirli bir iddia konusunda karar vermekle yükümlü olması, bu hususun hukukî koruma talebinin ilgilisi tarafından kendisine karşı ileri sürülmekle gerçekleşir. Usûlî ilişkinin bu yönü taraflar ile devlet arasında kurulan yargısal bağı ifade eder¹⁰⁹. Yargısal bir faaliyetin mahkeme tarafından artık incelenmesi zorunluluğunu ifade eden bu an, bir usûlün başladığını ve onun derdestliğini ifade etmektedir. Yargısal hukukî koruma talebinden evvelki bir zamana ait olan taraflar arasındaki özel hukuka ait uyuşmazlık, medenî yargılama hukuku alanında henüz bir hukukî uyuşmazlık konusu olmamıştır ve yargı organının da bu hususta bir faaliyette bulunması konusunda ne yetkisi ne de yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁰.

Özel hukuka ait bir uyuşmazlık konusunda usûlî sahada bir yargısal faaliyetin başladığının kabul edilmesi için, mutlak surette davacının mahkemeye yönelik hukukî koruma talebinde bulunmuş olması gerekir. Bu durum gerçekleşmekle ancak

¹⁰⁶ Habscheid, Rechtsnatur, s. 158; Schiedermair, s. 31 vd., 95 vd; Schreiber, s. 193; Staehelin, s. 644.

¹⁰⁷ Bu sonuç, yargısal faaliyette bulunan mahkemenin kamusal bir faaliyet yaptığını ve bu kamusal faaliyete ilişkin kuralların emredici karakterini görmemezlikten gelmemizi sağlayamaz. Ancak yukarıda daha evvel belirttiğimiz gibi, bu birey uyuşmazlıklarını "toplumsal hastalık" ve medenî yargılama usûlünü "hastalığın tedavisi" olarak nitelendirecek şekilde tamamen kamusal olmayıp, sadece tarafların kamusal nitelikli normlardan ayrılmasına engeldir (yetkili mahkemelerin yetkisini bertaraf edememe, kanuni süreleri kısaltamama gibi).

¹⁰⁸ Deubner, Grundprobleme, s. 205; Göppinger, Erledigung, s. 8; Prütting/Wesser, s. 273.

¹⁰⁹ Bötticher, Zur Lehre, s. 74 vd.; Lüke, Betrachtungen, s. 427, 436.

¹¹⁰ BGH NJW 1982, 1598.

mahkeme, önüne gelen uyuşmazlığı inceleyecek, karar verme aşamasına getirecek ve iddia edilen hukukî koruma talebinin kabul edilebilirliği hakkında karar verecektir. Mahkemenin bu aşamaları ihtiva eden yükümlülükleri, mahkemeye tarafın yargısal faaliyette bulunmasına ilişkin yaptığı başvuru, yüklediği görev nedeniyledir. Hukukî korunma talebine ilişkin hüküm verme konusunda mahkemeye düşen bu yükümlülük, ya mahkeme tarafından yerine getirilmekle ya da tarafların anlaşarak bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaları ile sona erer.

Şu durumda hukukî korunma talebine yönelik mahkemeye yargısal faaliyette bulunmasına ilişkin davacının verdiği yetkinlik, bu faaliyet şekli anlamda kesinlik taşıyan bir yargısal kararla sonuçlanmadan evvel davanın her iki tarafının geri alması ile ortadan kalkacaktır. Yargısal faaliyetin bir kamusal faaliyet olması bu sonucun “hatalı”, buna olanak sağlayan usûlî normların ise, medenî yargılama hukukunun “amacına aykırı” olarak değerlendirilmesine yol açmaz. Kamusal faaliyet üzerinde bireylerin tasarruflarda bulunması kural olarak kamu hukukuna yabancı ise de, kamusal faaliyetin konusunu, tarafların özel hukuk ilişkisinden doğan menfaatleri oluşturunca, bu menfaate ilişkin hüküm kurulup kurulmaması, kurulacaksa kapsamı, menfaat iddiasının sahiplerine ait bir özgürlüğü içerir. Kamusal faaliyet üzerinde tasarruf edilememesi, şu durumda kural olarak yargılamanın işleyişi ve varılan usûlî sonucun doğruluğu bakımından geçerlidir. Kaldı ki, medenî yargılama hukukunun öncelikli hedefini, sübjektif bireysel korunma taleplerinin karşılanması oluşturmaktadır. Dolayısıyla medenî yargısal faaliyet, genel ihtiyaçları ve menfaatleri sağlamak amacıyla gösterilen klasik kamusal faaliyetlerden farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Biz yargısal faaliyet iddiasını incelemekle görevlendirilen mahkemenin, davayı inceleme yetkisinin ortadan kalkması konusunda sadece davacının iradesini yeterli görmemekteyiz. Bu yetkinin kullanılması ile mahkemenin inceleme görevinin kapsamına kendisine karşı hüküm kurulması istenilen davalı tarafın menfaati girmiş olup, yargısal faaliyet sonucu ile artık onun ilgisi arasında bir bağ kurulmuştur. Dolayısıyla yargısal faaliyet sadece davacının yargısal faaliyet iddiasını geri almakla değil, ilgili olan karşı tarafın da bu hususta iradesini ortaya koymasıyla geri alınmış olacak ve mahkemenin de bu hususlarda artık inceleme yetkisi ortadan kalkmış

olacaktır¹¹¹. Bu durum, ne davanın taraflarının gerçek bir fiili çekişme içinde olup olmamaları ile ne de dava edilen usûlî talebin maddî hukuk açısından altlamaya konu olabilirliliği ile bağlantılıdır. Burada söz konusu olan, sadece hukukî korunma talebi ile somut olaya ilişkin yetkisi ve görevi devreye sokulmuş olan mahkemenin yetkisinin ortadan kalkması ve görevi olmaktan çıkmasıdır. Ayrıca taraflar arasındaki uyuşmazlığın gerçekten sona erip ermediği ya da davacı tarafından davalıya yönelik hüküm kurulması talebinin dava açılmış olduğu tarihte haklılık taşıyıp taşımadığı, davanın görülmesine ilişkin mahkemeye verilen yetkinin ve görevin geri alınması için hiçbir önem taşımayacaktır¹¹². Bu iddiaya dayanılarak yargılamanın sonlandırılması, usûlî hükümlere göre gerçekleşecektir.

2. Davanın Geri Alınması

Davacının dava açma konusunda sahip olduğu yetkinin kullanılması, sadece kendisi için değil, aynı zamanda uyuşmazlığın diğer tarafı için de gerekli adli hizmetin yerine getirilmesi konusunda devleti yükümlülük altına sokar. Bu sebeple dava açmakla sadece davacının hüküm elde edilmesi konusunda bir ilgi sahibi olduğu düşünülmemekte olup, bu ilginin kendisine karşı hüküm kurulması istenilen davalı tarafta da bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Bu sonuç dolayısıyla, yargısal faaliyet iddiasında bulunularak davanın görülmesi konusunda mahkemeye verilen yetkinin geri alınması, sadece davacının iradesine bağlı olmayıp, bu talebin muhatabı olan davalı taraf iradesine de bağlı olacaktır¹¹³. Davalı taraf bu sebeple, davacının davanın geri alınması iradesini göstermesi durumunda ya onay vererek mahkemenin artık kendisi ile ilgili hüküm kurma konusundaki yetkisini ortadan kaldıracak ve davanın bir bütün olarak sona ermesini sağlayacaktır ya da davacının davayı geri almasına karşı koyarak, davanın usûlî talebe ilişkin bir hükümle sonuçlanmasını isteyecektir¹¹⁴. Bu sonuç, medenî yargılama hukukunda davanın geri alınması yasağını ifade eder. Ancak bu yasağın sebebi olarak, yargısal faaliyetin kamusal

¹¹¹ Bu sonuç, esasen davanın derdestliğini ortadan kaldırmakla (Tanriver, Derdestlik, s. 11, 12.), hukukî uyuşmazlığın sadece usûlî anlamda sona ermesini sağlayacaktır (Prütting/ Wesser, s. 273).

¹¹² Göppinger, Erledigung, s. 90 vd; Habscheid, Rechtsnatur, s.153, 158; Prütting/ Wesser, s. 275.

¹¹³ Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 124 kn.142.

¹¹⁴ Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 124 kn.142; Walther, s. 43, 44.

faaliyet olduğu düşüncesini değil, davacının davayı istediği zaman geri alarak ve sonradan tekrar ileri sürerek davalı için devamlı surette tehdit oluşturmasını görmek gerekecektir¹¹⁵. Bu yüzden davanın geri alınması, davalı tarafın (açık) iradesi ile sınırlanmıştır (HUMK m. 185, Tasarı m. 129). Davacının dava açmakla sadece kendisinin davanın ilgisi olduğunu ve istediği zaman geri alacağını kabul etmek, davalının sonradan açacağı menfi tespit davaları ile kendisini korumaya çalışacağına ve gereksiz bir medenî yargılama hukuku karmaşasına yol açar¹¹⁶. Bu durumun kabul edilmesi, dava açılmakla davalı taraf için oluşan menfaati, sadece savunma menfaati olarak görmek anlamına gelir ki, bu durum, medenî yargılama hukukunun uyumsuzlukların her iki taraf için de artık tartışılmayacak şekilde sonlandırılması temel işlevine aykırıdır¹¹⁷.

Davalının onayı olmadan geri alınamayacak olan dava, davalının hukuk sahasına girmiş olan davadır. Bir davanın davalının hukuk sahasına girmesi, o davanın derdest olması ile ifade edilmekte olup, bu andan itibaren davalının kendi adına açılan davada hüküm aldırma menfaatinin olduğu ve kendisinin onayı olmadan açılan davanın geri alınamayacağı kabul edilmelidir. Türk Hukuku düzenlemesinde derdestlik anına ilişkin bir düzenleme olmadığından, bu ana ilişkin tespit, davanın açılmış olduğu an olarak değerlendirilmektedir¹¹⁸. Kanuni düzenlememiz esasen derdestlik ile bağlantı kurmaksızın davanın açılmış olduğu anı, davalının onayı olmadan davacının davasını geri alamayacağı an olarak düzenlemiştir (HUMK m. 185)¹¹⁹. Dolaylı olarak derdestliği barındırmakla bu düzenleme, hatalı ya da eksik olarak değerlendirilemez¹²⁰. Açılan dava hakkında davalıya yapılan tebliğ, sadece davalının davaya ilişkin usûlî tepkisini ortaya koymasına olanak verir. Oysa davanın açılması, davalıyı kendi hukuksal menfaatine ilişkin bir mesele hakkında uğraşmak

¹¹⁵ Grunsky, Veräußerung, s. 150, 151.

¹¹⁶ Walther, s. 23.

¹¹⁷ Walther, s. 44.

¹¹⁸ Tanriver, Derdestlik, s. 8; Ulukapı, Derdestlik, s. 399; Üstündağ, Medenî, s. 273, 483.

¹¹⁹ Alman hukukunda derdestlik sadece davanın geri alınabilmesini ifade etmekte olup, davanın davalının hukuk sahasına girdiğinin ve dolayısıyla ancak onun onayıyla davanın geri alınacağına ilişkin an, davalının davaya ilişkin usûlî bir davranış gösterdiği andır. Davanın davalıya tebliğinden sözlü yargılama aşamasına kadarki zaman içinde buna göre davacı davasını davalının onayını aramadan geri alabilmektedir. Schilken, Zivilprozessrecht, s. 324 kn. 620.

¹²⁰ Derdestliğin dava açılmakla kendiliğinden doğan bir usûlî sonuç olduğuna ilişkin bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 323; Tanriver, Derdestlik, s. 9; Üstündağ, Medenî, s. 273, 483.

zorunda bıraktığından, bu an itibarıyla davanın geri alınması için onayının alınması gereklilik oluşturur. Zaten mahkemeye yüklenen hukuksal faaliyette bulunma görevi de bu an itibarıyladır. Dava ilişkisi de davalının rızasına bağlı olmadan bu an itibarıyla doğmaktadır¹²¹. Dolayısıyla davanın açılması ile davalının davaya ilişkin hüküm elde etme menfaatinin kapsamının, sadece maddî hakkın değerlendirilmesi iddiasını içermediği, aynı zamanda yargılama faaliyetinde bulunulması iddiasını da içerdiği ileri sürülebilecek¹²² ve dava açılmakla davanın geri alınmasının ancak davalı taraf iradesi ile mümkün olduğu sonucuna varılacaktır.

Alman ve Avusturya hukuku düzenlemesinde davanın açılması durumunda verilen dilekçeden, davalının esasa ilişkin savunmada bulunup bulunmayacağını anlaşılamayacağı, bu sebeple davalı için bir taraf usûl işlemi olmadığı¹²³, bu aşamada davanın davalı için henüz değişmezlik taşımadığı¹²⁴ ileri sürülmüştür. Biz bu hususta, Türk Hukuku düzenlemesine hak vermekte olup, davacı için davanın değiştirme yasağının belirli bir hayat olayı ve talep sonucunu içeren dava dilekçesini mahkemeye vermekle başladığını, zira bu andan itibaren mahkemenin davayı görmekle yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğün aynı zamanda davalının aynı hayat olayına dayanan menfaatini de içerdiğini düşünmekteyiz¹²⁵. Esasen bu durumda davalı mahkemeye bir yargısal faaliyet iddiasında bulunmamakta ve fakat mahkemenin dava açılmakla yükümlendiği görev, onun menfaatine ilişkin olarak maddî hukuk açısından değerlendirmede bulunacak olması sebebiyle, edilgen anlamda onun yargısal faaliyet iddiasını da işin yapısı gereği içermektedir. Aktif olarak bu iddia ise, ya davacı tarafın vazgeçmesi durumunda davalının davanın görülmesini istemesinde '*doğrudan*' ya da esasa ilişkin cevap vererek maddî durumun kendi açısından değerlendirilmesi iddiasının içinde '*dolaylı*' olarak bulunmaktadır.

Davanın geri alınması, kanaatimizce, davacının mahkemeye yönelik, herhangi bir şartı içermeyen, tek taraflı irade beyanında bulunarak yargısal faaliyet iddiasını geri alması ile davalının bu isteme onay vermesi sonucu gerçekleşen bir

¹²¹ Berkin, Dâva ve Kaza, s. 403.

¹²² Aksi yönde, Walther, s. 45.

¹²³ Gross, Klageänderung, s. 17.

¹²⁴ Henckel, Klagerücknahme, s. 176.

¹²⁵ Postacıoğlu, Medenî, s. 401, 402.

taraf usûl işlemi, daha doğrusu bir usûl sözleşmesidir¹²⁶. Öncelikle burada yargılama faaliyeti iddiasının ortadan kalkması, iki tarafın iradesine bağlanmış olup, sadece davacının bu yönde mahkemeye yönelik irade beyanında bulunması, davanın açılmasında olduğu gibi, yargısal faaliyette bulunulması iddiasından vazgeçmeye ilişkin yetkinin kendi elinde olduğu anlamına gelmemelidir. Bu sebeple davacının davayı geri almasına ilişkin beyanını, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak¹²⁷ değerlendirmemekteyiz. Aksinin kabulü halinde, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile gerçekleşmesi beklenen hukuki sonucun doğumu için neden davalı tarafın onayına ihtiyaç duyulduğu açıklanamayacaktır. Kaldı ki, yenilik doğuran hakların konusunu, bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ve bozulması oluşturmakta olup, bu haklar belirli bir usûlî ilişkiyi bozmayı hedef alma konusunda usûlî sahaya da yabancıdır. Davanın geri alınmasına ilişkin davacı taraf beyanını yenilik doğuran bir hak olarak görmediğimiz gibi, bu beyanın konusunu ne dava edilen usûlî talep ne de maddî hak oluşturmaktadır. Bu beyanın konusunu, yargısal faaliyet iddiası oluşturmaktadır. Bundan dolayı davanın geri alınması, dava konusu üzerinde mahkemenin artık maddî hukuksal değerlendirme yapamamasını ifade etmektedir. Bu niteliği sebebiyledir ki, hakkında maddî hukuksal değerlendirme yapılamayan usûlî talep, yeniden aynı taraflar arasında ayrı bir davanın konusunu oluşturabilmekte ve tarafların bu hususta bir defî ya da itirazda bulunmaları, bu yolla yeni bir yargılamayı engellemeleri mümkün olmamaktadır. Çünkü davanın geri alınmasında ne bir hukukî korunma talebi karşılanmakta ne de taraflar arasında geçici de olsa hukuki barış temin edilmektedir. Bu durumda hukukî korunma isteminin konusuna ilişkin etkin bir hukuki korumanın gerçekleştiği kabul edilmeyecek ve bu eksiklik sebebiyle taraflar birbirlerine aynı konuda dava açabileceklerdir¹²⁸.

Hukukî uyumsuzluk konusunda dava açmanın aynı zamanda davalı için de yargısal faaliyet iddiasını içeriyor olması, davacının tek taraflı irade beyanında bulunarak davayı geri almasına engeldir. Bu husustaki davacı beyanı, davalının da davanın geri alınmasına ilişkin beyanda bulunması ile tamamlanacak ve mahkemenin

¹²⁶ Stachelin, s. 648.

¹²⁷ Henckel, Klagertücknahme, s. 174 vd.

¹²⁸ Mende, s. 24 vd.

davayı yürütmesine ilişkin görevine son verilmiş olacaktır¹²⁹. Davalının bu yöndeki onaylama beyanı, bir maddî hukuk sözleşmesi akdetmesi gibi değildir. Burada maddî hukuk sözleşmesinden farklı olarak, irade beyanları karşılıklı ve birbirlerine yöneltilmeyip, mahkemeye bir sıra içinde yöneltilmektedir¹³⁰. Bu sebeple önce davacının mahkemeye davanın geri alınması beyanında bulunması, sonra bunun üzerine davalının geri alma beyanını açıkça kabul etmesinin, usûlî bir mutabakat (birlikte iş) nitelendirilmesi adı altında usûlî bir sözleşme olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz¹³¹.

Tarafların birbirlerine paralel olarak mahkemeye irade beyanında bulunarak davanın geri alınmasını sağlamaları, temelde taraflar arasında bir maddî hukuk anlaşmasına dayanabilir. Ancak bunun usûl hukukuna sadece davanın geri alınması olarak yansması, yargılama hukuku açısından dava konusu üzerinde bir mahkeme hükmü verilmeyerek davanın sonuçlandırıldığı olgusunu değiştirmeyecektir. Bu durumda tarafların maddî hukuk alanında gerçekleştirdikleri sulh, feragat şeklindeki anlaşmalar görülmekte olan yargılamaya sadece davanın geri alınması şeklinde yansıdığından, dava edilen usûlî talep hakkında karar verilmemekle meydana gelen eksik bırakılma, sonradan aynı hususun tekrar yargılamaya konu olmasına olanak verecektir. Bu sebeple davanın geri alınması durumunda usûlî talep üzerinde kesin hüküm söz konusu olmayacaktır¹³². Ancak, bu durum davanın geri alınması kurumunun, hukukî barışın (en azından usûlî sahada gerçekleşmekle ya da usûlî talep üzerinde gerçekleşmekle) temin edilmediği bir kurum olarak görülmesine neden olmamalıdır.

Davanın derdestliği, davalı tarafın davanın geri alınmasına yönelik beyanına onay vermekle davanın açıldığı an itibarıyla sona ermektedir¹³³. Bu sonuç,

¹²⁹ 11. HD, 13.03.2006, E.2005/2701, K.2006/2499 (MİHDER, 2006, C.2, S.4, s.1061, 1062); 2. HD, 21.09.2004, 9715/10375 (YKD, 2005/Ocak, C.31, S.1, s.22, 23); 17. HD, 14.12.2004, 12264/13361 (YargıD, 2005/Temmuz, S.115, s.150, 151).

¹³⁰ Gross, Klageänderung, s. 18.

¹³¹ Taşpınar, İspat, s. 52.

¹³² Aygün, Davanın, s. 852.

¹³³ Bu sonuç, sadece derdestliğin sona ermesi şeklinde usûlî bir durumu ifade etmeyip, davanın açılmamış sayılmasıyla meydana gelen zamanaşımının kesilmesi gibi maddî hukuka ilişkin gerçekleşmiş durumların da ortadan kalkmasını kural olarak sağlayacaktır. Ancak iyiniyetin kötünüyete dönüşmesine ilişkin meydana gelen sonucun, iyiniyetin 'bir durumu bilmek ya da bilecek durumda olmamak' şeklinde ifadesini bulan *subjektif niteliği* sebebiyle davanın geri alınması ile ortadan kalkacağını ise düşünmemekteyiz. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Hukuk

kendiliğinden gerçekleşmekte olup, ayrıca mahkemenin verilecek hükmün ortadan kaldırıldığına ya da davanın geri alındığına dair bir karar vermesi gerekmemektedir (Bewirkungshandlung)¹³⁴. Mahkemenin bu durumu tevsik eden kararı ile dava geri alınmasına rağmen esas hakkında verebileceği kararı, etkisiz kararlar olarak değerlendirilmelidir¹³⁵.

Bu durumda şekli yargılamaya ilişkin çözülmesi gereken tek mesele, yargılama giderlerinin kim tarafından, neye göre karşılanacağı meselesidir. Davanın geri alınması kurumunun düzenlendiği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 185 hükmü, bu hususta bir düzenlemeyi içermeyip, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 425’de yargılama giderlerine ilişkin düzenlenen hükmün, davanın geri alınması ve terki gibi durumlarda da uygulanacağı 14.04.1954 tarihli 53/4 E ve 54/14 K. sayılı içtihadı birleştirme kararı ile¹³⁶ uygulamamıza yön vermiştir¹³⁷. Buna göre yargılamanın o zamana kadar gösterdiği durum itibarıyla tarafların haklılık durumlarını değerlendiren mahkeme, haksız gördüğü tarafı yargılama giderlerine mahkûm edecektir¹³⁸. Alman hukukunun, 2001 reformu öncesi değişikliğinde davanın geri alınması durumunda yargılama giderlerinin davacı tarafa ait olacağı düzenlenmiş iken, reformla hâkimin takdir hakkını kullanarak yargılama giderlerini taraflardan birine yükleyebileceği kabul edilmiştir¹³⁹.

Biz davanın geri alınması kurumunun temelinde -usûlî talep hakkında taraflar bir maddî hukuk anlaşması yapmış olsa bile-, maddî hukuksal duruma ilişkin

Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, s. 148.

¹³⁴ **Karslı**, Usûlî İşlemler, s. 161; **Gross**, Klageänderung, s. 16.

¹³⁵ **Brammsen/ Leibne**, Klagerücknahme, s. 57; **Gross**, Klageänderung, s. 18.

¹³⁶ Resmi Gazete, 16.07.1954, Sayı:8756.

¹³⁷ **Kuru**, Medenî, s. 1687.

¹³⁸ “... 2- Davacı vekili 18.02.2004 tarihli son celsede davasını atıye terk ettiğini bildirmiş, bu talep hazır bulunan davalı vekilince kabul edilmiştir. Bu durumda, HUMK’nun 185/1 maddesine göre davayı takipten sarf-ı nazar edilmiş olunmaktadır. HUMK’nun 425. maddesinde iki taraftan birinin ölümü, davanın terki gibi bir sebeple hükmü bağlanamayan davalarda yargılama giderinin tahkikat hâkimi tarafından takdir ve hükmolunacağı düzenlenmiş olup 14.04.1954 gün, 4/14 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da aynı şekilde açıklanmıştır. Davacı davasını terk etmiş ise (atıye bırakmışsa) davalının HUMK’nun 425. madde hükmünden yararlandırılması gerekir. Hal böyle olunca da, vekille temsil edilen davalı yararına tarife hükümleri gözetilerek vekalet ücretine karar verilmek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. ...” [21.HD, 06.04.2004, 2453/3430 (ManBD, 2005 Ekim, Yıl: 24, Sayı: 95, s. 101, 102)].

¹³⁹ **Bonifacio**, s. 499 vd..

olarak dava edilen yargısal faaliyet iddiasının geri alındığını gördüğümüzden¹⁴⁰ ve bu durumun maddî hukuksal durumun değerlendirilmesi konusunda mahkemeyi yetkisiz kıldığını kabul ettiğimizden, yargılama giderlerine ait sorumluluğun, maddî hukukta gerçekleşen olaylar ya da haklılık durumuna göre de sonuçlandırılmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Aynı konuyu tarafların tekrar yargılamaya getirebilecekleri düşünülecek olursa, maddî haklılık üzerinden verilen her yargılama giderleri hükmünün hukukî çekişmeyi bir daha körükleyeceği ve yargılama giderleri konusunda yük altına girmeyen davacının artık haklı olduğunu düşünerek ve hatta yargılama giderlerine ilişkin hükmün gerekçesinde yapılan tespitlere dayanarak, davalının ise davacının ileride kendisine karşı dava açmasına engel olmak için aynı gerekçelere dayanarak menfi tespit davası açabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Zira yargılama giderlerine ilişkin haklılık araştırması, tarafların davayı geri almaları beyanına kadar yargılamaya getirdikleri iddia ve delillerin değerlendirilmesi faaliyetini mutlak surette içermektedir. Alman usûl hukuku reformu ile davanın geri alınmasına ilişkin düzenlemeye eklenen başka sebepler dolayısıyla davalının davanın geri alınması durumunda yargılama giderlerine hükmedileceğine ilişkin getirilen düzenlemede, *başka sebeplerin* konusunun dava edilen usûlî talep hakkında maddî hukukta yaşanan olaylar olarak değerlendirilmesi de sonuç olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 425 düzenlemesi ile aynı değerde görülmelidir. Mahkemenin yargısal faaliyette bulunması iddiasının taraflarca geri alınması durumunda mahkemenin esas hakkında değerlendirme yapamayacak olması, ne bizdeki gibi o zamana kadarki haklılık ne de Alman hukukunda yeni getirilen düzenlemede olduğu gibi dava konusu üzerinde gerçekleşen maddî hukuksal olayın sonucu ile değerlendirilmemelidir. Davanın geri alınması durumunda biz mevcut yargılama giderlerinin sadece davacı tarafa yüklenilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira davalının davacı tarafından yargısal faaliyet iddiası konusunda irade dışı olarak yargısal faaliyette bulunmaya çekildiğini, bu sebeple bu husustaki iddianın (yargısal faaliyet iddiasının) geri alınmasıyla, iradesi olmadan içine çekildiği usûlî ilişkinin masraflarına katlanmasının beklenmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Davanın geri alınmasına ilişkin mahkemeye yönelik taraf beyanları, tarafların davanın konusu üzerinde mutabakatına dayanan mahkemeye yönelik

¹⁴⁰ Melissinos, s. 142.

gerçekleşen birer irade beyanıdır¹⁴¹. Maddî hukuktaki irade beyanlarından farklı olarak konusunu maddî hukuksal bir sonucun gerçekleşmesi oluşturmamakta, sadece usûlî bir sonucun gerçekleşmesi hedeflenmektedir¹⁴². Bu usûlî sonuç, davalı tarafın onay vermesiyle esasa ilişkin hukukî korunma talep edilmediğini ifade etmekte olup, her iki taraf için beyan edilmekle *kendiliğinden* gerçekleşir. Bu sonucun doğması ile tarafların kendi beyanlarından dönmeleri ya da kendi beyanlarını geri almaları artık mümkün olamamalıdır. Zira davanın geri alınması durumunda taraflar karşı karşıya olmadıklarından irade beyanlarından dönemezler ve kendilerine ait hukukî durum karşı tarafa nazaran özel bir yetkiyi (ayrıcalığı) içermediğinden irade beyanlarını geri de alamazlar¹⁴³. Ancak tarafların aynı konuda tekrardan dava açabilmeleri mümkün olduğuna ve paralel irade beyanında bulunarak bir usûl işlemi gerçekleştirdikleri düşünülecek olursa, aynı yolla davanın geri alınmasına ilişkin doğacak hukukî sonuçlarından da vazgeçmeleri mümkün olabilmelidir¹⁴⁴. Bu karşılıklı vazgeçme, kanımızca yargılama giderlerine ilişkin kesin hüküm verilmeden önce gerçekleşmelidir. Yargılama giderlerine ilişkin şekli anlamda mahkemenin hüküm vermesi anından sonra, tarafların davanın geri alınmasından vazgeçmeleri mümkün olmamalıdır. Bu durumda sadece davacının geri aldığı davayı yeniden açması söz konusu olacaktır.

Davanın geri alınmasına ilişkin karşılıklı mutabakat gerçekleştikten sonra, taraflardan birinin irade beyanından dönmesi ile davanın geri alınması durumu ortadan kalkmaz. Bu hususta kanımızca ıslah yoluna da başvurulamamalıdır. Zira davanın geri alınması, sonuçlarını gerçekleştirmek bakımından, tarafın bu yönde sergileyeceği irade beyanı ile kendiliğinden doğmuştur ve irade beyanı maddî bir hataya dayanmadığı sürece ıslahla değiştirilmemelidir¹⁴⁵.

¹⁴¹ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 64 kn. 16 (s. 402).

¹⁴² Henckel, Prozessrecht, s. 76.

¹⁴³ Kavramların anlamı konusunda bkz. Serozan, Dönme, s. 129 vd.

¹⁴⁴ Henckel, bu durumun ancak yargısal faaliyetin yetkinliğinin geri alınmasına ilişkin irade beyanının yargısal faaliyeti tamamen sonlandırmaması halinde söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Henckel, Klagerücknahme, s. 192. Ancak Henckel'in bununla ifade ettiği husus, irade beyanının açıklandığı duruşmanın sona ermemesi iken, biz yargılama giderlerine ilişkin nihai hüküm verilmeden önceki bir zaman dilimini kastetmekteyiz.

¹⁴⁵ Maddî hata ve yanlışlara dayanan davanın geri alınması beyanlarından dönülebileceğini savunan Arens, öncelikle irade açıklamasında bulunurken konunun niteliğinden ve özelliğinden kaynaklanan hataları bu kapsamda maddî hata olarak değerlendirmiş (örneğin, birden fazla dava konusu mevcutken kişinin dönmek istemediği dava konusu hakkında yanlış beyanda bulunması ya

Davacının davanın geri alındığına ilişkin beyanı, davalının açık onay vereceği ya da vermeyeceğini birdireceği ana kadar kendisini bağlar. Kanunda davalının paralel onayını ne zamana kadar vereceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla beraber, bu anın davacının bu yöndeki beyanının davalı tarafından öğrenilmesine bağlı olduğu ve bu andan itibaren verebileceği ilk usûlî tepkide bulunabileceği an ile sınırlanmak gerekir. Keza davalının davacının davanın geri alınması konusundaki irade beyanını geri çevirmesi de davacıyı davanın geri alınmasına ilişkin irade beyanı ile bağlı olmaktan kurtaracak ve sonradan davalı davanın geri alınmasına ilişkin onay vererek davanın geri alınmasını sağlayamayacaktır¹⁴⁶. Davalının davacının davanın geri alınmasına ilişkin talebi karşısında susmasına ilişkin olarak, kanuni düzenlememizde (HUMK m. 185) bir açıklık bulunmamaktadır. Kanımızca davalının susması ya da benzer şekillerde davranması (davayı takip etmemesi vs.) davanın geri alınmasına rıza verdiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu hususta kesinliğin olması, mahkemenin yargılama faaliyeti konusunda gerçekten yetkisinin elinden alındığının tespiti için önemli bir husustur. Bu sebeple davalının davanın geri alınması beyanına vereceği onay açıklaması, açık bir irade açıklaması olmalıdır¹⁴⁷.

Davanın geri alınmasının gerçekleşeceği zaman dilimi, uyuşmazlık konusunda kesin hükmün gerçekleşme anı olarak kabul edilmelidir¹⁴⁸. Bu tarih itibarıyla verilen hükme artık tarafların dokunamayacağı kabul edilmelidir. Mahkemenin hüküm vermekle kendisine düşen görevi ifa ettiğine ve artık verdiği hükmü, hüküm temyiz edilip bozulmadıkça değiştiremeyeceğine ilişkin Yargıtay

da usûlî talebin bir kısmından dönmek isterken tamamından dönmeye yönelik irade açıklamasında bulunması vs.), maddî hataya ilişkin bu yaklaşıma ayrıca davacının davayı kazanamayacağını sanarak dönmesi halini eklemiştir. *Arens*, Willensmängel, s. 53, 134. *Henckel* ise davanın kazanılmayacağı yanılışı ile geri alınması durumunda maddî bir hatanın gerçekleşmediği düşüncesindedir. *Henckel*, Klageänderung, s. 194. *Henckel*, maddî hatanın gerçekleşmesi durumunda irade beyanının feshinin değil, geri alınmasının ve böylelikle irade beyanı öncesi hukuksal duruma geri dönülmesinin daha uygun bir çözüm olduğunu belirterek, bu yöndeki düşüncesini usuli sahada hakların yanlış kullanılmaları durumunda konusunu oluşturan husus hakkında usûlün kaybedilmesi sonucunun meydana geldiğini, nasıl usûlî işlemler maddî hukuksal işlem olamayacaksa, aynı şekilde usûlî işlemlerin bir feshe konu olamayacağına dayandırır. *Henckel*, Klagerücknahme, s. 195.

¹⁴⁶ *Bosch*, s. 35; *Gross*, Klageänderung, s. 18.

¹⁴⁷ Bu husustaki iradenin zımnen ifade edilemeyeceği hakkında bkz. *Kuru*, Medenî, s. 1684; *Pekcanitez/ Atalay/ Özkes*, Medenî, s. 310; *Ulukapı*, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 78; *Hartmann*, Baumbach Komm., § 269 kn. 19.

¹⁴⁸ *Gross*, Klageänderung, s. 18.

kararlarında¹⁴⁹ ifadesini bulan yasak, sadece mahkemenin kendisi için bir anlam taşımakta olup¹⁵⁰, yargısal faaliyetin kanun yolu aşamasında olması da tarafların davayı geri almalarına engel oluşturmaz.

Davanın geri alınması, dava konusu üzerinde tasarrufta bulunabilme ile bağlantılı değildir. Örneğin, boşanma davasının usûlî talebi üzerinde tarafların tasarrufta bulunmaları mümkün değilse de, davacının davalı katılımı ile davasını geri alması mümkün olmalıdır. Çünkü bu durumda sadece mahkemenin yargısal iddia konusundaki inceleme yetkisi elinden alınmaktadır. Bu halde dava konusu üzerinde bir tasarruf söz konusu değildir. Bu yüzden biz gerek boşanma davası gibi kısmen gerekse de tamamen resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda da davanın geri alınmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Usûlün temel amaçlarından biri taraflar arasında hukuksal barışın temin edilmesi olup, bu, dava edilen konu hakkında artık bir daha hukuksal tartışma olmayacak şeklinde hukuksal barışın teminini ifade etmeyebilecektir. Aksi halde medenî yargılamanın amacını, sadece tarafların kesin hüküm elde etme menfaati olarak görmek ve değerlendirmek gerekecektir. Bu nitelikteki davalarda kişilerin uyuşmazlık konusu yaptıkları hususlardan dilekçelerini geri alarak vazgeçmeleri (şiddetli geçimsizlik iddiası vs.) ve uyuşmazlığın temelindeki hayat olayına ilişkin anlaşma yapmış olmaları (örneğin, evliliği ayakta tutma konusunda anlaşmış olmaları vs.), ileride aynı husus hakkında hüküm verilmesini isteyebilecekleri ihtimali düşünülerek sağlanacak usûlî bir barışa engel olamamalıdır¹⁵¹.

Bu sonuç, resen araştırma ilkesinin saf haliyle uygulama bulduğu davalarda da kanaatimizce geçerli olmalıdır. Örneğin, bir nesebin reddi davasında dava edilen husus üzerinde her ne kadar taraf anlaşması mümkün değilse de, davacı tarafın geri alma beyanına davalının onay vermesi ile davanın geri alınması mümkün olmalıdır. Nasıl bu davada yargılamanın başlatılması taraf özgürlüğüne bırakılmış ise, yargısal faaliyetin devam edip etmeyeceği meselesi de yine taraf iradesine bağlı olarak görülmelidir. Kendiliğinden araştırma ilkesine tâbi davalarda olduğu gibi acaba

¹⁴⁹ HGK, 27.10.1965, 9/797-393 (İKİD 1965/59, s. 4133); HGK, 28.05.1986, 3/269-587 (YKD 1987/10, s. 1449 vd.); 15.HD., 15.06.1979, 1403/1472 (YKD 1980/2, s. 262).

¹⁵⁰ Bu anlam, onun için geri alınamazlık (unwiderruflich) anlamına gelmektedir. **Rosenberg/Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 148 kn. 1 (s. 1048).

¹⁵¹ **Walter**, s. 43, 44.

kendiliğinden harekete geçilen davalarda da davanın geri alınması mümkün olmalı mıdır? Biz davanın geri alınması konusunda dava edilen ve maddî hakla ilişkilendirilen usûlî talep üzerinde bir tasarrufun gerçekleştiğini düşünmediğimizden (sadece mahkemeye verilen yetkinliğin geri alınması ve görevin sonlandırılması olarak gördüğümüzden), davayı açan cumhuriyet savcısının aynı şekilde karşı tarafın onayını alarak davayı geri alabileceğini kabul etmeliyiz. Görüldüğü üzere davanın geri alınması kurumunun sadece yargısal faaliyet iddiası ile ilişkilendirilmesi, dava edilen hayat olayının niteliği ve talep sonucunun içeriği ile bir bağ kurulmaksızın değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır.

3. Dosyanın İşlemden Kaldırılması ve Davanın Açılmamış Sayılması

a. Genel Olarak

Özel hukuk sahasındaki anlaşmazlıklar mahiyetleri gereği davacının (ilgilisinin), arzu ettiği hukukî korunma konusunda talepte bulunmasını gerektirmektedir. Bunun üzerine devlet, taraf iddiaları kapsamında uyuşmazlık konusunda haklılık haksızlık değerlendirmesini yapacak ve haklıyı koruyacaktır. Adlî hizmet devlet tarafından yerine getirilecektir. Bu görevin önceden belirli usûl kurallarına bağlı kalınarak doğru bir şekilde yerine getirilmesi, hukukî korunma taleplerinin karşılanması ve sosyal devlet bakımından önem taşımaktadır. Bu önemi sebebiyle yargılamanın işleyişine ve sevkine ait usûl hukuku kuralları emredici karakterde olup, bu sebeple medenî yargılama hukukunda, davayı kazanmak isteyen tarafın sadece haklı olması gerekmekte, aynı zamanda usûlün görülmesi ve sonlandırılması süresince emredici nitelikteki bu usûlî kurallara riayet etmesi de gerekmektedir¹⁵². Bu husustaki denetim ise, yargılama faaliyetini yapan mahkeme tarafından kendiliğinden yerine getirilir.

Böylelikle tarafların yargılamanın işlemesine ilişkin kurallara bağlı kalınması, bu yolla yargılama faaliyetinin uzun sürmesinin önüne geçilmesi ve etkin hukuki korunmanın sağlanması amaçlanmıştır. Bu amaç dolayısıyladır ki, tarafların vakıa iddialarını şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde ileri sürmek, delilleri bildirmek

¹⁵² Aygün, Davanın, s. 830.

ve ibraz etmek gibi yapmakla yükümlü olduğu ödevleri bulunup, bu ödevlerini usûl kuralında öngörülen şekil ve sürede yerine getirmeleri gerekmektedir. Bununla taraf iradelerine bağlı kalınarak davanın savsaklanması önlenmek istenmiştir. Bu hususlara aykırılık halinde ise, usûl hukuku bir takım sonuçlar öngörmüştür. Örneğin, tarafın isticvap davetiyesine uymaması halinde açıklama beklenen husus hakkında tarafın ikrarda bulunmuş sayılması yahut davalının davacı iddialarını cevapsız bırakmasının iddiaların inkârı anlamına gelmesi, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu sonuç dolayısıyla verilecek mahkeme hükmünün maddî gerçeğe olan kurgusu her zaman için eleştiri alacaktır. Ancak biz yargılama faaliyetinin herhangi bir aşamasında meydana gelecek tıkanıklığın, devletin hukukî korunma talebinin karşılanması konusunda kendisine düşen sorumluluğu ortadan kaldırmadığını ve taraf davranışlarına bağlı olarak bir takım usûlî sonuçların doğabileceğini '*usûlî hakkaniyet*' gereği kabul etmekteyiz. Bu durumda tarafların bir şey yapmaması, süresinde bir şey yapmaması, usûl kuralının öngördüğü şekilde yapmaması gibi taraf davranışlarına kanunun bağladığı sonuçlar, mahkemenin taraf iddialarına ilişkin yargısal faaliyet ifasını engelleyen bir taraf vazgeçmesini içermeyecek, bilakis bu usûlî işlemler için öngörülen sonuçlar üzerinden yargısal faaliyet ürünü karar verilecektir¹⁵³.

Tarafların duruşmalara katılarak ilgilisi oldukları yargılamayı sürdürmemesi, isticvapta olduğu gibi taraf davranışından özel bir usûlî sonuç çıkarılmasına olanak vermediği sürece, mahkeme usûlî talep ve iddialar hakkında yargısal bir sonuca ulaşamayacaktır. Bu durum, yargılamanın görülmesine yönelik taraf eylemsizliğinin söz konusu olması ve duruşmalara taraf katılımının gerçekleşmemesi durumunda bir çözüm değil, bilakis sorunun hukuk politikası açısından tartışılabilirliğini ortaya koyar. Bir başka deyişle, duruşmaya katılım, liberal hukuk anlayışında tarafın iradesine bırakılmış bir yetki, sosyal hukuk anlayışında mahkemenin işleyişi konusunda tarafa yüklenmiş bir ödev olarak görülecek¹⁵⁴ ve her

¹⁵³ *Alangoya*, imza inkârında bulunan kişinin duruşmaya gelmemesi halinde icra mahkemesi tarafından itirazın geçici kaldırılması durumunu örnek vererek, bu durumun ancak özel bir kanun düzenlemesi ile mümkün olacağını belirtir. *Alangoya*, Yargılamanın Sevindeki, s. 109 dn. 70 paragraf 4.

¹⁵⁴ *Dolinar*, Alman ve Avusturya hukuklarını tarihsel açıdan değerlendirirken bu farklılığa satır aralarında temas etmektedir. *Dolinar*, s. 6, 7. Bu konuya ilişkin liberal hukuk yaklaşımı ile sosyal hukuk görüşü açısından yapılan ayrı bir değerlendirme için bkz. *Üstündağ*, Tartışmalar, 1711 Sayılı Kanun Sempozyum, s. 124, 125, 126.

iki anlayışın gereği olarak da yargılamaya (duruşmalara) katılmamaya farklı usûlî sonuçlar bağlanabilecektir. Örneğin, tarafların duruşmaya gelmesi konusunda tarafların zorlanamayacağı düşüncesinin hâkim olduğu liberal hukuk anlayışı bakımından, duruşmaya katılmayan tarafın (tarafların) duruşmaya zorla katılımının sağlanması ya da katılmadığı zaman mahkemenin yaptırım uygulaması söz konusu olmayacak ve buna aykırı düzenlemeler ise, usûl sistemine aykırı olarak değerlendirilecektir.

Bu hususta Alman düzenlemesine baktığımızda (m. 278 III); uzlaşma (güteverhandlung) oturumuna gelmeyen tarafa, diğer tarafın gelip gelmemesine bağlı olmaksızın disiplin para cezası verilmektedir. Bu zorlayıcılık, hukukî barışın bir an evvel temin edilmesi bakımından belki mazur görülebilir, ancak usûlün irade özgürlüğü esasına ve buna dayanan sistemine aykırıdır¹⁵⁵. Duruşma işleyişinin hâkim tarafından yerine getirilmesi ile tarafların duruşmalara katılımının, mekân ve zamansal açıdan birbirlerini tamamlayarak gerçekleşmeleri, davaya tarafın katılmaması durumunu taraf serbestisi ile açıklayan liberal usûl hukuku sistemine, sosyal hukuk anlayışı bakımından yöneltilen eleştirilerin en zayıfını oluşturmuştur¹⁵⁶. Zira, liberal hukuk anlayışına yöneltilen eleştirilerin temel nedeni, kendilerine tanınan sınırsız bir tasarruf yetkisi ile tarafların adaleti yanıltması ve sürüncemede bırakmalarıydı. Oysa sosyal usûl görüşüne sahip olanların kendi araştırmaları göstermiştir ki¹⁵⁷, davaya katılmamaya ilişkin taraf tasarrufuna açık normlar çok az oranlarda davanın sürüncemede bırakılması amacıyla (kötüye) kullanılmış ve dosyası işlemiden kaldırılan davaların da çok az bir oranı tekrardan işleme alınmıştır¹⁵⁸. Taraf

¹⁵⁵ Bu hüküm, kanımızca medenî hukuk uyumsuzluklarında tarafları uzlaşmaya zorlayan ve hatta bunu yaptırma bağlayan bir düzenleme olması sebebiyle, ayrıca taraf özgürlüğüne de aykırıdır. **Jauernig**, Zivilprozessrecht, § 78 I (s. 328).

¹⁵⁶ Tarafların davaya katılmasına ilişkin düzenlemelerde Alman ve Avusturya kanun koyucularının her zaman taraf hâkimiyeti karşısında, hâkim hâkimiyetini geriye itmek zorunda kaldıklarına ilişkin tarihsel bakış açısı ve tespit için bkz. **Dolinar**, s. 9, 10, 11.

¹⁵⁷ **Klein-Engel**, Der Zivilprozeß Österreichs, 1927, s. 258 vd (Naklen, **Dolinar**, s. 10).

¹⁵⁸ HUMK m. 409'da değişiklik yapan 1711 sayılı Kanunun maddeye ilişkin değişiklik gerekçesi “..davaların zaman zaman takipsiz kalması, işin sürüncemede bırakılması amacı ile sık sık başvuru yollarından biridir. Bu çeşit kötü niyete dayanan halleri önlemek amacı ile, bir takım yenilikler getirilmiş ve bazı kayıtlayıcı hükümlere yer verilmiştir.” (Naklen, **Öktemer**, HUMK’nun 409/2. Maddesi, s. 18; **Alangoya**, Yargılamanın Sevkindeki, s. 117, 118. Hukuk uygulamamızda bu hususta güncel bir istatistik tespit edilememiştir.

tasarrufuna açık bu normlar, yargısal çekişmeyi 'sonsuz barış' 'la sonlandırmakla onlar tarafından hatta olumlu olarak değerlendirilmiştir¹⁵⁹.

Kanaatimizce davayı devam ettirmeme konusundaki taraf davranışları, usûlde doğurdukları etki ile değil, hukukî korunma sağlanmasını gerçekleştirmeye yönelik taraf arzusunun ortadan kalkması ile açıklanmalıdır. Bununla davanın işleyişi üzerinde liberal hukuk anlayışı kapsamında tarafların istedikleri gibi hareket edebileceklerini savunmamaktayız. Bu kapsamda savunduğumuz husus, sadece davanın işleyişi esnasında tarafların yargısal faaliyet iddialarını geriye çekebilecekleridir. Zira bu husus, tarafın hak arama özgürlüğü¹⁶⁰ ve usûlî sahada hak talep etmekle hiç kimsenin bu alanda sonuç alınuncaya kadar kovuşturmaya devam etmek zorunda olmadığı (*terminus circumductus*), esasına dayanır. Bu sebeple biz dosyanın işlemiden kaldırılmasını veya davanın açılmamış sayılmasını bir yaptırım olarak görmemekteyiz. Bu düşüncemiz, davanın kapsamını sadece liberal bakış açısıyla değerlendirmemize dayanmamaktadır. Ayrıca tarafların duruşmayı takipsiz bırakmaları durumunda, takipsiz bırakılmanın altında yatan sebebin çoğu zaman mahkeme tarafından bilinmemesi, davanın takipsiz bırakılması ile meydana gelen sonuçları bir yaptırım olarak değerlendirmeye¹⁶¹ engeldir. Aksi bir değerlendirmenin tehlikeli ve usûlün amacına aykırı olacağını düşünmekteyiz¹⁶². Zira uyumsuzluk konusu üzerinde tarafların anlaşmış olmaları, usûlün gerçekleşmesini hedef aldığı amaçlardan biridir. Tarafların bu hususta açık anlaşma yapmaları ya da ortak hareket ederek davaya katılmamaları, amaç gerçekleşmişken bunu bir yaptırım olarak görmeye engeldir.

Davanın takipsiz bırakılmasını yaptırım olarak değerlendirmek kanaatimizce aynı zamanda tehlikelidir de. Zira, bu durumda maddî hukuk

¹⁵⁹ Klein-Engel, Der Zivilprozeß Österreichs, 1927, s. 258 vd (Naklen, Dolinar, s. 11).

¹⁶⁰ Hak arama özgürlüğü, aynı zamanda kullanılan bu hakkın somut olayda kullanılmasından vazgeçmeyi de kapsar. Bu, maddî hukukta doğan hakkın feragate konu olması gibidir. Kullanılmadan evvel hukukî korunma talebinden vazgeçilmesi kabul edilemez (*Tarafların tahkim konusunda anlaşmış olmaları, sadece uyumsuzluğun yöneltileceği ve inceleneceği muhatabın değiştirilmesini konu aldığından, hukukî korunma talebinden önceden vazgeçmeyi ifade etmemektedir.*). Şu durumda savunduğumuz husus, sadece yargısal faaliyetin devam edip etmeyeceği konusunda tarafların tasarruf edebilecekleridir. Bunun dışında kanundan kaynaklanan istisnalar saklı kalmak üzere (Harçlar Kanunu m. 30), tarafların yargılamanın sürdürülmesine ilişkin olarak hâkim yetkilerini kısıtlaması usule yabancı kabul edilmelidir.

¹⁶¹ Ulukapı, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 144.

¹⁶² Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 126 kn. 2 (s. 879).

işlemlerinde geçerli olan kurallar kıyasen yargılama hukuku sahasına aktarılmaya ve maddî hukukun iptal yaptırımı ile açıklanmaya çalışılacaktır¹⁶³. Oysa, iptal edilen maddî hukuk işlemi, tarafların iptale konu işlem sebebiyle karşılıklı ve farklı taleplerde bulunmalarına sebep olmakta iken (hatta yapılan işlemin bu yolla geçersiz hale geldiği tespiti konu olurken), davanın açılmamış sayılması bu tür ya da benzer bir etkiyi doğurmaz. Ayrıca maddî hukuk işlemlerine ait kurallar, medenî yargılama hukuku alanında kıyas yoluyla uygulama da bulamazlar¹⁶⁴. Kaldı ki yaptırım kuralları, hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak ve zorlamak için kanunlarda yer alırlar¹⁶⁵. Oysa dosyanın işlemten kaldırılması ve davanın açılmamış sayılması, açılan davanın kötü niyetle takipsiz ve sürümcemede bırakılmasını önler ve davanın olabildiğince hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasını sağlar (HUMK m. 77), yoksa tarafların davalarını takip etmeleri konusunda bir zorlamayı içermez¹⁶⁶. Nasıl tarafların, hâkimin yargılamayı yürütmesine ve görmesine ilişkin yetkilerini ortadan kaldırması mümkün değilse, hâkimin de yargısal faaliyet iddiasında bulunan taraf ile buna muhatap olan tarafı, yargısal faaliyete iştirak etme konusunda zorlamaya hakkı bulunmamaktadır. Hâkime yargılamayı olabildiğince çabuk ve düzen içinde yürütmesine ve gereksiz masraflara yol açmamasına ilişkin verilen yükümlülüğün sınırı, şüphesiz tarafların yargısal faaliyeti devam ettirme konusundaki iradeleri kapsamındadır¹⁶⁷. Değerlendirmemizi bu kapsamda tutmuyor olsaydık, o zaman duruşmaya taraf katılımının sağlanmadığı durumlarda, gelmeyen tarafı zorla duruşmaya getirmek gerekecekti. Hatta adaleti temin etme düşüncesiyle medenî yargılama hukukunu, adlî hizmet yapılandırılmasından sadece anayasal faydanın gerçekleşeceğinin beklendiği sosyal bir kurum olarak görmek gerekecek ve tarafların yargılamayı devam ettirmeme konusundaki irade açıklamalarına değer vermeksizin, onlara rağmen hâkim davayı yürütmek ve hükümle sonuçlandırmak zorunda kalacaktı.

¹⁶³ İyimaya, Sorumluluk, s. 241 vd.; Ulukapı, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 144.

¹⁶⁴ Maddî hukuk işlemlerine ait kuralların kıyas yoluyla medenî yargılama hukukunda uygulama bulamayacağına ilişkin bkz. Arslan, Dürüstlük, s. 46 dn. 134; Dolinar, s. 35.

¹⁶⁵ Yılmaz, Sözlük, s. 864. Ayrıca bkz. Aral, Hukuk, s. 67.

¹⁶⁶ Özdemir, s. 42, 43.

¹⁶⁷ Özdemir, s. 43.

b. Taraf Davranışlarının Yorumlanması

Dosyanın işlemiden kaldırılması, taraf iradesine bağlı olarak derdest davanın durmasıdır. Kanunun tarafların davanın yürütülmesine ilişkin davranışlarına bağladığı bu usûlî sonuç, kanaatimizce, tarafların davayı açıkça takip etmeyeceklerini bildirmesi durumu hâriç, kanun koyucunun taraf iradelerini yorumlaması (*taraf katılımı olmaksızın yargılama yürüyemeyeceğinden yorumlamak zorunda kalmasına*) suretiyle ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle dosyanın işlemiden kaldırılması, taraf davranışlarına ilişkin bir yorum sorunudur ve bundan dolayı taraf katılımının sağlanmadığı durumlara, her yargılama kanunu farklı düzenlemeler getirmiştir. Örneğin, Alman Yargılama Kanununda (§ 227, 251, 251 a) her iki tarafın mazeretsiz duruşmalara gelmemesi halinde, mahkeme dosyanın işlemiden kaldırılması seçeneği dışında dosyanın mevcut durumuna göre hüküm verme ya da yeni bir duruşma günü belirleme seçeneklerine sahiptir. Buna karşılık Türk ve Avusturya medenî yargılama kanunlarında (HUMK m. 409, öZPO § 168), her iki tarafın davaya katılmaması durumunda mahkemenin taraf iradelerini dosyanın takipsiz bırakılması şeklinde değerlendireceği ve dosyanın işlemiden kaldırılması kararı vereceği düzenlemesi yapılmıştır. İsviçre'nin 01.01.2011'de yürürlüğe girecek Federal Yargılama Kanunu'nda ise, taraflar, duruşmaya katılmamalarını gerektiren haklı bir gerekçeleri olduğu konusunda hâkimi inandırmamışlarsa, mahkeme talebin reddi ve yargılama giderlerinin taraflara eşit bölünmesine karar verecektir (Bundesgesetz Über den Bundeszivilprozess § 12 Abs. 5). Tek tarafın yargılamaya katılmaması durumunda ise, Türk hukuku düzenlemesi duruşmaya iştirak eden taraf iradesine, (istisnaları saklı olmak üzere) duruşmanın karşı tarafın yokluğunda görülmesi (HUMK m. 213 f. 2; 377 f. 1) ve dosyanın işlemiden kaldırılması seçeneklerini (HUMK m. 409 f. 1) sunarken, Alman hukuku düzenlemesi duruşmaya gelen tarafın iradesine gıyap yargılaması şeklinde yargılamaya devam etme ile dosyanın mevcut durumuna göre hükümle sonuçlandırılmasını isteme olanaklarını vermektedir. İsviçre Federal Yargılama Kanununda ise, tek tarafın duruşmaya katılmaması durumunda dava onun yokluğunda ve şimdiye kadar yargılamaya getirdikleri kapsamında görülmeye devam edecektir. (Bundesgesetz Über den Bundeszivilprozess § 12 Abs. 1). Buna karşın Avusturya Hukuku'nda tek tarafın duruşmayı katılmaması, gelen tarafın iradesine bakmaksızın yapılan duruşmadaki usûlî işlemleri artık yapamaması sonucunu doğurmakta olup (öZPO § 145, 146),

gelen tarafa, gelmeyen tarafın katılmadığı duruşma (sözlü yargılama aşamasından evvelki) ilk duruşma ise yahut katılmayan taraf davaya cevap vermeyerek duruşmaya katılmamış ise, iddialarının haklılığı konusunda gıyap hükmü verilmesini isteme hakkı (özZPO § 396); yok eğer gelmeyen tarafın katılmadığı duruşma sözlü yargılama ve hüküm duruşması ise gelmeyen tarafın başkaca iddia ve deliller sunamayarak yargılamanın devam etmesini istemeye hakkı bulunmaktadır (özZPO § 399). Tek tarafın yargılamaya katılmaması durumunda davanın gelen tarafın iradesine bağlı olarak yürütülebileceğine ilişkin bahsi geçen kanunlardaki ortak yaklaşım, iki tarafın katılımı ile (daha doğrusu davalının davacı iddialarını reddetmesi ile) ancak bir yargısal faaliyetin görülebileceğine ilişkin Roma hukukuna ait düşüncenin terk edildiğini göstermektedir. Bu terkin gerekçesini, medenî yargılama hukukunun hukukî korunma taleplerinin karşılanması konusunda sahip olduğu endişeyi, tarafların usûlî talebi tartışmaları zorunluluğuna tercih etmesinde görmek gerekecektir¹⁶⁸.

c. İki Tarafın Yargılamaya Devam Etmeyeceklerini Açıklaması

Duruşmaya ilişkin tarafların sergiledikleri tutumun, iki tarafın duruşmaya katılarak yargılamaya devam etmeyeceklerini açıklaması olmasına, kanun koyucu dosyanın işlemde kaldırılması sonucunu (HUMK m. 409) bağlamıştır. Duruşmaya katılan tarafların yargılamaya devam etmeyeceklerini açıklaması ile kanunun buna bağladığı sonuç, kanaatimizce doğru değildir. Zira, bu durumda tarafların irade beyanları duruşmanın yapılmamasına yönelmiş değildir, bilakis taraflar açık bir usûlî işlem (sözleşme) ile yargısal faaliyet iddiasından mahkemeye yönelik irade açıklamasında bulunarak birlikte vazgeçmektedirler. Bu durumda ortada davanın takipsiz bırakılacağına ilişkin bir anlaşma vardır ve bu anlaşmanın konusu, yargısal faaliyetin yapılmasına ilişkin taleplerin geri alınmasıdır. Tarafların yargısal faaliyet iddialarını geri almalarının altında yatan sebep hâkimi ilgilendirmez. Tarafların dış dünyada sulh ya da başka bir anlaşma yapmış olmaları, yargısal faaliyet iddiasının geri alınması bakımından önem taşımaz. Önemli olan tarafların usûlî anlaşma yoluyla, derdest yargılama faaliyetini gören mahkemenin yetkisini elinden almış

¹⁶⁸ Berkin, Dâva ve Kaza, s. 404.

olmalarıdır. Burada aslında kanaatimizce geri alma ve onay iradelerinin bir arada bulunduğu basit haliyle bir davanın geri alınması kurumu söz konusudur. Bundan dolayı tarafların duruşmaya katılarak yargılamaya devam etmeyeceklerini açıklaması, dosyanın işlemden kaldırılması sonucunu doğurmamalıdır. Tarafların açık bir şekilde yargısal faaliyet iddiasından vazgeçtikleri bu durumda, üç ay daha devam etmek istemedikleri bir davanın tarafı olmalarının bir anlamı ve yararı bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu durumda esasen hâkimin, tarafların davanın geri alınmasını mı istediklerini yoksa takipsiz bırakılmayı mı istediklerini de ayırt etmesi kolay ve mümkün olmayabilecektir. Zira her iki durumda da taraflar davayı takipsiz bırakacaklarına ilişkin iradelerini mahkemeye yöneltmektedir. Kanuni düzenleme itibarıyla iradelerin açıklanması bakımından tek fark, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 185'te irade açıklamasının öncelikle davacı tarafça gerçekleştirilmesi gerekmekte iken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 409/I'de her iki tarafın bir sıraya bağlı olmaksızın biri diğerini takip edecek şekilde irade beyanlarını mahkemeye sunmuş olmalarıdır.

Tarafların yargısal faaliyete bir süre ara verilmesine ilişkin anlaşma yapmaları, yargılama kanunumuzda açık düzenlemesi olmayan bir konudur. Biz, yargılama kurallarının nitelik olarak emredici karaktere sahip olduğunu düşündüğümüzden, açık bir düzenleme olmadığı sürece, yargısal faaliyetin taraf iradesine bağlı kalınarak durdurulmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Ancak değişik gerekçelerden dolayı (uzlaşma arayışı, sulh görüşmesi gibi önemli sebeplerin bulunması durumunda) yargısal faaliyetin uyumsuzluğun özelliğine göre geçici olarak durması konusunda, dosyanın işlemden kaldırılmasına yol açmaksızın tarafların anlaşma yapabilmelerine ve bir süre yargılamayı durdurmalarına olanak tanınması gerektiğini düşünmekteyiz. Tarafların yargılamanın işleyişi üzerinde bu şekilde bir tasarrufta bulunmalarının görülen hizmetin kamu hizmeti olması sebebiyle sakıncalı olacağı ve hatta kötü niyetle kullanılabileceği şüphesiz düşünülebilecektir¹⁶⁹. Biz bu ihtimalin, menfaat çatışmasının gerçek anlamıyla söz konusu olduğu bir yargılamada çok az olduğunu düşünmekteyiz. Şüphesiz böyle bir yola tarafların başvurma olanağı, ancak bazı önemli nedenlerden dolayı (sulh

¹⁶⁹ Hukukumuzda esasen yargılamanın işleyişine ilişkin hâkim yetkisinin aşıldığı ve tarafların tasarruflarına bırakılmış konular zaten mevcuttur. Avukatların takip ettikleri davalarda, makbuz karşılığında birbirlerine tebligat yapabilmeleri, (TebK m. 38, TebT m. 58) ve mahkemenin kararı olmaksızın diğer tarafa adli kağıt ve belge tebliğ edebilmeleri (AvK m. 56/IV) gibi.

görüşmeleri vs.) verilmelidir. Kaldı ki, uzlaşma ve sulh gibi gerekçelerle yargılamanın durdurulması, bu yolla bir anlaşma gerçekleştirildiğinde, hem mahkemenin yargısal faaliyet ile meşgul olarak zaman ve iş israfına engel olacak hem de bu arada takipsiz bırakılması sebebiyle davanın açılmamış sayılması sonucunu engelleyerek, anlaşmanın sağlanmaması durumunda tarafları yeni bir dava açma yükünden kurtaracaktır. Bu hususta davanın taraflarına önemli sebeplerle yargısal faaliyete ara verme olanağı tanıyan Alman Yargılama Kanununun 251. maddesindeki düzenlemenin, bu yolla kendisinden beklenen fayda dikkate alındığında bir kamusal hizmetin görülmesine zarar vermediğini ve yararı sebebiyle hukukumuz açısından da değerlendirilebileceği düşünmekteyiz.

d. İki Tarafın Duruşmaya Gelmemiş Olması

Davanın her iki tarafının duruşmaya gelmemiş olması durumunda ise, tarafların karşılıklı bir anlaşma içinde yargısal faaliyet iddialarından vazgeçtiklerini ve bu sebeple davayı takipsiz bıraktıklarını söylemek çok da kolay olmayacaktır. Zira bu husustaki taraf irade açıklamaları, tarafların sözleşmeyi maddî fiillerle kurmasındaki gibi bir açıklığa¹⁷⁰ sahip değildir. Şüphesiz tarafların davayı takipsiz bırakmalarının altında yatan sebep, mahkeme dışında uyuşmazlığı çözen bir maddî hukuk anlaşması ya da davanın takipsiz bırakılması konusunda gerçekleşen bir anlaşma olabilir. Ancak bunlar mahkemeye yansıtılmamakla, mahkeme, yargısal faaliyet iddiasının geri alındığına ilişkin bir karar ya da uyuşmazlığın ortadan kalktığı sonucuna varmakta olup, bu hususta yargısal faaliyet ürünü karar verecek durumda değildir. Takipsiz bırakılmanın altında yatan gerekçelerin bilinmemesi, kanun koyucunun eldeki sonuçtan yola çıkarak yorum yapmasını (kanun müdahalesini) ve bu hususta düzenleme yapmasını haklı olarak zorunlu kılmaktadır. Bu sonuç, tarafların davayı takip etmeyeceklerini bildirmemelerinden dolayı değil, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 67 f. 3'e göre, duruşmaya gelemeyecek olan tarafların mazeret dilekçesi vererek duruşmanın kısa bir süre ertelenmesini sağlamaları ve davayı takip etme konusundaki iradelerini ortaya koymaları mümkünken, bunu yapmamış olmaları sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple tarafların usûlüne uygun çağrıldıkları duruşmalara katılmaması durumunda,

¹⁷⁰ Tarafın markette alışveriş yaparken su alıp, boş su şişesini kasada gösterip ödemesi vs.

mahkemenin tespitini yaptığı ilk husus, tarafların duruşmaya katılamayacaklarına ilişkin mazeret dilekçesi verip vermedikleri olacaktır. Mazeret dilekçesinin yokluğu durumunda ise, taraf yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği gibi (HUMK m. 213 f. 3), ayrıca dosyanın işlemden kaldırılması sonucu doğabilecektir. Ancak bu halde tarafların duruşmaya katılmaması, yargısal faaliyet iddialarından vazgeçtikleri anlamına henüz gelmemektedir. Bu hususta açıklık ise, ancak belirli bir sürenin geçmesi ile ve davayı takip etmeme yönünde iradelerini ortaya koymaları ile sağlanabilecektir.

Dosyanın işlemden kaldırılması seçeneği yerine, tarafların duruşmaya katılmamaları durumunda mahkemenin davayı dosyanın mevcut durumuna göre sonuçlandırması, yokluklarında devam ederek sonuçlandırması ya da duruşmayı ertelemesi gibi başka düşünülebilecek seçenekler, hukuki korunma talebinin karşılanması açısından acaba daha uygun bir çözüm müdür? Hukukumuzda, duruşma yapılmasının gerekli olmadığı yargılamalar¹⁷¹ ile dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilemeyeceğine ilişkin açık kanuni düzenlemelerin bulunduğu hallerde¹⁷², mahkeme, tarafların duruşmaya katılımı olmasa dâhi davayı görmeye devam edecektir. Bu kabul, kanımızca yargısal faaliyetin duruşmalarla yürütülmek zorunda olduğu davaları kapsayacak şekilde genişletilemez. Çünkü duruşmalar yargısal faaliyete ilişkin usûl işlemlerinin yapıldığı bir vasıta olmakla, tarafların yargısal faaliyeti devam ettirme konusundaki arzu ve iradelerini de ortaya koymalarını sağlar. Bu sebeple tarafların usûlüne uygun çağrılmaları halinde duruşmalara katılmaması, yargısal faaliyeti devam ettirme konusundaki devam iradelerinde tereddütlere yol açacaktır. Kaldı ki duruşmalara katılmama bu yolla tarafların iddia ve savunmalarını

¹⁷¹ İcra mahkemesinde duruşma yapılmasının gerekmediği haller ile tahkim yargılaması. Öğretide cumhuriyet savcısı tarafından açılan davaların takip edilmemesi durumunda, HUMK m. 409'un uygulanacağı ve dosyanın işlemden kaldırılacağı ifade edilmiştir (Kuru, Medenî, s. 4076; Kuru/Yılmaz, s. 244; Ulukapı, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 108). Yargıtay'ın bu hususta ulaşılabilen tek kararı ise derneğin feshi davasının duruşmasına savcının katılmaması durumunda bunun dosyanın işlemden kaldırılmasına yol açmayacağı yönündedir (2.HD., 30.06.1999, 5687/7576 YKD 1999/8, s. 1044). Bu konuda öncelikle dikkate alınması gereken husus, usul hükümlerinin emredici olup, özel hukuka ait bir uyuşmazlığın takip edilmemesi durumunda hâkimin 409. maddeye dayanarak dosyanın işlemden kaldırılmasına karar vermek zorunda olmasıdır. Davanın savcı tarafından açılması, savcı tarafından açılan davanın aynı zamanda maddî bir ilgisinin olması, davanın kamu düzeninin ağır bastığı bir dava olması bu bakış açısıyla bir değer ifade edemeyecektir. Bu durumda hâkim ancak kanunda özel bir düzenleme varsa, takipsiz bırakılan dosyayı işlemden kaldırmayarak davayı görmeye devam edecektir. Çekişmesiz yargı işleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

¹⁷² Kadastro Kanunu m. 29.

ileri sürmelerine ve dinlenilmelerine de engel olacaktır. Kanımızca bu değerlendirme, sadece duruşmalarla sınırlı olmayıp, tarafların derdest davanın devamını sağlayan bir taraf usûlî işlemde bulunmayarak takipsiz bırakmaya ilişkin her taraf davranışı için de geçerlidir ve dosyanın işlemde kaldırılması sonucunu doğurmalıdır¹⁷³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 409/II¹⁷⁴, madde 99¹⁷⁵, Harçlar Kanunu madde 30¹⁷⁶ hükümleri bu bağlamda duruşmalara katılmamaya değil, tarafın usûlî işlem yapmaması (hareketsiz kalması) nedeniyle dosyanın işlemde kaldırılmasına neden olurlar¹⁷⁷. Bu nedenle dosyanın işlemde kaldırılması daha dar anlamda duruşmaya katılmamak ile değil, geniş anlamda takipsiz bırakma kavramı içinde değerlendirilmelidir.

Tarafların duruşmaya katılmamaları halinde dosyanın işlemde kaldırılması seçeneğinin dışında yukarıda da belirttiğimiz gibi, başkaca seçenekler de mevcuttur. Bunlardan biri, mahkemenin davayı dosyanın mevcut durumuna göre hükümle sonuçlandırma yetkisidir ki, bu hukukumuzda düzenlenmemiş bir konudur. Alman

¹⁷³ Dolinar, s. 44. Dolinar, bu kapsamda avukatla temsilin zorunlu olduğu hallerde haklı olarak vekilsiz duruşmaya katılan taraf için de dosyanın işlemde kaldırılması kararı verileceğini düşünmektedir. Dolinar, s. 45. Bu düşünce esasen bizde vekâletnamesiz usûlî işlem yapan vekile vekâletnamesini sunması için verilen süre gibi (HUMK m. 67) değerlendirilebilir.

¹⁷⁴ "Oturum gününün belli edilmesi için tarafların başvurması gereken hallerde, gün tespit ettirilmemiş ise, son işlem tarihinden başlayarak bir ay geçmekle birinci fıkra hükmü uygulanır."

¹⁷⁵ "Hâkim tarafından tâyin olunan müddet içinde teminat verilmezse muhakemede hazır bulunulmamış addolunur."

¹⁷⁶ "Muhakeme sırasında tesbit olunan değer, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunur, takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmaz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 409'uncu maddesinde gösterilen süre içinde dosyanın muameleye konulması noksan olan harcın ödenmesine bağlıdır."

¹⁷⁷ Kanımızca peşin karar ve ilam harcı eksikliğinin taraflarca tamamlanmamasının işlemde kaldırılan dosyanın yenilenmesine engel olması, hak arama özgürlüğüne engel bir hükümdür. Zira aynı nitelikte değerlendirilebilecek olan Harçlar Kanunu m. 28 a bendi ikinci tümcesi (karar ve ilam harcı tamamlanmadan mahkeme hükmünün taraflara verilemeyeceği) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hak arama özgürlüğüne aykırı (hüküm verdiği korumadan yararlanmayı engelleyerek) görülmüş (bkz. Ülger/ Türkiye Davası, Başvuru No: 25321/02, 26.06.2007), yerel mahkemeler tarafından hakkı icra ettirmeye engel Harçlar K m. 28 a hükmü uygulanmamaya başlanmış (4. Asliye Tic. Mah., 31.12.2008, E.2005/89 ve K.2006/358, özel arşiv), Anayasa Mahkemesince 14.01.2010 tarih ve 2009/27 sayılı kararı ile Anayasa'ya aykırı olduğundan iptal edilmiş ve HMK tasarısı ile de hak aramaya engel bu hüküm tadil eden bir düzenlemeye gidilmiştir (m. 306). Aynı nitelikte bir düzenlemeyi içeriyor olması sebebiyle eksik harcın tamamlanmaması durumunda yargısal faaliyetin işlemde kaldırılması ile sonuçlanması, kanımızca hak arama özgürlüğüne aykırı olarak değerlendirilmeli ve harcın ödenmemesi nedeniyle tarafların davalarını takip etmedikleri sonucuna ulaşılmamalıdır. Duruşmalara gelen ve usûlî işlemlerde bulunan tarafın bu eksiklik nedeniyle hakkını aramaktan vazgeçtiğinin kabulü kanımızca mümkün olmamalıdır.

Hukukunda buna olanak veren bir düzenleme mevcut olup (dZPO § 251a), bu düzenlemenin, davanın sürümcemede kalmaması, yenileme dilekçesiyle mahkemenin tekrardan meşgul edilmemesi, uyuşmazlık hakkında ileride yeni bir dava açılmasının önlenmesi bakımından hukukumuzda nakli düşünülebilecektir¹⁷⁸. Biz, hâkime verilecek bu tür bir yetkinin bazı sakıncaları olacağını düşünmekteyiz. Öncelikle mevcut durumun yargılamayı yeterince aydınlatmamış olması durumunda hâkim, bu yetkiyi vakıa araştırması yapabilme kapsamında değerlendirerek kendiliğinden dava malzemesini toplamaya yönelebilecektir¹⁷⁹. Ayrıca bu yetki, davanın yürütülmesi konusundaki taraf iradesinin hâkim tarafından üstlenilmesi olarak değerlendirilecektir ki, bu, usûlün görülmesinin taraf iradesine bırakılan sistemine tamamen aykırıdır¹⁸⁰. Zira, bu durumda davanın maddî ve şekli yürütülmesi konusunda hâkime verilen yetkilerin, yargılamanın kapsamına ilişkin taraf yetkileri üzerine genişlemesinden söz edilecektir. Bir başka tereddütümüz, davanın takipsiz bırakılmasının gerekçesinin tarafların uyuşmazlık hususunda anlaşmaları olduğu durumda, hâkimin dosyanın mevcut durumuna göre vereceği kararın yeni maddî gerçeği ifade etmemesi olacaktır¹⁸¹. Kaldı ki, takipsiz bırakılan davada tarafların hüküm verilmesine ilişkin bir menfaatinin artık bulunmadığı da kabul edilmelidir¹⁸². Bu sebeplerle biz dosyanın işlemde kaldırılması yerine, mahkemenin dosyanın mevcut durumuna göre ya da tarafların katılımı olmaksızın davayı yürütüp hükümle sonuçlandırması seçeneklerinde, usûlden beklenen hukukî barışın sağlanamayacağını düşünmekteyiz.

Bu düşüncemizden sadece, tarafların sözlü yargılama ve hüküm duruşmasına gelmemelerinin, mahkemenin hüküm vermesine engel olamayacağına ilişkin HUMK m. 378, 376 düzenlemesi karşısında tereddüt etmekteyiz. Bu düzenleme, hüküm duruşmasına kadar davanın görülerek olgunlaşmış olması ve tarafların sözlü yargılama ve hüküm duruşmasına gelmemeleri durumunda sonuçları

¹⁷⁸ *Alangoya*, aynı gerekçelerle davanın takipsiz bırakılması durumunda 409 düzenlemesi içinde hâkime dosyanın mevcut durumuna göre davayı hükümle sonuçlandırma konusunda yetki verilmesi gerektiği düşüncesindedir. *Alangoya*, Yargılamanın Sevkindeki, s. 108 dn. 70.

¹⁷⁹ Bu durumun usûlün aleniyet ilkesi ile hukukî dinlenilme hakkını ihlal edeceğine ilişkin bkz. *Özekes*, Hukukî Dinlenilme, s. 142 vd.

¹⁸⁰ *Dolinar*, s. 14; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 28 V (s. 117).

¹⁸¹ *Dolinar*, s. 14.

¹⁸² *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 28 V (s. 118).

konusunda uyarılmış olması sebebiyle kanımızca makûl¹⁸³, ancak tarafların davanın gelinen aşamasına ilişkin değerlendirme yapmamış olmaları nedeniyle hukukî dinlenilme hakkının ihlaline yol açabileceği noktasında eleştirilebilir¹⁸⁴.

Her iki taraf katılmadığı için, hâkimin duruşma gününü ertelemesi seçeneği ise, dosyanın işlemde kaldırılmasında tarafların yenileme dilekçesi vererek yargılamayı zaten devam ettirebilecek olması sebebiyle anlamlı görülmemektedir. Gelinmeyen duruşmanın ertelenmesi, sadece hata ya da başka bir haklı mazeret sebebiyle duruşma gününün kaçırılması durumunda makûl görülecek, tarafların yeni duruşmaya gelmemesi durumunda anlamını yitirecektir. Bu durumda, tarafların duruşmayı takipsiz bırakma iradesi, takipsiz bırakılan duruşmaların sayısı ile ölçülmek zorunda kalacaktır. Takipsiz bırakılan duruşma sayısı, iradenin ortaya konulması bakımından değil belki, ama mutlaka tarafların kötüniyetle davayı takipsiz bırakarak yargısal korunma talebinin karşılanmasını sürüncemede bırakılmasını engelleme bakımından önem taşıyacaktır. İlk defa 1711 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen takipsiz bırakılan duruşma sayısının ilk yenilemeden itibaren 3 defayı aşamayacağına ilişkin düzenlemeyle, taraf istediği zaman davaların takipsiz bırakılarak sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmek arzu edilmiştir¹⁸⁵. Yenilemeden itibaren davanın takipsiz bırakılabileceğine ilişkin adet sayısı, davaların uzatılmasının daha etkin önüne geçilmesine yönelik eleştiriler¹⁸⁶ dikkate alınarak, 3156 sayılı Kanun değişikliği ile 1'e indirilmiştir. Mevcut haliyle tarafların bir yargılamayı iki kere takipsiz bırakabilmeleri olanağı, kanımızca hem usûlün hızlı ve basit bir yargılama hedefinin gerçekleşmesine engel olmakta hem de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 213'e göre gönderilen davetiyelerde duruşmalara katılmaması durumunda davranışının sonuçları konusunda evvelden uyarılan tarafın, uyarıya rağmen takipsiz bıraktığı dosyayı tekrardan yenilemesine imkân vermekle davaların uzatılması amacıyla kötüniyetle kullanılmasına yol açabilecek niteliktedir.

¹⁸³ Alangoya, Yargılamanın Sevkindeki, s. 108 dn. 70.

¹⁸⁴ Özkes, Hukukî Dinlenilme, s. 148; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 28 V (s. 117 vd). Alman hukukunda hüküm duruşmasında (verkündigungsverhandlung) taraflara ayrıca söz hakkı verilmediğinden tarafların ya da avukatların gelmemesi, yargılamanın takipsiz bırakıldığı anlamına gelmez. Sadece sözlü yargılama aşamasına (mündliche verhandlung) tarafların katılmaması durumunda, tarafların davayı takipsiz bıraktığı kabul edilmektedir.

¹⁸⁵ Özdemir, s. 57.

¹⁸⁶ Kuru/ Yılmaz, s. 265; Öktemer, HUMK'nda Değişiklik, s. 477.

Belki ıslahta olduğu gibi, tarafın haklı mazeretini bildirmek zorunda olmadığı bu olanaktan, sadece bir kere faydalanabilmesi bu husustaki tereddütleri ortadan kaldırabilecektir¹⁸⁷.

Dosyanın işlemden kaldırılması, sadece hüküm verilmesi anına kadar gerçekleşecek bir durum değildir. Temyiz sonrasında bozma kapsamında kalarak kesinleşmeyen hususlara ilişkin olarak yürütülen muhakemede de gerçekleşebilecektir¹⁸⁸. Zira bu durumda bozma sonrası duruşmanın kapsamı tarafların bozma kapsamı konusunda yargısal faaliyet iddiaları ile sınırlı olacağından, tarafların duruşmaya gelmemesi açılan davanın bir bütün halinde işlemden kaldırılmasına değil, ancak bozma kapsamında kalan kısma ilişkin olarak dosyanın işlemden kaldırılmasına yol açmalıdır¹⁸⁹.

İşlemten kaldırılan dosyanın yenilenmemesi durumunda davanın açılmamış sayılması sonucuna bağlanması, bir usûlî yaptırım olarak görülmemelidir¹⁹⁰. Zira kişiler dava açmakla ve davayı takip etmekle, hukukî korunma talebinde bulunmaktadır. Davanın açılmamış sayılması, kişilerin bu husustaki taleplerini sonradan ileri sürmelerine engel olamayacaktır. Bu sonuç dolayısıyla, açılmamış sayılan davaya ilişkin hak düşürücü sürenin geçmesi ya da zamanaşımı süresinin dolması ile taraflara bir ceza verildiği düşünülmemelidir. Aksi halde, açılmamış sayılan davanın zamanaşımı süresi dolmadan ya da hak düşürücü süresi geçmeden yeniden açılması durumunda, açılmamış sayılması sonucuna bağlanmış bir yaptırım söz konusu olmayacaktır.

Her iki tarafın da katılmaması sebebiyle dosyanın işlemden kaldırılması ve davanın açılmamış sayılması durumunda yargılama giderlerinin davacı üzerinde

¹⁸⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında bu yönde sınırlı bir değişiklik öngörülmektedir. Tasarının 326. maddesi 4. fıkra hükmüne göre, basit yargılama usûlüne tâbi davalarda dosyanın ikinci kez takipsiz bırakılması, davanın açılmamış sayılmasına neden olmaktadır. Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009.

¹⁸⁸ Atalay, Ö., s. 26; Kuru, Medenî, Cilt: 4, s. 4079 vd.

¹⁸⁹ 13.HD., 02.07.2008, 1570/9249, www.kazanci.com.tr

¹⁹⁰ Ulukapı, Tarafların, Duruşmaya Gelmemesi, s. 144. Başka sistemlerde her iki tarafın duruşmalara gelmemesinin bir yaptırım olarak değerlendirilmesi, davanın durma süresi içinde tarafların davanın yenilenmesini isteyememeleridir. Yani tarafların duruşmaya gelmemesinin yaptırımı, duruşma disiplinine aykırı davranması nedeniyle yargısal faaliyetin taraflar isteseler dahi durma süresi kadar işleyemeyecek olmasıdır (Dolinar, s. 48). Bu durumun bir ceza olarak değerlendirilmesinin usûlün amacı bakımından tehlikeli olacağına ilişkin bkz. Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 126 kn. 2 (s. 879).

kalması da bir yaptırım olarak değerlendirilmemelidir. Zira takipsiz bırakılma sonucu bu faraziye de, aynı zamanda davalının katılmamasıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenlerle her iki tarafın takipsiz bırakması neticesinde davanın açılmamış sayılması, usûlün kendine özgü bir kurumu olarak değerlendirilmeli ve kendisinden beklenen fayda, tarafların iradelerine bırakılmış yargısal faaliyet iddialarını takip etmelerini disiplin altına alma olmalıdır.

e. Taraflardan Birinin Duruşmaya Gelmemiş Olması

Davanın duruşmalarına taraflardan sadece birinin katılımının olmaması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 409 düzenlemesine göre, tarafın ilgilisi olduğu davayı kendisi için takipsiz bıraktığı anlamına gelmektedir. 3156 sayılı Kanun değişikliğinden (1985 tarihli) evvel HUMK'nun 398 vd. maddelerinde düzenlenen gıyap kurumu taraflardan birinin davasını takipsiz bırakması durumunda uygulanmaktaydı. Yürürlükten kaldırılan söz konusu düzenlemeye göre, duruşmaya gelmeyen taraf hakkında gıyap kararı verilmekte, bu karar kendisine tebliğ edilerek bir sonraki duruşmaya katılmaması durumunda kesinleşmekte ve yargılamanın sonraki aşamaları hakkında gıyap kararı verilen tarafın yokluğunda görülmekteydi¹⁹¹. Yargılama kanunumuzun kaldırılan bu düzenlemesi, benzer şekilleriyle Alman ve Avusturya hukukunda mevcuttur (öZPO § 396, 398; dZPO § 330, 331). Ancak söz konusu düzenlemeler, tek tarafın davanın duruşmalarına katılmaması ya da katılmakla beraber hareketsiz kalması durumuna sonuç itibarıyla sadece gıyap (yokluk) yargılaması sonucunu bağlamamaktadır. Alman hukukunda duruşmayı takip eden taraf, gıyap yargılaması yapılması yerine ayrıca dosyanın mevcut durumuna göre mahkemenin hüküm vermesini (dZPO 331a) de isteyebilecektir. Kaldı ki mahkeme de, tarafların kendilerine ait bir kusur yüklenilmeksizin duruşmaya katılmadığını ya da duruşmaya katılmak ve usûlî işlemlerde bulunmak için tarafların çok kısa bir süreye sahip olduklarını tespit ederse, yargılamayı gıyap yargılaması olarak görmek ya da duruşmaya gelen tarafın istemi doğrultusunda davayı dosyanın mevcut durumuna göre sonuçlandırmak yerine, duruşma gününü kendiliğinden erteleyebilir (dZPO § 337). Avusturya hukukunda ise sözlü duruşma

¹⁹¹ Bilge/ Önen, Medenî, s. 624.

safhasının geçmekle karşı tarafın artık gıyap yargılamasını talep etmesi mümkün olmayıp, mahkeme yargılamayı devam ettirerek hüküm vermek zorundadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 409 düzenlemesi ise, çok açık bir ifadeyi barındırmamakla birlikte, taraflardan birinin davanın duruşmalarına gelmemesi durumunda, duruşmaya gelen tarafa dosyanın işlemden kaldırılması ya da davanın devam etmesi hususlarında seçim hakkı sunmaktadır. Birinci seçeneğin seçilmesi durumunda işlemden kaldırılan dosya, taraflardan biri tarafından yenilenmekle tekrar görülmeye devam edecektir. Biz bu durumda duruşmaya gelerek dosyanın işlemden kaldırılmasını isteyen tarafın, karşı tarafça dava yenilenmediği sürece dosyanın yenilenmesini isteyebilmesini, kendisi için davayı takipsiz bırakma iradesini açık bir şekilde göstermesi ile uyumlu olmadığını (çelişki yasağı) düşünmekteyiz. Nasıl davanın geri bırakılmasını isteyen tarafın, bu yöndeki iradesi kendisini hemen bağlamakta ise, duruşmaya katılan tarafın dosyanın kendisi için takipsiz bırakıldığını açıklaması da kendisini kanımızca bağlıyor olmalıdır¹⁹². Duruşmaya katılan tarafın yargılamanın ayrıca devam ettirilerek sonuçlandırılmasını isteme seçeneğine sahip olması, şüphesiz kendi hukuki durumuyla ilgili kesin hüküm elde etme menfaati sebebiyle doğrudur. Bu durumda yokluğunda duruşma görülen taraf, geçerli bir mazereti sebebiyle duruşmaya katılmamış ise, yokluğunda yapılan duruşmadaki işlemlere itiraz edebilecektir¹⁹³.

Biz tek tarafın duruşmaya katılmaması durumunda gıyap yargılaması ile elde edilecek sonucun hukuki barışı temin etme konusunda çok sağlıklı olduğunu düşünmemekteyiz. Zira duruşmaya katılmamakla gelmeyen tarafın kendisine ait bir yargılamada artık dinlenilmemesi ya da gelen tarafın iddia ettiği hususların gelmeyen tarafça ikrar edilmiş sayılarak ispatının aranmaması, verilecek hükmün usûlü hakkaniyet kapsamında kesin hükümle değerlendirilmesinde tereddütlere yol

¹⁹² Şüphesiz HUMK m. 409 düzenlemesinin emredici karakterde olması nedeniyle dosyanın işlemden kaldırılmasını isteyen tarafın da yenileme talebinde bulunması mümkündür. Yargıtay ayrıca dosyanın işlemden kaldırılmasını isteyen tarafın yenileme talebinde bulunmasında hukuki yararının bulunduğunu da düşünmektedir (HGK, 21.03.2007, 8-161/155, MİHDER 2007/3, Sayı: 8, s. 830).

¹⁹³ HUMK m. 213 düzenlemesi sadece lafza bağlı kalınarak değerlendirilerek sanki gelinemeyecek olan duruşmaya yönelik önceden mazeret sunan tarafın, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edebileceği şeklinde dar anlaşılmamalı, gelmeyen tarafın katılmadığı duruşma sonrasında da katılmamasına ilişkin haklı bir mazeret göstererek yokluğunda görülen duruşmadaki işlemlere itiraz edebileceği kabul edilmelidir.

açacaktır¹⁹⁴. Davanın mevcut durumu üzerinden sonlandırılması, gelmeyen tarafın hukukî dinlenilme hakkını ihlâl ettiğinden; duruşma gününün ertelenmesi ise, davayı takip etme konusunda kendisine düşen ödevi yerine getirerek duruşmaya gelen taraf için haksızlık oluşturacaktır. Bu nedenle biz, tek tarafın gelmemesi durumunda gelen tarafın kendi menfaatine ilişkin kesin hüküm elde etme menfaatini de göz önünde bulundurarak, davayı devam ettirip kendi hakkına ilişkin hüküm elde etme ve bunu şimdilik istememekte ise dosyanın işlemde kaldırılması konusunda yetki veren kanunî düzenlememizi (HUMK m. 409) menfaatler dengesine daha uygun görmekteyiz¹⁹⁵. Davayı takip eden tarafın kanundaki bu olanaklardan birini seçmemesi durumunda, bu hareketsizliğinin dosyanın işlemde kaldırılmasını istemesi şeklinde yorumlanması, menfaatler dengesine kanaatimizce çok daha uygundur.

Bir tarafça da gerçekleşmiş olsa davanın takipsiz bırakılması, medenî usûl hukukunda davayı takip zorunluluğunun olmamasına dayanmaktadır¹⁹⁶. Mevcut medenî, yargılama hukuku sistemimizde (HUMK m. 409) davayı takipsiz bırakma, her iki tarafın sadece davanın duruşmalarına katılmaması ve davaya ait bazı usûl işlemlerinde bulunmamasını ifade etmektedir¹⁹⁷. Bu kapsama, davalı tarafın davacının iddialarını karşılıksız bırakması ve kendisine verilen süre içinde savunma yapmaması, kanımızca girmemektedir. Mülga olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 398, 1934 tarihli 2606 sayılı Kanun değişikliğinden evvel ve

¹⁹⁴ *Musielak*, gıyap yargılamasında verilen hüküm tarihinden sonra, hüküm konusu yapılan hayat olayına ilişkin bir değişiklik yaşanmadığı sürece, değişmeyen hayat olayının sırf gıyap yargılaması ürünü olması sebebiyle kesin hüküm oluşturmayaacağı düşüncesinin yanlış olduğunu düşünür. *Musielak*, Grundkurs, § 4 kn. 180 vd (s. 111 vd). Şüphesiz, maddî kesin hüküm bir yargısal faaliyete ilişkin tarafların getirdiği malzemelerin ve bunlara ilişkin davranışların değerlendirilmesine dayanmaktadır. Bu değerlendirmede, bir ispat faaliyetine dayanabileceği gibi, sonuçları hakkında uyarılan tarafın davranışlarına bağlı olarak da yapılabilecektir (HUMK m. 230; 337). Ancak, bir tarafın duruşmaya katılmaması (sonrasında itiraz etme olanağından bağımsız olarak), gelen tarafın iddia ettiği vakıaların bütününe ilişkin ispat yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalı, özellikle davacının duruşmaya gelmemesi durumunda (dZPO § 330) herhangi bir altlama faaliyeti de olmaksızın davanın esastan reddi sonucunu doğurmamalıdır. Bu sonuç, kanımızca usûlî hakkaniyet ile açıklanamaz ve bu noktada hukukun temin edilmesi tehlikeye düşürülmüştür. Bu sonuçla karşılaşan tarafa kanunun itiraz olanağı vermiş olması, kanımızca itiraz edilmeyerek kesin hükmün oluştuğu hayat vakıası üzerinde hukukî yargıyı, usûlî hakkaniyet ile açıklayamayacaktır.

¹⁹⁵ *Kuru*, yargılamanın hızlandırılması ve sonuçlandırılmasına ilişkin sonucun taşıdığı önem sebebiyle bir tarafın duruşmaya gelmemesi durumunda yargılamanın gelmeyen tarafın yokluğunda yapılmasının usûl açısından daha faydalı olacağını düşünmektedir. *Kuru*, 3156 Sayılı Kanunla, s. 2.

¹⁹⁶ *Musielak*, Grundkurs, § 4 kn. 164 (s. 103).

¹⁹⁷ *Ulukapı*, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 39, 40.

günümüzde Avusturya (öZPO § 398) ve Alman Yargılama Kanunu (dZPO § 331 abs.3) düzenlemeleri, davalının Kanunda öngörülen süre içinde cevap vermemesi durumunda davacı tarafın talebi üzerine mahkemenin gıyap kararı vererek davalının yokluğunda yargılamayı görebileceği düzenlemesini içermektedir. Bu halde yapılacak yargılamada davalının davacı iddialarını ikrar ettiği sonucuna varılması ve gıyap yargılamasında atılma faaliyetinin davalının cevap vermeyerek ikrar ettiği kabul edilen davacı iddialarına dayanması, usûlün davalı tarafının iradesi dışında gerçekleşmesi sebebiyle hukukî barışın sağlandığı konusunda yanıltıcı ve davalı taraf iradesinin yorumlanması bakımından yanlış olacaktır.

f. Davanın Açılmamış Sayılması

Dosyanın işlemden kaldırılmasına bağlanan sonuçlarda da kanun koyucunun farklı yaklaşımları görülebilmektedir. Örneğin, Türk hukuk düzenlemesine göre işlemden kaldırılan dosya 3 ay boyunca derdest olup, 3 ay içinde yenilenmemekle, dosyada mevcut davanın açılmadığı sonucu meydana gelmektedir. Aynı sonuç, Fransız Yargılama Kanununda (CPC Art. 399) 3 yıllık bir derdestlik ve yenileme süresi öngörülerek düzenlenmiştir. Aradaki tek fark, Fransız Yargılama Kanununda derdestliğin ortadan kalkması ve davanın açılmamış sayılması sonucunun doğmasının tarafların bu hususta talepte bulunmalarına bağlı olmasıdır. Türk hukukunda ise bu sonuç kendiliğinden doğmakta olup, bu hususta hatta mahkemenin açık bir karar vermesine de ihtiyaç duyulmamaktadır¹⁹⁸. Avusturya Yargılama Kanunu ise, dosyanın işlemden kaldırılması ile duran davanın derdestlik süresine değil, yenileme süresine bir kısıtlama getirmiştir. Bu durumda, taraflar daha farklı bir durma süresi (yenileme süresi) tespit etmemiş iseler, işlemden kaldırılan dosya, işlemden kaldırıldığı tarihten itibaren 3 ay boyunca yenilenemeyecektir. Mahkeme bu hususu kendiliğinden dikkate alabilecektir (öZPO § 169). Bu sebeple işlemden kaldırılan dosyanın derdestliği bu sistemde tartışılır olmayacak ve dosya taraflardan birinin (yasal kısıtlılık süresi olan 3 ay ya da karşı tarafla kararlaştırılan davanın durma süresi geçtikten sonra) talebi ile yenileninceye kadar işlemden kaldırılmış olacaktır. Şu durumda davanın açılmamış sayılması gibi bir sonuç meydana gelmeyecektir. Alman Yargılama Kanunu da benzer bir düzenlemeye sahip

¹⁹⁸ Aygün, Davanın, s. 851.

olup, dosyanın işlemten kaldırılması durumunda, dava derdest kalmaya devam edecektir. 2001 Reformu ile söz konusu düzenlemede 3 aylık olan yenileme yasağı süresi (sperrfrist) ortadan kaldırılarak, işlemten kaldırılan dosyanın taraflarca bir süre sınırlamasına bağılı olmaksızın istedikleri zaman yenilenebileceğı düzenlenmiştir (dZPO § 251 a).

İşlemten kaldırılan dosyanın, davanın açılmamış sayılmasına sebep olacağına ilişkin düzenleme ile yenileninceye kadar davanın derdest kalacağına ilişkin farklı iki sistemin olması, sistemlerin tasarruf ilkesi ile ne kadar çok bağılı olduğu ile ilgili değildir¹⁹⁹. Bu düzenlemelerin altında yatan sebep, dosyanın işlemten kaldırılmasına ilişkin hükümlerin, taraflarca kötüye kullanılıp kullanılmamaları olarak görülmüştür²⁰⁰. Gerçekten de hukukumuzda asıl uyuşmazlık konusunda açılan davayı uzatmak amacıyla tarafların bir takım davalar açtığı ya da sırf zamanaşımını kesmek uğruna davaların açıldığı görülmektedir²⁰¹. Bu sebeple dosyanın işlemten kaldırılması sonucuna süreye bağılı olarak hem davanın açılmamış sayılması sonucu bağlanmış hem de dosyanın işlemten kaldırılması sayı olarak sınırlandırılarak davaların bu yolla uzatılmasının önüne geçilmek istenilmiştir²⁰². Her iki sistem değerlendirildiğinde, dosyanın işlemten kaldırılması ile duran davanın derdestliğinin muhafaza edilmesi ve tarafların herhangi bir süre ile kayıtlı olmaksızın davayı yenilemelerinin usûl ekonomisi açısından daha tercih edilebilir olduğu düşünölebilecektir. Biz, (özellikle kendi hukuk uygulamamız bakımından) tarafların kötü niyetle dava açmalarını ya da açtıkları davayı sürümcemede bırakmalarını engelleme bakımından davanın açılmamış sayılması sonucunun, belirli bir süreye bağılı olarak gerçekleşmesi ile dosyanın belirli bir sayıda ancak işlemten kaldırılabilceğine ilişkin düzenlemenin usûlden beklenen amaç ve faydalar bakımından bir gereklilik olduğunu düşünmekteyiz. Bu kapsamda dosyanın işlemten kaldırmasının altında yatan sebep ve özellikle dosyanın işlemten kaldırılış şekli değerlendirilmelidir. Örneğın, tarafların uyuşmazlık konusunda dışarıda anlaşma yaparak bunu sırf usûlî sahaya aktarmamış olmaları durumunda, sağlanmış bir hukukî barışa rağmen, usûlün derdest bir dava ile tamamen taraf iradesine bırakılmış

¹⁹⁹ Ulukapı, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 39, 40.

²⁰⁰ Alangoya, Yargılamanın Sevkindeki, s. 90; Doğan, s. 4, 5; Özdemir, s. 43.

²⁰¹ Özdemir, s. 43.

²⁰² Berkin, Noterlik s. 390, 391; Ulukapı, s. 112, 117, 118.

belirsiz bir süre yüklü olması, usûlün taşıdığı hukukî barışın sağlanması amacı ve etkin hukukî koruma ile açıklanamayacaktır. Bu sebeple tarafların sulh görüşmesi, uzlaşma arayışı içinde olmaları gibi haklı görülebilecek sebeplerin dışında, yargılamaya ara vermeleri ve davanın derdestliğinin muhafaza edilmesi, etkin hukuki korumanın temin edilmesi amacına zarar verecek ve belki fiiliyatta taraflar arasında gerçekleşmiş bir anlaşmayla hukukî barış sağlanmışken, mahkemenin lüzumsuz bir yük ile yüklü olmasına neden olacaktır. Özellikle bu sonuç, zamanaşımının olmadığı haklara ilişkin açılan davalar bakımından büyük bir rahatsızlık yaratacaktır.

Davanın açılmamış sayılması, kanuni düzenlememizde doğurduğu etki bakımından davanın geri alınması ile aynı kapsamda değerlendirilmelidir. Her ikisinde de davanın derdestliği ve dava açılmaya bağlanan sonuçlar, geçmişe etkili olarak sona ermektedir. Sadece davanın geri alınması davalının onay vermesi ile hemen gerçekleşir iken; davanın açılmamış sayılması, işlemden kaldırılan dosyanın yenileme süresi geçmekle ya da dosyanın 3. kez işlemden kaldırılmaya konu olması ile söz konusu olmaktadır. Alman ve Avusturya hukuklarında davanın durmasının, davanın geri alınması ile doğurdukları etki açısından eşdeğerde görülmemesinin nedeni, söz konusu düzenlemelerde duran davanın derdestliğinin bir süre geçmeye bağlı olmaksızın halen devam ediyor olmasıdır.

Davanın açılmamış sayılması durumunda, yargılama harç ve giderleri, yargısal faaliyet iddiasında bulunarak dava açan davacı taraf üzerinde kalmalıdır. Zira yargılamayı kendisine ait hak iddiasıyla başlatan davacı tarafın, iddiasının ardında durarak davayı takip etmesine ve duruşmalara katılmasına ilişkin beklenti, iradesi dışında bir yargısal faaliyetin içine çekilen ve kendisini savunmak zorunda olan davalı tarafa oranla daha fazladır²⁰³. Bu hususta taraflardan birinin davayı takipsiz bırakması, bu durumda takipsiz bırakanın davacı ya da davalı olması yahut her iki tarafın davayı takipsiz bırakması, davacı tarafın yargı harç ve giderlerine ilişkin sorumluluğunda bir değişiklik yaratmamalıdır. Davanın açılmamış sayılması, kanun tarafından kendiliğinden gerçekleşmekle beraber, dava kaydını kapatan

²⁰³ HUMK m. 425 düzenlemesi davanın terki gibi sebeplerin varlığı durumunda her ne kadar yargılama masraflarını kimin üstleneceğini hâkimin takdirine bırakmışsa da, açılmamış sayılan davayı açarak takip etmeyen davacının davayı terk ettiğinin kabulü, istemediği bir yargısal faaliyete iradesi dışında çekilen ve açılan davaya hareketsiz kalarak da savunma yapması mümkün olan davalının davayı terk ettiğinin kabulüne oranla daha açık kabul edilebilecek ve bu sebeple yargılama giderlerinin davanın açılmamış sayılması durumunda davacı tarafa ait olması beklenmelidir. Bu hususta bkz. 2.HD., 15.04.1980, 2999/3285 (YKD1980/9, s. 1209).

mahkemenin kendisini vekille temsil ettiren davalı taraf lehine yargılama giderlerine karar vermesi gerekmektedir²⁰⁴.

C. Usûlî Talebe İlişkin Yargılamayı Sona Erdiren Taraf Tasarrufları

1. Genel Olarak

Tasarruf ilkesi, aynı zamanda tarafların hukukî koruma istedikleri talep sonucu üzerinde yargılama faaliyetine son verebilmelerini de ifade etmektedir. Nasıl yargısal faaliyetin yürütüldüğü usûlî talep, tarafların iradesine dayalı olarak yargılamaya konu yapılmış ise, söz konusu usûlî talep üzerinde tarafların gerek anlaşma yoluyla gerekse de feragat ve kabul işlemleri yoluyla tasarruf etmeleri ve ihtilafı çözmeleri mümkündür. Burada tasarruf ilkesinin ve yargılama hukukunun maddi hukuk ile olan organik bağlantısı ortaya çıkmaktadır. Medenî yargılama hukuku, en asgarisinden maddi hukuka ait durumu ortaya koyan bir tespit hukuku olmakla, tarafların usûlî talep üzerinde özellikle usûlî işlemler yoluyla tasarrufta bulunmalarına açıktır. Burada hak arama özgürlüğünün takip etmeme ve vaçgeçebilme gibi menfi unsurlarından değil, tarafların usûlî talep üzerindeki irade özgürlüğünden bahsetmek gerekecektir²⁰⁵. Bunun kapsamını ise belirlerken sadece maddî hukuku (ve maddî hukuka ait talep kavramını) değil, bağımsız bir usûlî talep kavramını da dikkate alarak bir değerlendirme yapmak gerekecektir.

Maddî hukukun bireylere tanıdığı haklar, özel hukuk sahasında yaşanacak ihlallerin giderilmesine ilişkin olarak sahibine bir talep hakkı vermekte olup, bu kavram medenî yargılama hukuku sahasında taraf ihtiyaçlarını sağlamaya elverişli olamamıştır. Bu elverişsizlik öncelikle kendisini tespit ve inşai davaların açıklanamamasında göstermiştir. Zira her iki talep için de karşı taraftan bir şey yapması veya yapmaması istenmemektedir. Bundan dolayı maddî hukukta bir tarafın karşı tarafla olan hukuki ilişkisinin konusunu oluşturan bir hak ya da eşya üzerinde meydana gelen anlaşmazlıkların giderilmesi için karşı taraftan bir şey yapmasını veya yapmamasını istemesi, bu davalar bakımından açıklanamamıştır. Kaldı ki medenî yargılama hukukunda talep, bir hak iddiasına dayanmakta iken, maddî hukuk

²⁰⁴ Aygün, HUMK Md. 409/II'ye, s. 208.

²⁰⁵ Brehm, Bindung, s. 32; Häsemeyer, Parteivereinbarungen, s. 211; Henckel, Prozeßrecht, s. 134 vd; Wolf, Anerkenntnis, 62 vd.

sahasında talep var olan bir haktan doğmaktadır. Bu uyumsuzluk, zorunlu olarak medenî yargılama hukuku sahasında ayrı bir talep kavramını doğurmuştur. Bu sebeple maddî hukuk sahasına ait karşı tarafın bir şey yapması ve yapmaması şeklinde ifade edilen '*talep*' kavramı terk edilmiştir²⁰⁶. Karşı tarafın bir şey yapmasına, vermesine ve yapmamasına ilişkin hüküm verilmesinin arzu edildiği durumlarda bile, davanın konusunu, davacının davalıdan maddî hukuksal bir talebe sahip olduğu iddiası oluşturacaktır. Tespit davasında bu iddia, bir hukuki ilişkinin varlığından; inşai davalarda ise inşai bir haktan oluşmaktadır²⁰⁷.

Usûlî talebin iddia edilen hususlara ilişkin hukukî bir sonucu ifade ediyor olması ve bunun kabulü, usûlün maddî hukuktan bağımsızlaşmasına ve bağımsız bir alan olarak kabul edilmesine büyük katkı sağlamıştır. Usûlî talebin hukukî bir sonuca ilişkin iddiayı ifade ediyor olması, bu iddia üzerinde tarafların tasarrufta bulunmalarına da olanak vermektedir. Nasıl taraf medenî yargılama hukukunda hedeflediği sonucu yargılamaya getirip getirmemede özgür ise, iddia ettiği hukuki sonucun üzerinde tasarruf yapma özgürlüğüne de sahiptir. Bunun için maddî hukukun vasıtalarını kullanması da mutlak surette aranmamalıdır²⁰⁸. Bu kapsamda davacı davasından feragat edebilecek, davalı davayı kabul edebilecek ve taraflar sulh anlaşması yapabileceklerdir. Ancak istenilen hukukî sonucun, maddî hukuksal durumu ifade ediyor olması, usûlî talep üzerinde gerçekleşen tasarrufların aynı zamanda bir maddî hukuk işlemi olduğunu ve maddî hukuktaki talep üzerinde tasarrufta bulunulmuş olduğunu haklı olarak düşündürebilecektir²⁰⁹. Maddî hukuk ile medenî yargılama hukuku arasında varlığını bu sebeple kabul ettiğimiz bağlantının hukuk güvenliğini zedelememesi için örtüşüyor olması, kanımızca bir zorunluluktur. Böylelikle maddî hukuk ve medenî yargılama hukuku ayırımı nedeniyle ortaya çıkacak değerlendirme farklılıkları azaltılabilecektir²¹⁰. Bu amaçla, maddî talep ile usûlî talep arasında bağlantının kuvvetlendirilmesi için harcanan çabalar, birden fazla maddî hukuksal gerekçenin neden medenî yargıda tek bir talebi

²⁰⁶ **Ansay**, Hukuk, s. 201; **Grunsky**, Grundlagen, s. 35 vd.

²⁰⁷ **Henckel**, Parteilehre, s. 286; **Schlosser**, Gestaltungsklagen, s. 355; **Schwab**, Streitgegenstand, s. 129, 130.

²⁰⁸ **Brehm**, Bindung, s. 33. Aksi yönde **Bathe**, s. 41; **Weyers**, s. 203.

²⁰⁹ **Bilge/ Önen**, Medenî, s. 278.

²¹⁰ **Schumann**, materiellrechtsfreundliche, s. 571.

ifade ettiğini açıklama gayretine dönüşmüştür²¹¹. Bugün medenî yargılama hukukunda bir tarafın hüküm kurulmasını istediği şey, maddî hukuksal gerekçeye dayanan ve fakat maddî olmayan talep kavramı ile ifade edilmektedir. Bu talebe ilişkin (kesin) hüküm kurulmakla söz konusu gerekçelerden doğan maddî hukuksal talep, kısmen ya da tamamen ikame edilmiş olacaktır.

Usûlî taleple maddî talep arasındaki bu bağlantı, yapılacak işlemin özelliğine göre sadece yapıldığı alana ilişkin talep üzerinde değil, diğer alana ait talep üzerinde de bir etki doğurabilecektir²¹². Bu etki bazen diğer alandaki talebe ilişkin bir sınırlama veya genişletme şeklinde kendini gösterebilecektir. Örneğin, davanın açılması ile maddî talebe ilişkin zamanaşımı kesilecek, davaya konu çekişmeli şeyin üçüncü bir kişi tarafından satın alınması ile usûlî talebin muhatabı veyahut da doğrudan usûlî talep değişebilecektir²¹³. Bazen ise hangi sahada yapılmış olursa olsun, uyuşmazlığın taraflarının yapacakları işlemler, her iki sahada aynı zamanda etki doğuruyor olacaktır²¹⁴. Bu durumda yapılan işlemin her iki talebe ilişkin bir hukuki niteliğinin olduğu (çiftkarakterli) kabul edilebilecektir²¹⁵. Bir tasarruf işlemi olan sulh sözleşmesini bu kapsamda değerlendirmekteyiz²¹⁶. Kabul ve feragat bakımından ise bunu kabul etmemiz, bu beyanların aynı zamanda maddî hukuka ait koşullarını da taşıması halinde söz konusu olacaktır²¹⁷. Bu ise, tabiatıyla irade açıklamasının yöneldiği usûlî talep ile maddî hak ve talepler arasında uyum olmasına bağlı olarak ortaya çıkacaktır. Örneğin, bir belgenin sahteliği için açılan davadan feragat etmek, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin bir maddî talebi barındırmayacak ve dolayısıyla feragat işlemi bu durumda tek unsurlu ve tek

²¹¹ *Nikisch* birden fazla talep sebebinin tek bir maddî talebe yol açacağını, *Henckel* talebin ekonomik anlamından yola çıkarak talep gerekçesini oluşturan birden fazla normun kullanılabilecek üzerinde tasarruf edilebilen tek bir talebe neden olacağını, *Georgiades*, birden fazla gerekçenin aynı edayı gerektirmekle tek bir talebe (maddî) yol açacağını ileri sürmüşlerdir. *Nikisch*, *Zur Lehre*, s. 269 vd.; *Henckel*, *Parteilchre*, s. 256, 272, 277; *Henckel*, *Prozeßrecht*, s. 125 vd.; *Georgiades*, s. 164 vd.

²¹² *Häsemeyer*, *Doppelnatur*, s. 310.

²¹³ *Schilken*, *Zivilprozessrecht*, s. 64 kn. 121, 122.

²¹⁴ *Tanriver*, *Sulh*, s. 336.

²¹⁵ *Eisenreich*, s. 797; *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*, § 48 I (s. 195); *Musielak*, *Grundkurs*, § 5 kn. 281 (s. 175); *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 129 kn. 32 (s. 895); *Schumann*, *materiellrechtsfreundliche*, s. 584.

²¹⁶ *Ansay*, *Sulh*, s. 205; *Tanriver*, *Sulh*, s. 336.

²¹⁷ *Üstündağ*, *Medenî*, s. 569.

karakterli (sadece medenî yargılama sahasına ilişkin) olarak kabul edilecektir. Keza bir tespit davasından feragat edilmesi ya da bu davanın kabul edilmesinde de benzer sorun ortaya çıkacak ve davalının kabul iradesinin kendisinden verilmek, yapılmak veya ödenmek amacıyla istenilmemiş bir maddî talebi içermeyeceği rahatlıkla söylenebilecektir. Bunun gibi grup davalarında da davacı tarafın açmış olduğu davadan feragat etmesi, sadece talep ettiği usûlî talep bakımından sonuç doğuracaktır. Zira grup davalarında sübjektif hakların değil, bu hakların içinde değerlendirilebileceği bir topluluk menfaati dolayısıyla²¹⁸ bir talep söz konusu olduğundan²¹⁹ bu talepten feragat etme bireylerin aynı amaca yönelik talep üzerinde tasarruf edildiği sonucunu doğurmayacaktır.

Bu nedenlerden dolayı biz irade açıklamasının hangi sahada gerçekleştiğine değil, diğer sahaya ait hak ve talepleri unsurlarıyla beraber kapsamına alıp almadığına bakmamız gerektiğini düşünmekteyiz²²⁰. Örneğin, sözleşmesel ön alım hakkına ilişkin açılan bir davada, davacının feragat etmesi, davalının kendisine satış yapmasını istemeye ilişkin maddî talebini de ortadan kaldıracaktır. Şüphesiz burada uyum vardır. Tabii ki davacının feragati, sadece davalıya karşıdır, yoksa şerh süresi içinde gerçekleşecek başkaca satışlarda ön alım hakkını kullanamayacağına ilişkin değildir. Bu örnek, uyumun karşı taraftan sadece bir maddî talebe dayanarak bir şeyin istenebileceği şeklinde anlaşılmasına da yol açmamalıdır. Zira yasal ön alım hakkının kullanılması, şirket genel kurul kararının iptali, tasarrufun iptali davası ya da boşanma davası gibi yenilik doğuran davalarda, kişinin usûlî talebi ile maddî talebinin bir arada olduğu da düşünülebilecektir²²¹.

Özel hukukta taraf özgürlüğünün esas olması, medenî yargılama hukukunda dava konusunun kapsamına ilişkin tarafların tasarrufta bulunabilmelerini de kapsar. Usûlî talep bu sebeple taraf tasarrufuna ait bir konudur. Buna ilişkin olarak usûl kanunları taraflara usuli işlemde bulunma olanağı sunmamış olsaydı dâhi, kanımızca tarafların usûlî talep üzerinde tasarruf imkânları yine de mevcut olacaktı. Zira usûlî

²¹⁸ Özbay, Grup, s. 30, 31.

²¹⁹ Greger, Verbandsklage, s. 409.

²²⁰ Hässemeyer, Doppelnatur, s. 310.

²²¹ "Ancak bir çok hallerde de inşai sonucun elde edilmesi için tek yanlı irade bildirimi yetmeyebilir ve dâva açılmak suretiyle mahkemeden hukukî himaye ve aracılık istenmesi zorunlu olabilir..." HGK 25.10.1989, 6/362-551 YKD 1990/11, s. 1599. Aynı yönde bkz. HGK 27.05.1992, 2-250/364, www.kazanci.com.tr. Bkz. Önen, İnşai Dava, s. 66.

talebin kapsamı konusunda tarafların sahip oldukları tasarruf özgürlüğü, usûlün zaten sebebiidir²²². Ancak bu durum, ya karşı tarafın usûlî talep üzerinde tasarrufta bulunulmamasına bağlı bir menfaati nedeniyle tedbir kararı alınarak ya da kamu yararı düşüncesiyle engellenebilecektir. Tarafların usûlî talep üzerindeki tasarruflarına ilişkin usûl kanunlarında yer alan düzenlemeler, sonuca ilişkin pratik ihtiyaç sebebiyledir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 151 f. 2 ve f. son hükmü bu kapsamda değerlendirilmeli ve yapılan tasarruf işlemi sebebiyle usûlî talep hakkında yargılamanın akıbetini açıkladığı kabul edilmelidir²²³.

2. Sulh Sözleşmesi

Sulh sözleşmesi, borçlar hukukumuzda tanımı olmayan bir sözleşme olup²²⁴ öğreti tarafından tanımlanmıştır. Bu tanımlarda özellikle Alman Medeni Kanunu § 779 düzenlemesinden hareket edilmiş ve sulh; *“bir hukuki ilişki hakkındaki uyuşmazlık veya şüphe üzerinde tarafların karşılıklı fedakârlığına dayalı anlaşma”* şeklinde ifade edilmiştir²²⁵. Sulhun görülmekte olan bir yargılamada gerçekleşmişse, bu tanımlamaya ayrıca mahkeme önünde gerçekleşme unsuru da dâhil edilecektir²²⁶. Mahkeme önünde gerçekleşme ile de sulh, hem maddî uyuşmazlığa hem de usûlî talebe ilişkin olarak gerçekleşmiş olacaktır²²⁷.

Usûlî talep üzerinde gerçekleşecek sulhun niteliğine ilişkin olarak, sadece bir usûl sözleşmesi²²⁸, usûlî sonuçları barındıran bir maddî hukuk sözleşmesi²²⁹, maddî

²²² Brehm, Bindung, s. 32; Häsemeyer, Parteivereinbarungen, s. 211; Henckel, Prozeßrecht, s. 134 vd; Wolf, Anerkenntnis, s. 62 vd.

²²³ Weyers, s. 204.

²²⁴ Mecelle sulh'ü; 'Nızaı rıza ile kaldıran bir bağıt' olarak tanımlamaktadır (m. 531).

²²⁵ Ansay, Sulh (AÜHFD), s. 201; Arık, s. 144, 145; Berki, H., s. 298; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî, s. 554; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 509; Postacıoğlu, Medenî, s. 484; Soner, s. 442; Tanrıver, Sulh, s. 333; Uluşan, s. 150. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında ise; *“Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir”* şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (m. 319), Adalet Komisyonunun Kabul Etiği Metin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009.

²²⁶ Önen, Medenî, s. 278; Önen, Sulh, s. 23; Tanrıver, Sulh, s. 336, 337.

²²⁷ Sulhe ilişkin kanunlarımızda hükümler de keza bulunmaktadır. Örneğin, TMK m. 429, 462, 593; TTK m. 310; BK m. 191, 388; HUMK m. 151, 231 f. 1, 236 f. 3, 513, 514, 515.

²²⁸ Pollak, R., System des österreichischen Zivilprozessrechtes unter Einfluss des Exekutionsrechtes, 2. Bası, Wien 1932, s. 414 (Naklen, Tanrıver, Sulh, s. 335 dn. 8).

hukuktaki sulhü de sağlayabilecek bir usûl sözleşmesi²³⁰ ve hem maddî hem de bir usûl sözleşmesi²³¹ olduğu ileri sürülmüştür. Biz, mahkeme önünde yapılan sulh sözleşmesinde tek bir vakıa bulunduğunu düşünmekteyiz. Bu yüzden de usûlî talebe ilişkin olarak, mahkeme önünde ve bir usûlî işlem (sözleşme) dolayısıyla gerçekleşmiş olmasının, onun maddî hukuksal niteliğini etkilemeyeceğini düşünmekteyiz²³². Önemli olan tarafların hukuki ilişkileriyle ilgili uyumsuzlukları karşılıklı vazgeçme yoluyla sona erdirmiş olmalarıdır²³³. Bunun usûlî talep dâhil edilerek mahkeme önünde yapılmış olması, tarafların maddî hukuk uyumsuzluğu ile birlikte usûlî talep üzerinde de sulh yapmış olduklarını ortaya koymaktadır. Bu sebeple mahkeme önünde sulh, çifte karakterlidir²³⁴. Bu durumda yapılan işlem tek ve fakat o işlemde tarafların her iki alana ilişkin aynı (tek) iradeyi taşımaları söz konusudur. Yani hem maddî uyumsuzluğun hem de usûlî talebin sona erdirilmesi iradesi, mahkeme önü sulhte aynı anda bulunmaktadır²³⁵. Bu sebeple sulh sözleşmesinde hem maddî hukuk bakımından taleplerden karşılıklı vazgeçme hem de medenî yargılama hukuku açısından ise yargısal faaliyeti sona erdirmeye şeklinde iki irade açıklaması bulunduğunu (doppeltatbestand) ve dolayısıyla her iki alan için hukuki sonuçların ayrı ayrı gerçekleştiğini kabul etmemekteyiz²³⁶. Böylelikle her iki saha için ayrı ayrı değil, bir bütün olarak mahkeme önü sulhün sonuç doğurduğunu düşünmekteyiz.

²²⁹ Bu sözleşmenin usûlî talebe bir etkisinin olmayacağı düşünüldüğü gibi (bkz. **Önen**, Sulh, s. 36 dn. 12'de adı geçen yazarlar), usûlî talebe ilişkin etkilerinin de doğabileceği ileri sürülmüştür (bkz. **Önen**, Sulh, s. 36 dn. 14'de adı geçen yazarlar, özellikle **Schiedermair**, s. 32 vd.)

²³⁰ **Blomeyer**, Zivilprozessrecht, s. 193 vd.; **Dolinar**, s. 144; **Holzhammer**, Prozeßvergleich, s. 222, 223; **Holzhammer**, Zivilprozessrecht, s. 229; **Tempel**, s. 519.

²³¹ **Önen**, Sulh, 41; **Tanriver**, Sulh, s. 336 vd.; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, § 48 I (s. 195); **Lindacher**, s. 263; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 129 kn. 32 (s. 894).

²³² **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, Medenî, s. 429.

²³³ **Esser**, s. 722.

²³⁴ **Karsh**, Usûlî İşlemler, s. 166; **Windmann**, s. 14, 15

²³⁵ **Schlosser**, vereinbartem Inhalt?, s. 394 vd.; **Windmann**, s. 23.

²³⁶ **Esser**, s. 721 vd. Biz bu nedenden ötürü sulh sözleşmesinin bir alana ait geçerlilik şartlarını taşımamasının her iki alana ilişkin hukukî sonuçların doğmasına engel olamayacağını düşünmekteyiz. Örneğin, avukatla temsil edilen tarafın avukatı olmaksızın karşı tarafla mahkeme önünde sulh yapması durumunda maddî sahaya ait geçerlilik sebebiyle yargısal faaliyet gene sona erecektir. Bu durumda sulh sözleşmesi belki mahkeme önünde sulh olarak değil ve fakat mahkeme dışı sulh olarak sonuçlarını doğuracaktır.

Aynı durum mahkeme dışında sulh sözleşmesi yapılması durumunda da geçerli olacak ve maddî çekişmeyi sona erdiren bu anlaşma, usûlî talep üzerinde de uyuşmazlığı ve davayı sona erdirecektir²³⁷. Zira yargısal faaliyetin usûlî talebe ilişkin incelediği hayat olayı bütün sonuçları ile ortadan kalkmıştır. Tabii ki taraflar dışarıda gerçekleşen sulhün içeriğini yargısal faaliyete, davayı takipsiz bırakma, davadan feragat veya davayı kabul şeklinde de yansıtabileceklerdir²³⁸. Bu durumda usûlî talebe ilişkin yargısal faaliyetin sona erme biçimi, yargılamaya getirilişine bağlı olacaktır. Tarafların dışarıda yaptıkları sulhü bildirmeleri durumunda ise, usûlî talebe ilişkin yargılama; sulh nedeniyle sona erecektir (Tasarı m. 321).

Sulh sözleşmesinin konu itibarıyla hem usûlî talep üzerinde hem de usûlî talebin esasında yer alan maddî hukuk uyuşmazlıkları üzerinde tarafların karşılıklı olarak vazgeçmesini içeriyor olması, henüz uyuşmazlık konusu olmayan başkaca hususların da sulh sözleşmesine dâhil edilmesine, kanımızca engel olamamalıdır. Örneğin, taraflar arasındaki ticari ilişkinin sadece bir kalemi konu edilerek açılan davada uyuşmazlık konusuna ilişkin yapılan sulh, uyuşmazlık derecesinde olmasa bile tarafların diğer ticari ilişkilerine ilişkin hükümleri de içerebilecektir. *Önen*, sulh sözleşmesinin konusunu sadece uyuşmazlık ve belirsizlik taşıyan hususların oluşturabileceğini belirterek, uyuşmazlığa yabancı hususların sulh sözleşmesine dâhil edilmesini, yabancı bu hususların uyuşmazlığın sona ermesinde bir fonksiyon taşımalarına bağlamaktadır. Biz böyle bir fonksiyonu yerine getirmelerini aramaksızın tarafların uyuşmazlık konularının da içinde bulunduğu borç ilişkisi üzerinde yenileme (BK m. 114) yoluyla değişiklik yapabileceklerini ve bu kapsam dâhilinde uyuşmazlık konuları üzerinde sulhü gerçekleştirebileceklerini kabul etmekteyiz²³⁹.

Sulh, bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan konusunu da hukuki ilişkiler oluşturacaktır. Bu nitelikte değerlendirilmesi mümkün olmayan uyuşmazlık konularında²⁴⁰ ve tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri hususlarda mahkeme

²³⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, *Medenî*, s. 430; Berki, H., s. 296; Demir, s. 33, 41; Esser, s. 716; Lüke, *Zivilprozessrecht*, kn. 12 (s. 11, 12); Bu durumda sulh çift karakterli olacaktır. Gehrlein, *Zivilprozessrecht*, s. 89 kn. 2; Häsemeyer, *Doppelnatur*, s. 310.

²³⁸ 7.HD, 22.01.1986, E.1985/6872 K.1986/372, www.kazanci.com.tr; Windmann, s. 52.

²³⁹ Ansay, *Sulh*, s. 204; *Önen* *Sulh* s. 50 dn. 54'te geçen yazarlar; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 129 kn. 16 (s. 893).

²⁴⁰ Ayrılık, boşanma, nesebin reddi, evliliğin feshi davaları vs. ile çekişmesiz yargı işleri.

önünde sulh sözleşmesi yapılamayacaktır (Tasarı m. 319 f. 2)²⁴¹. Bu sonuç, tasarruf ilkesinin doğal sonucudur²⁴².

Sulh sözleşmesi, davayı doğrudan sonlandıracaktır. Ayrıca mahkemenin davanın sona erdiğine ilişkin bir karar vermesi sulhun sonuçlarını doğurması, yani davanın sona ermesi için aranmayacaktır²⁴³. Mahkeme sulhün gerçekleşmesi durumunda, sadece usûlî talebe ilişkin karar verilmesine yer olmadığına karar vermekle yetinecektir. Zira ister mahkeme önünde gerçekleşmiş isterse de öncelikle mahkeme dışında gerçekleşip mahkemeye sonradan getirilmiş olsun, yapılan sulhun usûlî talep üzerindeki etkisi için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmayacaktır²⁴⁴.

Sulhün kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği sorunu ortaya konulurken, tarafların yaptıkları sulhü mahkeme kararlarına yazdırmış olmaları ile olmamaları arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Kanımızca taraflar aralarındaki sulh anlaşmasını mahkemeye sunduklarında bu sözleşmenin içeriği ile hükümde ifade edilmesini isterlerse, sulh anlaşmasını ifade eden hükmün, kesin hüküm (şekli ve maddî) teşkil edeceğinden şüphe duymamak gerekir²⁴⁵. Eğer taraflar yaptıkları sulh anlaşmasının hükümde belirtilmesini istememiş iseler, o zaman mahkeme tutanağına tarafların sulh yaptıklarına ilişkin bildirimleri aktarılacak ve taraflarca imzalanacaktır. Mahkeme ise bu durumda çekişmenin ortadan kalkması nedeniyle uyuşmazlık hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve yargılama giderlerinin akıbetine ilişkin bir karar verecektir. Bu karar, şüphesiz kesin hüküm açısından bir

²⁴¹ Kuru, Medenî, s. 3794; Önen, Sulh, s. 44.

²⁴² Önen, hâkimlere karşı açılan tazminat davalarının reddi durumunda haksız ithamı sebebiyle davacının HUMK m. 576 f. 2 hükmü gereğince ceza ödeyecek olmasını usûlün emredici karakteri içinde değerlendirerek, tarafların bu davalarda sulh yapmalarının mümkün olamayacağına işaret etmektedir. Önen, Sulh, s. 43 dn.6.

²⁴³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 430, 431; Ansay, Hukuk, s. 184; Ansay, Sulh, s. 206; Berkin, Medenî, s. 168; Önen, Sulh, s. 139; Tanrıver, Sulh, s. 345; Ulusan, s. 196; Üstündağ, Medenî, s. 578. Sulhun şarta bağlandığı durumlarda kanımızca şart erteleyici ise, sulh sonuçlarını doğurmadığından yargılama hukuku bakımından davaya bir tesiri söz konusu olmamalıdır. Şartın bozucu olması halinde ise, işlem hukukî sonuçlarını hemen doğuracağından dolayı dava da sulh ile sona ermiş olacaktır. Bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda ise, kanımızca artık yargılamaya ilişkin gerçekleşen sonucun bertaraf edilmesi mümkün olamayacaktır. Önen, medenî yargılama hukuku bakımından şartların türleri açısından bir fark görmeyerek, yargısal faaliyetin şartlı sulh durumunda devam ettirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Önen, Sulh, s. 61.

²⁴⁴ Ansay, Sulh, s. 206; Muşul, Medenî, s. 184, 185; Önen, Sulh, s. 139; Tanrıver, Sulh, s. 343 vd.; Ulusan, s. 196; Üstündağ, Medenî, s. 578; Aksi yönde Kuru, Medenî, s. 3758, Kuru, Tasarı, s. 42.

²⁴⁵ 3. HD, 22.04.1999, 3451/4087, YKD, Şubat 2000, Cilt:26, Sayı:2, s. 194, 195.

anlam taşımayacaktır²⁴⁶. Bu durumda taraf menfaatlerinin, kabul ve feragate ilişkin düzenlenen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 95 f. 1 ile korunacağı (kesin hükmün neticelerinden faydalanma HUMK m. 95, Tasarı m. 321) öğretimizde savunulmaktadır²⁴⁷. Bu husustaki görüşlere katılmakta ve sulh halinde de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 95 f. 1 hükmünün uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Ancak, sulh anlaşmasının, neticelerinden faydalanacağı kesin hükmün, sadece şekli anlamda kesin hüküm olduğunu düşünmemekteyiz. Kanımızca maddî anlamda kesin hükmün neticeleri de bu kanunî düzenleme (HUMK m. 95 f. 1) kapsamına dâhildir. Bu hükmün ifadesi (HUMK m. 95 f.1), maddî kesin hükmü dışarıda bırakmaya müsait değildir. Kaldı ki sulhe bağlanan kesin hükmün *neticeleridir*, maddî kesin hükmün *kendisi değildir*. Bu sebeple sulh bir mahkeme kararı yerine geçemeyecek ve kanuni bir gerçekliği (yargısal faaliyet ürünü) ifade edemeyecek²⁴⁸ ve fakat maddî anlamda kesin hükmün neticelerini doğurabilecektir. Bu hususta tarafı, sebebi ve konusu aynı olan ikinci bir dava açılmayacaktır. Zaten sulh ile yeni bir hukukî durum yaratıldığına göre, ortadan kalkmış bir hususta tarafların aynı konuda dava açmada menfaatleri de olmayacaktır. İkinci bir netice sulh kesin delil olarak da kabul edilecektir. Bu sonuca ulaşmak için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 95 f. 1 hükmüne de esasen gerek duyulmamalıdır. Zira sulh tutanağı, talep aranmaksızın tutulan bir mahkeme tutanağı olduğundan (HUMK m. 295) kesin delil olarak görülecektir. Mahkeme tutanağı, tarafların sadece anlaşıklarını belirtmekte ise, anlaşmanın içeriği konusunda bir bilgi vermediğinden, taraf iradelerinin davanın takipsiz bırakıldığı şeklinde değerlendirilmesi daha uygun olabilecektir. Zira sulhun içeriğini göstermeyen mahkeme tutanağı bu durumda ne kesin hükmün neticelerini (HUMK m. 95 f. 1) doğurabilecek ne de icra edilebilecektir (İİK m. 38).

²⁴⁶ Yargılama giderlerine sulhe konu yapılmamışsa şüphesiz yargılama giderlerine ilişkin hüküm, kesin hüküm oluşturmaktadır.

²⁴⁷ Önen, Sulh, s. 148 vd; Tanrıver, Sulh, s. 343 vd.

²⁴⁸ Esser, s. 717. Kaldı ki sulh usulî talebe yabancı uyumsuzlukları da barındırabileceğinden, hüküm yerine kaim (surrogat) olamayacaktır. Sulh anlaşmasına İİK'da ilamın niteliği tanınmış olup, bu onu ilam yerine koymayıp, diğer sulh sözleşmelerinden ayıracaktır (Nitelik kavramı için bkz. Güneç Türkçe Sözlük, TDK, Erişim, 26.09.2009). Aksi yönde bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî s. 503; Önen, Sulh, s. 134; Tanrıver, Sulh, s. 344 vd. Sulhe kesin hükmün sonuçlarını doğurmakla bir karine değeri verildiği de düşünülebilir. Bkz.. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî s. 510. Aynı sonuç AvK m. 35/A için de geçerlidir. Bkz. Özbay, Avukatlık, s. 387; Özbek, Avukatlık, 114 vd; Sungurtekin Özkan, Avukatlık, s. 359 vd; Yılmaz, Avukatın, s. 855.

Sulhun bir sözleşme olması ve tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla kurulmuş olması, doğurmuş olduğu sonuçların da irade sakatlıklarından dolayı sözleşmenin iptal edilmesi durumunda ortadan kalkmasına yol açacaktır²⁴⁹. Bu durum maddî hukuk açısından sulhün sonuçlarını ortadan kaldıracakken, kendiliğinden sona ermiş bir yargılamanın sona ermemiş sayılmasına yol açamaz. Bu durumda sulhün iptal edilmesi ile (bu hususta mahkeme kararı aranacak)²⁵⁰ medenî yargılama hukukunun sulhe bağladığı neticeler ortadan kalkacak (kesin delil, kesin hüküm vs.) ve usûlî talep istenilirse tekrardan yargılamaya konu olacaktır²⁵¹. Yoksa yargılamanın sona erdiği an itibarıyla kaldığı yerden itibaren devam etmesi söz konusu olmayacaktır.

Mahkeme önünde sulhtan taraflar geri alma ve fesih açıklamaları ile dönememelidir. Yapılan sözleşmenin maddî hukuk karakterinin buna uygun olması, sona eren bir yargısal faaliyetin sona ermemiş olması sonucunu da doğurmamalıdır²⁵². Ancak sulh sözleşmesinin tek vakıya dayalı çift karakterli olması sebebiyle, nasıl sulh biri diğerinden ayrılmayacak bir etkiyi hem yargılama hukuku hem de maddî hukuk sahasında göstermiş ise, bu çiftkarakter özelliğinden dolayı maddî hukuk açısından irade beyanı iptal edilmekle usûlî talebe ilişkin doğmuş olan kesin hükme bağlanan neticeler de ortadan kalkmalıdır. Bu sebeple taraflar edimlerini yerine getirmediklerinde sözleşmeden dönmeleri, sözleşmeyi

²⁴⁹ **Ansay**, Sulh, s. 204; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medenî, s. 168; **Sevig**, s. 149 vd; **Üstündağ**, Medenî, s. 579.

²⁵⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 319. maddesi gerekçesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009 (319. madde Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metinde 321. madde olarak teselsül ettirilmiştir).

²⁵¹ **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 129 kn. 54, 55 (s. 900); **Önen**, Sulh, s. 188. Ancak burada kamu yararının ifade eden kesin hüküm kurumu ortadan kaldırıldığı için, irade fesadı sebebiyle sulhun hükümsüzlüğünü tespit ve iptal eden bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmalıdır. Alman hukukunda sulhun iptali halinde sebepsiz zenginleşme davası açılabilmesine ilişkin görüşler ileri sürülmektedir. Bkz. **Önen**, Sulh, s. 186 dn. 82'de anılan yazarlar. Kanımızca bu yol, iptali yapılan işlemin baştan itibaren yapılmamış sayılması sonucu ile uyumlu olamayacak, sadece kesin hükümsüzlük dolayısıyla ortaya çıkan sorunların giderilmesini sağlayacaktır. Bu halde maddî hukuk ile usûl hukukunun birlikte etkileneceği ve sadece irade fesadı sebebiyle değil, usûlî sebeplerle de sulhün tamamen geçersiz olacağına ilişkin bkz. **Häsemeyer**, Doppelnatur, s. 317.

²⁵² **Önen**, Sulh, s. 193; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 129 kn. 56 (s. 900); Aksi yönde **Becker-Eberhard**, Anmerkung (ZZP 113) s. 367.

karşılıklı sona erdirmeleri ya da sulhün iptali durumunda usûlî talebe ilişkin dava kaldığı yerden devam etmeyecek, ama tekrar görülebilir olacaktır²⁵³.

3. Davanın Kabulü ve Davadan Feragat

Sulh gibi, taraf irade özgürlüğü sebebiyle usûlî talep üzerinde tarafların davanın kabulü ve davadan feragat şeklinde usûlî işlemler yoluyla tasarrufta bulunabilmeleri de mümkündür²⁵⁴. Tasarruf ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek bu iki kurum (feragat ve kabul), sulh sözleşmesinin aksine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda tanımlanmakta (m. 91, 92; Tasarı m. 313, 314), nasıl yapılacağı (m. 93) ve etkileri (yargılama masraflarına ilişkin m. 94 ve görülen davaya ilişkin m. 95) Kanunda düzenlenmektedir.

Feragat ve kabul, usûlî talepten vazgeçilmesi ve talep sonucunun kabulü şeklinde gerçekleşen birer taraf usûl işlemidir. Bu işlemler talep sonucu üzerinde etki doğurmakla davanın sona ermesine neden olurlar, yani etkilerini yargılama hukuku alanında doğururlar²⁵⁵. Bu işlemler aynı zamanda bir maddî hukuk işlemi olarak da kabul edilebilecektir. Ancak bunun için tarafların maddî hukuk açısından da kabul ve feragatin şartlarını yerine getirmiş olmaları gerekir²⁵⁶. Alman ve İsviçre hukuklarında ise, kabul (dBGB § 781, sBGB § 17) ve feragat (istisnaları olmakla birlikte BGB § 397) karşı tarafın onayıyla akdedilen bir sözleşme olarak tanımlanmış olup, bu sebeple usûl hukukçuları davalının usûlî talebe yönelik kabul açıklamasında bulunmasını bir usûlî işlem olarak değerlendirmişlerdir. Kabulün maddî hukuk bakımından gerçekleştiği sonucuna ulaşmak için ise ayrıca karşı tarafın onayı olup olmadığı, karşı tarafa yöneltilip yöneltilmediği gibi şartların varlığını aramışlar ve maddî hukuk açısından davacıya yapılan bir icap olarak görmüşlerdir²⁵⁷. Aynı durum feragat için de geçerlidir. Bu sebeple Alman hukukunda feragat ve kabul üzerine yargılamanın sonuçlandırılması için karşı tarafın onayı ve usûlî işlemi yapan tarafın

²⁵³ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 129 kn. 56, 61 (s. 900, 901).

²⁵⁴ Melissinos, s. 142; Mummenhoff, s. 305, 306; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, s. 185 kn. 1.

²⁵⁵ Karşı, Usûlî İşlemler, s. 162; Kunzl, s. 190; Mummenhoff, s. 296, 297; Schilken, Handlungsspielraum, s. 163, 166; Thomas, Zur Doppelnatur, s. 80.

²⁵⁶ Rechberger, Rechberger Komm., § 395 kn. 1, 2 (s. 882, 883); Thomas, Zur Doppelnatur, s. 81.

²⁵⁷ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 131 kn 67, 68 (s. 926).

talebi gerekmektedir²⁵⁸. Aksi halde istenilen usûl işlemi reddedilecek²⁵⁹ veyahut da hâkim mevcut durumuna göre dosyayı sonlandıracaktır²⁶⁰.

Kanaatimizce maddi hukuktaki talep kavramı ile örtüşmeyen usûlî taleplerde, bir sınırlama getirilmemiş ise (kamu düzeni vs.den dolayı) tarafların usûlî talebe ilişkin kabul ve feragatleri, sadece bir usûlî işlem olarak görülmeli ve bu durumda karşı tarafın onayına ihtiyaç bulunmayan mahkemeye yöneltilmiş tek taraflı bir işlem olarak değerlendirilmelidir. Zira bu durumda talebin maddi hukuka ait karşı tarafa yöneltilmesi gereken talep kavramı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak usûlî talebin aynı zamanda maddî hukuk bakımından bir borç teşkil etmesi ve maddî hukuk bakımından da talep kavramını karşılaması durumunda taraf usûl işlemlerinin maddi hukuktaki mahiyeti de dikkate alınmak zorunda olacaktır. Zira burada gerçek anlamda usûlî işlem yoluyla açıklanan feragat ve kabul irade beyanlarının aynı zamanda maddî hukuka ilişkin etkileyen yönü de bulunacaktır.

Ancak hukukumuzda kabul ve feragatin maddi hukuk bakımından nasıl nitelendirildiği ve şartlarının ne olduğu çok da açık değildir. Maddî hukuk açısından kabul kurumu değerlendirildiğinde, talep sonucunun kabulü bir borç ikrarı²⁶¹ olarak düşünülecektir. Soyut borç ikrarı ise her ne kadar borçlunun tek taraflı irade beyanı ile mevcut bir borcun kabulü düşüncesini uyandırmakta ise de, hukukumuzda da kaynak İsviçre düzenlemesinde ve onun da asıl kaynağı olan Fransız Medeni Kanununun 1132. maddesinde nitelendirildiği haliyle, yani 'akit' olarak kabul edilmektedir²⁶². Konunun Borçlar Kanununda 'Akitten Doğan Borçlar' Faslında düzenlenmesi de Kanun Koyucunun borç ikrarını akit olarak gördüğünü ortaya koymaktadır²⁶³. Bu sebeple dava konusu yapılan borcun usûlî bir işlem neticesinde usûlî sahada kabulü, maddî hukuk bakımından borcun ikrarı şartlarını taşımakla aynı zamanda maddî hukuk açısından da gerçekleşmiş ve sonuç doğurmuş bir işlem

²⁵⁸ Schilken, Handlungsspielraum, s. 165; Aksi yönde Wolf, Anerkenntnis, s. 18, 19.

²⁵⁹ BGHZ 10, 338; Knöpfel, s. 457.

²⁶⁰ Schilken, Handlungsspielraum, s. 184.

²⁶¹ BK m. 17 'de düzenlenen soyut borç ikrarı kurumuna karşılık gelen İsviçre BGB § 17 düzenlemesi de ikrar (Geständnis) kelimesini değil, kabul (Schuldanerkenntnis) kelimesini kullanmıştır.

²⁶² Eren, Fikret, s. 179; Kocayusufpaşaoğlu, s. 119 kn. 45; Oğuzman/ Öz, s. 161; Sungurbey, s. 59; Turanboy, s. 51.

²⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, kaynak İsviçre Hukukunda borç ikrarının borçlunun tek taraflı bir irade beyanı olduğunu düşünenler olduğunu nakleder. Kocayusufpaşaoğlu, s. 120 kn. 45 dn. 77.

olarak kabul edilecektir. Bunun için de borç ikrarının (hukukî anlamda esasen icabın) karşı tarafa yöneltilmesi ve karşı tarafça kabul edilmesi gerekmektedir. Oysa medenî yargılama hukukunda borcun (usûlî talebin) kabulü davalı tarafından mahkemeye yönelik irade beyanında bulunması ve tutanağa geçirilmesi ile doğrudan sonuçlarını doğurmaktadır. Bu sebeple ilk olarak borcun usûlî işlemle kabul edilmesi halinde, irade beyanının aynı zamanda bir maddî hukuk işlemi olmadığı düşünülebilecektir. Ancak biz bu fikirde değiliz. Kanaatimizce kabul irade beyanının karşı tarafa yöneltilmesi bir usûlî ilişki içinde ancak mahkeme üzerinden gerçekleşebilecektir. Bu sebeple usûlî talebe ilişkin mahkemeye yöneltilmiş kabul beyanı, aynı zamanda mahkeme üzerinden karşı tarafa yöneltilmiş bir ikrar beyanını da içermektedir. Ayrıca öğretide niteliği (bildirici mi kurucu mu olduğu) tartışmalı²⁶⁴ olmakla beraber nitelik itibarıyla borç ikrarı tek tarafın borca ilişkin bir yükümlülüğünü ortaya koymakta olduğundan karşı taraf onayının açık olması ve ikrar edene yöneltilmesi de aranmayacaktır. Bu sebeplerle biz açılan bir davada davalının usûlî talebe ilişkin kabul beyanının aynı zamanda maddî hukuk bakımından bir borç ikrarı olduğunu düşünmekteyiz²⁶⁵. Hatta bu borç ikrarı usûlî taleple tarafın yargılamaya getirdiği hayat olayı arasındaki bağdan dolayı soyut (BK m. 17 anlamında kurucu) değil, somut (bildirici) borç ikrarı olarak kabul edilmelidir.

Feragat ise belirli hususlara ilişkin olarak bazen tek taraflı kullanılan bir işlem (TMK m. 733 f. 2)²⁶⁶, bazen de iki taraflı bir sözleşme (TMK m. 528 f. 1)²⁶⁷ olarak hukukumuzda bazı düzenlemelerde özel olarak ayrıca tanımlanmıştır. Medenî yargılama hukukunda davadan vazgeçme ile davadan feragat arasında kabul edilen ayırım, feragatin sadece bir usûlî haktan vazgeçme olarak anlaşılmasına engel olup, maddî hukuk bakımından feragatin açıklanmasını zorunlu kılmaktadır. Feragat adı altında bir borcun sona erme sebebi Borçlar Kanunumuzda düzenlenmediği gibi,

²⁶⁴ Bu husustaki geniş tartışmalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 121 kn. 47 vd.

²⁶⁵ Lent, prozessuale Bedeutung, s. 123.

²⁶⁶ “Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.” Ayrıca “Tapudaki pay satışı ile birlikte doğan önalım hakkının özel hukuktan doğan bir hak olması sebebiyle kullanılması hak sahibinin iradesine bağlıdır. Haktan feragat, niteliği itibarıyla hukukî sonuç doğuran tek taraflı bir hukukî muameledir.....” 6.HD., 04.11.2003, 6964/8020. www.kazanci.com.tr.

²⁶⁷ “Mirasbırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir.”

aynı ad altında Kanunda düzenlenmemiş bir borcun sona erme nedeni öğretide de açıklanmamaktadır. Biz esasen hukukumuzda feragatin Borçlar Kanunumuzda düzenlemesi olmayan, 'ibra' olarak nitelendirilen borcun sona erdirme nedeni olduğunu düşünmekteyiz. Bu hususta maddî hukuka baktığımızda ibranın davadan feragat olmadığı belirtilmekte olup, aradaki fark, maddî hukukçular tarafından davadan feragatte (hukukî anlamda alacağı talep etmeme taahhüdü) davacı alacaklının borç ilişkisini sona erdirmeden, geleceğe yönelik olarak alacağını kısmen ya da devamlı olacak şekilde dava edebilme hakkından sadece vazgeçtiğini, bu nedenle borcun ve borç ilişkisinin sona ermediği, ibrada ise maddî hukuk bakımından borcun sona erdiği şeklinde açıklanmıştır²⁶⁸. Bu iddiaların medenî yargılama hukuku boyutuyla değerlendirilmesi halinde ise kanaatimizce esasen burada kastedilenin davadan feragat olmayıp, davadan vazgeçme ya da dava hakkından feragat olabileceğidir. Davadan vazgeçme sadece açılmış bir davanın davalının açık onayı ile geri alınmasını ifade etmekte olup, bu vazgeçen davacıya aynı davayı tekrardan açabilme hakkı vermektedir. Dava hakkından feragat ise, dava hakkını soyut anayasal bir hak olarak değerlendirdiğimiz zaman tasarufa konu olamayacağını düşünmemizi gerektirecektir. Kaldı ki, tarafların kendi iradeleri ile eksik borç yaratmaları da mümkün olmamalıdır. Dava hakkını maddî hak sahipliği ile bağlantılı ve ondan ayrılmaz olarak değerlendirildiği durumlarda ise, bu hakkın ortadan kalkmasının ancak maddî hakkın da sona ermesi ile mümkün olacağı düşünülecektir. Dolayısıyla dava hakkından geleceğe yönelik olarak feragat etmenin hukukten mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bundan dolayıdır ki, biz davadan feragat ile anlaşılması gereken hususun, usûlî talebin içeriğine vücut veren maddî hakka ilişkin ibra olduğunu düşünmekteyiz. İbranın bir sözleşme olması dolayısıyla biz davadan feragatin de maddî hukuk boyutu itibarıyla sonuçlarını doğurması için ibraya ait şartları barındırması gerektiğini söyleyebiliriz. Burada da karşı tarafın onayının varlığı ve ibranın karşı taraftaki davalı borçluya yöneltilmesi şartları aranacaktır. Tıpkı borç ikrarında olduğu gibi -hatta belki borç ikrarından daha kuvvetli bir şekilde- feragat halinde dava ilişkisinin gösterdiği özellik nedeniyle mahkeme üzerinden davalıya ibra beyanının ulaştırıldığını ve BK m. 6 hükmü

²⁶⁸ Oğuzman/ Öz, s. 433 vd; Turanboy, s. 31 vd.

gereğince ibraya ilişkin icabı reddetmemekle ibra sözleşmesini kurduğu kabul edilecektir²⁶⁹.

Bu sebeplerle davadan feragat ve kabulün aynı zamanda bir maddî hukuk işlemini (borç ikrarı ve ibra) içerdiği söylenebilecektir. Beyanların muhatabı tarafından icabın reddi gerçekleşmemekle biz bir usûlî işlem formu altında gerçekleşen feragat ve kabulün aynı zamanda maddi hukuka ait işlemler olduğunu ve dolayısıyla davadan feragat ve kabul işlemlerinin çift karakterli olduğunu kabul etmekteyiz²⁷⁰. İcabın reddedilmesi ihtimalinin gerçekleşmesi durumunda ise, mevcut durumun usûlî talep üzerinde gerçekleşen feragat ve kabul işlemlerinin usûlî sonuçlarını engelleyebileceğini düşünmemekteyiz. Bu işlemler kesin hükmün etkisini doğuruyor olmakla en azından usûlî talep üzerindeki ihtilafı sona erdirmiş olacaktırlar. Maddî hukukla uyumlu olmayan bu duruma ilişkin etki, bu sebepten dolayı ve tabii ki feragat ve kabul kesin hüküm olmamakla yargılamanın yenilenmesi yoluyla iptal de edilemeyeceğinden maddi kesin hükümden daha geniş olacaktır. Burada artık taraflar arasında bir ihtilafın varlığından bahsetmek de kanımızca usûlî anlamda artık mümkün olmayacaktır. Maddi hukuktaki durum ise feragat ve kabul için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Eğer bir ibra gerçekleşmemişse, feragat edilen alacağın (gerçekte varsa) maddi hukuk sahasında sadece sona ermediği kabul edilecek ve fakat kesin hüküm etkisinden dolayı davalı borçlunun kendisine yönelik söz konusu alacağa ilişkin talepleri reddetmesi mümkün olacaktır. Kabul halinde ise davacı alacaklının kabul etmediği borç ikrarı ise her ne kadar maddi hukuk açısından davalı borçlunun maddi hukuk bakımından söz konusu borcu tartışmasına olanak vermekte ise de kesin hükmün etkisinden dolayı bu hususta sahip olduğu defî ve itirazları ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Zira davayı kabul etmekle davalı borçlu sadece talep sonucunu değil, talep sonucu iddiası için ileri sürülen hayat olayı ve ona bağlı gerekçeleri de kabul etmiş olmaktadır. Kanımızca borç ikrarının tek taraflı bir işlem olarak kabul edilmesine yönelik maddî hukukta ileri sürülen düşüncelerin²⁷¹ dikkate alınması gerekmektedir. Zira maddî hukuk bakımından borçlu

²⁶⁹ Turanboy, s. 67 vd.

²⁷⁰ Aslan, s. 24, 25; Ermenek, s. 42; Karşı, Usûl İşlemleri, s. 164; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 503; Tanrıver, Kabul, s. 226; Aynı zamanda karşı tarafa yöneltilip kabul edilmekle Alman hukuku açısından da aynı sonucun doğacağına ilişkin bkz. Arens, Willensmängel, s. 101 vd; Schilken, Zivilprozessrecht, s. 66 kn. 125.

²⁷¹ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 120 kn. 45 dn. 77.

tarafından bir borcun olduğunun kabul edilmesi beyanı karşısında alacaklının karşı koymasında bir menfaati olmayacaktır. Aynı durum feragat için geçerli olmayabilecektir. Tereddüt ettiğimiz nokta feragat edilen alacağın maddî hukuk bakımından zaten mevcut olmayan bir borç olması (sona ermiş ya da doğmamış) iddiasıyla borçlunun feragati kabul etmemeye ilişkin menfaatinin varlığıdır. Bu sebeple feragatte borçlunun kabul etmeme menfaati söz konusu olabilmelidir²⁷².

Bir usûlî işlem olması ve yargılama faaliyetine ilişkin etkisini doğurması için feragat ve kabulün geçerliliği, karşı tarafın onayına veya mahkemenin kabulüne (kararına) bağlı değildir²⁷³. Hukukî sonuçlarını doğurması için mahkemeye yöneltmek zorundadır²⁷⁴ olan irade beyanı, tek taraflı, şarta bağlı olmaksızın²⁷⁵ kullanılmalıdır. Kullanılmakla da hem usûlî sahada etkisini doğuracaktır hem de karşı tarafça reddedilmedikçe maddî hukuk bakımından da aynı zamanda uyuşmazlığın sona ermesine yol açacaktır. Örneğin, bir alacak davasında gerçekleşen feragat, şartlarını gerçekleştirmekle alacak hakkının varlığına da son verecektir.

²⁷² Karşı tarafın onay vermemesi durumunda maddî hukuk bakımından etki doğurmayacak olan feragat, usûlî işlemden dolayı etkisini gösterecek, kesin hükmün etkisini doğuracak ve fakat bu yolla esasen maddî hukukta açıkça olmayan bir durumu ifade ederek, edaya, tespite ve inşai etki göstermeye ilişkin maddî hukuk normlarının sadece tespiti işlevini üstlenen medenî yargılama hukukuna yüklenen işlevinin dışında bir anlam ve işlev bağlanmış olacaktır.

²⁷³ **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, Medenî, s. 423, 427; **Ansay**, Hukuk, s. 180, 182; **Belgesay**, Teoriler, s. 193; **Berki, Ş.**, Hukuk, s. 28, 29; **Berkin**, Medenî, s. 164 vd; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, Medenî, s. 546; **Muşul**, Medenî, s. 173, 177; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medenî, s. 503, 507 vd; **Postacıoğlu**, Medenî, s. 480, 481; **Üstündağ**, Medenî, s. 575. İstisnai bir hüküm olarak sahtelik davasından feragat mahkemenin kabulüne bağlıdır (HUMK m. 320). Bu tasarruflar hak üzerinde gerçekleştiklerinden dürüstlük kuralına aykırılık incelemesine da tâbi değildirler. **Gökyayla**, s. 417; **Akyol**, Çelişki Yasası, s. 83. Ancak kanaatimizce kabul halinde davacının ve feragat halinde ise davalının davanın nasıl sonuçlandığına ilişkin bir hüküm almak için talepte bulunması mümkün olmalıdır. Bu halde mahkemenin vereceği hüküm sadece davanın kabul ya da feragat ile sonuçlandığına ilişkin olmak zorunda olmayıp usûlî talebin kabulüne ya da reddine ilişkin bir tespiti içerecek ve fakat bu tespit bir yargısal faaliyet ürünü karara dayanmadığından kanunî gerçeklik olarak nitelendirilmeyecektir. Aksi yönde, **Kuru**, Genel Değerlendirmeler, s. 78; **Kuru**, Medenî, s. 3617; **Kuru**, Tasarı, s. 42; Feragatin tek taraflı ve karşı tarafın onayına bağlı olmayan bir işlem olarak kabul edildiği Kaynak Nöşateli Usul Kanunu'nun 160. maddesinde açıkça ifade edilmiştir: "...Bu durum davalının muvafakati olmadıkça davacının davasını gei almasına ve netice taleplerini genişletmesine veya bunların mahiyetini değiştirmesine manidir. 159. cu madde hali ile ıslah ve feragat halleri mahfuzdu" Naklen, **Postacıoğlu**, Hukukî Sebep, s. 515.

²⁷⁴ **Aslan**, s. 25.

²⁷⁵ Bu sonuç, usûlî işlemlerinin şartlı yapılamayacağı düşüncesi ile açıklanmıştır. Bkz. **Ermenek**, s. 12. **Tanrıver**, Şartlı Hüküm, s. 49; Kanımızca kabul ve sulhun şartlı yapılamamasının gerekçesi işlemin usûlî olarak yapılması ile açıklanamamalıdır. Zira bu işlemler aynı zamanda birer maddî hukuk işlemidir. Biz bu işlemlerin niteliklerinin şartlı olarak yapılmaya uygun olmadığını düşünmekteyiz. Zira şartı içermekle bu işlemler şartlı sulhe dönüşeceklerdir.

Kabul ve feragat nitelik olarak birbirlerinden de farklıdır. Kabul, sonuç olarak hukuki ilişkinin sebebinden arınmış bir borç ilişkisi meydana getirdiğinden, davayı kabul de ancak bunun mümkün olduğu usûlî taleplere ilişkin olarak yapılabilecektir²⁷⁶. Bu sebeple kabul, ancak tarafların üzerinde maddî hukuk bakımından tasarruf edebildikleri konularda yapılabilecektir (Tasarı m. 314 f. 2). Tarafların tasarruf edemedikleri hususlarda kabul yapılamayacaktır²⁷⁷. Örneğin, boşanma davası²⁷⁸, velayet davası, nesebin reddi, babalığın tespiti²⁷⁹ davası gibi davalarda davalı, davayı kabul edemeyecektir²⁸⁰. Burada bir kamu yararının olduğu düşünülmelidir²⁸¹. İflâs davası için de aynı sonucun kamu yararı kavramının dışında ayrıca davalının davacı tarafında yer almayan alacaklılarının menfaati dolayısıyla söz konusu olacağı da düşünülebilecektir²⁸². Kaldı ki iflâs davasının kabulü şartları davalının kabul beyanı ile aşılmaya müsait de değildir. Kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen başkaca davalarda da kabul hukukî sonuç doğurmayacaktır²⁸³. Biz ortaklığın giderilmesi davası bakımından ise bu davanın kabulü şartlarının kabul beyanına uygun olduğunu (bütün davalılar birlikte kabul ederlerse) düşünmekteyiz²⁸⁴. Zira bu durumda bütün ilgililerin usûlî talep üzerinde bir tasarrufunun gerçekleştiği düşünülmelidir. Bütün davalıların kabul beyanları, aynı zamanda maddî hukuksal sahada bir paylaşırma anlaşmasına onay vermek anlamına da gelmektedir. Feragat ise, haklar üzerinde gerçekleşmekte olup, bu haklar üzerinde tarafların tasarruf ediyor olması ayrıca aranmayacaktır²⁸⁵. Örneğin, boşanma davası

²⁷⁶ Wolf, Anerkenntnis, s. 30, 31.

²⁷⁷ Tanrıver, Kabul, s. 223; Wolf, Anerkenntnis, s. 17.

²⁷⁸ 2.HD., 26.02.2003, 1091/2501.

²⁷⁹ 2.HD., 12.09.2005, 9793/11787; 2.HD., 04.07.2005, 8436/10489.

²⁸⁰ Petek, s. 33, 44.

²⁸¹ Kamu düzenine ilişkin hususlarda kabulün hukukî sonuçlarını doğuramayacağına ilişkin bkz. 8.HD, 13.11.2007, 5808/6383, İBD 2008/1, Cilt: 82, s. 361.

²⁸² Aynı yönde bkz. Ermenek, s. 26. Berkin, bu hususta iflâs kararı verilmeden evvel davacının iflâs davasından feraat edebileceğini ve fakat bunun hüküm verilme anından sonra etkisiz bir işlem olarak görülmesi gerektiğini belirtir. Berkin, Yargıtay'ın, s. 1052.

²⁸³ "İmar planı olmayan yerlerde yapılaşma amacına yönelik olarak arsa ve parsellerin hisseleri ayrılarak satışı ve satış vaadi yasaklanmıştır. Kamu düzeni gereğince satışın yasaklandığı bu konuda davalının davayı kabul beyanının hukukî sonuç doğurmayacağı..." 14.HD., 27.10.2003, 7182/7542. Aynı yönde 4.HD., 24.03.2008, 1347/1625. www.kazanci.com.tr.

²⁸⁴ Aynı yönde Aybay, A., Müşterek, s. 46. Aksi yönde, Ermenek, s. 28.

²⁸⁵ 1.HD., 21.11.2007, 9740/11187, İBD 2008/3, Cilt: 82, s. 1549; Aslan, s. 68; Önen, Feragat ve Kabul, s. 28, dn. 4; Tanrıver, Kabul, s. 223.

açan davacının bu hak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamakla birlikte, açtığı boşanma davasından feragat edebileceği kabul edilmektedir²⁸⁶. Bazı davalar bakımından ise feragat sonuç doğurmayacaktır. Bu kapsamda hâkimlere karşı açılan tazminat davalarından²⁸⁷, ortaklığın giderilmesi davasından²⁸⁸, iflâs davasında iflâs hükmü verildikten sonra (İİK m. 165 f. 2)²⁸⁹, hizmet tespit davalarından²⁹⁰ ve çekişmesiz yargı işlerinden²⁹¹ davacının feragati, sonuç doğurmayacaktır. Sonuç olarak medenî yargılama hukukunda tarafların tasarruf yapabilmeleri, yapmak istedikleri işlemin konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmalarına bağlı olmayacak²⁹², yapılmak istenilen tasarrufların maddî hukuk bakımından tanınıyor olması ve emredici karektere sahip hukuk hükümlerine aykırı olmaması ile açıklanabilecektir²⁹³.

Sulhte olduğu gibi, tarafların kabul ve feragat beyanında bulunmaları halinde de hâkim taraf tasarruflarını değerlendiremeyecektir²⁹⁴. Çünkü kabul ve feragat hallerinde, tarafların doğrudan maddî hukuk sahasına ait hak sahipliği de etkilenmektedir²⁹⁵. Bu hallerde hâkim, sadece usûlün öngördüğü şekil şartlarına

²⁸⁶ 2.HD., 21.10.2008, E.2007/17451 K.2008/13787; HGK 12.04.1995, 2-138/384. www.kazanci.com.tr Yargıtay kamu yararı sebebiyle boşanma davalarından feragat edilemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. **Aslan**, s. 77; **Gürdoğan**, Boşanma Davalarında, s. 216.

²⁸⁷ 4.HD, 11.04.1966, 2611/4318 (ABD 1967/6, s. 899). Bu düşünce kamu yararı düşüncesinden çok, bu yolla hâkimlerin gereksiz yere yıpratılmalarını önlemeye yöneliktir. Bkz. **Aslan**, s. 78.

²⁸⁸ Bu davalarda talep sonucu aynı zamanda davalıların da ortak menfaatlerine hitap etmektedir. 6.HD., 18.03.2002, 1707/1857; HGK 30.01.1991, E.1990/520, K.1991/11; HGK 22.03.1989, 105/190. Ayrıca bkz. **Pakel**, s. 162. Kanaatimizce burada bir haktan değil, sadece bir istemden vazgeçilmesi söz konusu olacaktır. Bu sebeple davacının vazgeçme iradesi ancak bütün dava edilenlerin onayı ile ve davanın geri alınması şeklinde gerçekleşmek zorundadır.

²⁸⁹ İflâs hükmü verilmekle, oluşan durum müflisin diğer alacaklılarının da hukukî durumunu etkilemiştir. 11.HD., 05.04.1991, 132/2415. www.kazanci.com.tr

²⁹⁰ HGK, 05.03.2008, 21-215/222; Yargıtay kamu yararı sebebiyle hizmet tespiti davalarından feragat edilemeyeceğini kabul etmektedir. 10.HD., 26.11.2007, 2174/19643. www.kazanci.com.tr

²⁹¹ 2.HD., 17.05.1996, 4511/5252 (YKD 1996/9, s. 1387).

²⁹² **Cahn**, s. 71.

²⁹³ **Cahn**, s. 38; **Rechberger**, Rechberger Komm., § 394 kn. 2 (s. 880).

²⁹⁴ **Cahn**, s. 36; **Jakoby**, Musterprozeßvertrag, s. 131, 134. Feragat ve kabulün hak arama özgürlüğü sebebiyle hâkim tarafından değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. **Demircioğlu**, s. 238 vd.

²⁹⁵ 2.HD., 13.03.2008, 2383/3409, İBD 2009/1, s. 439; **Schilken**, Hâkimin Rolü, s. 58; **Soner**, s.1025. Alman hukukunda söz konusu etkinin doğması iradenin karşı tarafa yöneltilmesi ve karşı tarafın rıza göstermesine bağlı olduğundan, karşı tarafın rıza göstermemesi durumunda geçerli bir feragat ve kabulün olmadığı ve sonuçlarını doğurmayacağı düşünülecek; bu durumda mahkemenin her iki durum için hukukî yarar yokluğu nedeniyle davayı reddedeceği ileri sürülmüştür. **Thomas**, Auswirkungen, s. 191 vd. Aynı yönde BGHZ 10, 333. Biz bu durumda usûlî talebin davalı tarafından kabul edilmekle birlikte davacının onaylamaması durumunda maddî hukuk bakımından

uygun bir feragat ve kabulün yapılıp yapılmadığını ve dava edilen usûlî talebin söz konusu usûlî işlemle tasarruf edilebilir olup olmadığını inceleyecektir. Dava dışı üçüncü kişilerin zarara uğratılması amacıyla kabul ve feragatin kullanılması durumunda kanımızca, hâkim, medenî yargılama hukukumuz sistemimizde bu işlemlerin sonuçlarını engelleyecek konumda değildir. Bu halde hâkim sadece meydana çıkan sonuçları tespit eden konumunda olacaktır²⁹⁶. Bu sebeple ister karşı tarafın hata ve hilesi ile söz konusu tasarruf işlemleri gerçekleşmiş olsun isterse de dava dışı üçüncü kişiye zarar verme amacıyla söz konusu işlemler yapılmış olsun, bunlara ilişkin tespitler, ancak ayrı bir davanın konusuna oluşturmaktadır.

Taraflar usûlî talep üzerinde feragat ve kabul işlemlerini, kesin hükmün verilmesi anına kadar yapabileceklerdir²⁹⁷. Zira usûlî talep, kesin hüküm anına kadar derdest olacak ve taraf tasarrufuna açık olacaktır. Biz kabul ve feragatin dava üzerinde gerçekleştireceği etkinin, mahkemenin vereceği karar ve kesin hüküm konularında, sulhe ilişkin yaklaşımımızdan daha farklı düşünmemizi gerektirecek bir sebebin olduğunu düşünmemekteyiz. Zira sulh hem kabul hem de feragat işlemidir. Bu itibarla feragat ve kabul işlemi ile yargılamanın sona erdiğini²⁹⁸, bunun için mahkeme ayrıca bir kararına ihtiyaç olmadığını²⁹⁹, feragat ve kabulü belirten tutanağın talep sonucuna ilişkin maddî anlamda kesin hükmün etkilerini doğurduğunu³⁰⁰, bu sebeple aynı konuda tarafların dava açmaları durumunda kesin hükmün önleme fonksiyonu ile engelleneceğini³⁰¹ düşünmekteyiz.

geçerli şekilde meydana gelmeyen kabul kurumunun en azından usûlî sahada etkisini göstererek davanın esastan kabulüne yol açması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu durumda verilecek hükmün, davacının kabulüne ve talebine bağlı olarak verilebilmesi düşüncesine ve bu kapsamda davacının kabul anına kadar davada tartışılan önsorunlara ve yapılan tespitlere ilişkin hüküm elde etme menfaatinin göz ardı edilemeyeceğine ilişkin yaklaşımlara (Bkz. Knöpfel, 457).

²⁹⁶ Schilken, Handlungsspielraum, s. 166, 169.

²⁹⁷ 15.HD., 24.09.2008, 5645/5619, İBD 2009/1, s. 563; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 424; Ermenek, s. 83; Tanriver, İlâmlı İcra, s. 105; Önen, hükmün verileceği ana kadar davadan feragatin gerçekleşebileceğini düşünmektedir. Önen, Sulh, s. 110. Aynı yönde ayrıca bkz. Önder, s. 810. Davadan feragatin açılmış bir davaya ilişkin yapılabileceği hakkında bkz. Aslan, s. 138.

²⁹⁸ Ermenek, s. 101, 102; Tanriver, Kabul, s. 230.

²⁹⁹ 2. HD, 22.10.2003, 13053/14056, TBBD No:50 2004, s. 217; Aslan, s. 158; Gürdoğan, Kesin Hüküm, s. 37; Postacıoğlu, Medenî, s. 481; Tanriver, Kabul, s. 230, 231; Üstündağ, Medenî, s. 575, 576; Bundan dolayı, kesin hüküm ancak uyumsuzluğun maddî hukuk açısından kesin hükümle sona ermesine kadar mümkündür. Prütting/ Wesser, s. 277.

³⁰⁰ 7. HD, 18.03.2005, 840/758, YKD Mayıs 2005, s. 692; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, Medenî, s. 426. Aksi yönde bkz. Önen, Feragat ve Kabul, s. 34. Ermenek, kabul halinde kesin

Feragatin ve kabulün aynı zamanda bir maddî hukuk işlemi olarak kabul edilmesi, bu işlemlerin irade fesadı sebebiyle iptal edilmelerine yol açabilecektir³⁰². Bu halde işlemin iptali ile işlemin maddî hukuka ve yargılama hukukuna ait doğmuş sonuçları ve etkileri, tıpkı sulhte olduğu gibi ortadan kalkacaktır³⁰³. Sona ermiş bir davanın bir usûl sisteminde kaldığı yerden itibaren tekrar görülebilir olması, ancak derdestliğinin muhafaza edilmiş olması halinde mümkündür. Oysa kabul ve feragat durumunda davanın derdestliği ortadan kalkmış olduğundan, davanın tekrar derdest hale gelmesi, ancak aynı usûlî talep hakkında yeni bir dava açılması ile söz konusu olabilecektir³⁰⁴. Bu durum yargılama hukukumuz sistemi açısından, kanun yolu olmayan, saklı bir yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmaktadır. Bu halde yeni

hükümün etkilerini göstereceğini düşünmekle beraber (Kabul, s. 138), tarafların yeniden dava açmaları durumunda kesin hüküm itirazının kullanılmayacağını düşünmektedir. **Ermenek**, s. 144. Biz kesin hüküm itirazının kullanılmasını feragat, kabul ve sulh durumunda kesin hükme değil, onun etkisine bağladığımızdan bu durumda kesin hüküm itirazı kendiliğinden söz konusu olacaktır. **Aslan** ise feragatin sadece şekli kesin hüküm olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekte olup (**Aslan**, s. 167), kanaatimizce HUMK m. 95 kapsamında etkisinin gerçekleşeceği kurum olarak maddî anlamda kesin hüküm değerlendirilmelidir. Feragat ve kabulün kesin hüküm oluşturacağı hakkındaki görüş için bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, Medenî, s. 552.

³⁰¹ Bu durumda dürüstlük kuralı sebebiyle tarafların dava açamayacaklarına ilişkin görüş hakkında bkz. **Aslan**, s. 181. **Önen**, feragat ve kabul işlemlerinin yapıldığı usûlî talebin yeniden dava edilmesi halinde karşı tarafın defî ileri sürerek kendisini koruyabileceğini düşünmektedir. **Önen**, Feragat ve Kabul, s. 37

³⁰² Usûlî bir işlem olarak değerlendirilmeleri sebebiyle kabul ve feragatin irade fesadı sebebiyle iptal edilemeyeceği düşünülmektedir. **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım**, Medenî, s. 163, 164; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özkes**, Medenî, s. 168; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 131 kn. 63, 68, 75 (s. 925, 926, 928). Bu hususta öğretide **Arens** nitelikte, içerik ve açıklamada hata sebeplerine, hileye ve tehdide dayanarak meydana gelen irade fesadı sebepleri dolayısıyla kabul ve feragatin iptal edilebileceğini (**Arens**, Willensmängel, s. 211, 222), **Wolf** ve **Orfanides** ise önemli olmayan motiv hatası, hile ve tehdit gerekçeleri ile kabul ve feragatin iptal edilebileceğini (**Wolf**, Anerkenntnis, s. 72, 120; **Orfanides**, s. 73, 76) ileri sürmüşlerdir.

³⁰³ Usûl kurallarımız arasında irade fesadının bir usûlî işlemle gerçekleşmesi durumuna ilişkin tek hüküm, yargılamanın hile ve hud'a (aldatma) sonucunda verilen bir hükme dayanması durumunda yenilenebileceğidir. Şu durumda bu açık düzenleme karşısında, bir irade fesadı sebebine dayanarak iptaline karar verilen bir irade açıklamasının doğurduğu usûlî sonuçların geçersizliğinin ayrıca bir başka yolla tespit edilmesinin mümkün olmadığı düşünülebilir. Bu hususta Alman hukuku öğretisinde hâkim olan düşünce, yargılamanın yenilenmesi sebeplerine dayanılarak hile ve aldatma sebeplerinden dolayı (dZPO § 580 abs. 4) mahkeme hükmünün iptali ve yeni bir hüküm verilmesi mümkün olduğundan ayrıca aynı gerekçelerle kabul ve feragatin ortadan kaldırılmayacağı şeklindedir (**Schwab**, Probleme, s. 507). Biz ise feragat ve kabul durumunda mahkemenin ayrıca bir hüküm vermekle yargılamayı sonlandırmaması nedeniyle, yani irade beyanında bulunulmakla yargılamanın hüküm verilmeksizin sona ermesi sebebiyle HUMK m. 45 f.1 b. 7'nin kullanılmayacağını düşünmekteyiz. **Belgesay**, Borçlar kanunun iradenin fesadı halinde işlemin hükümsüzlüğüne ve iptaline ilişkin var olan düzenlemeyi genel mahiyeti sebebiyle medenî yargılama hukukuna da uygulanması gerektiğini düşünmektedir. **Ansay**, Hukuk, s. 175; **Belgesay**, Hukuk, s. 256; **Bilge**, Medenî, s. 310; **Postacıoğlu**, Medenî, s. 481, 482.

³⁰⁴ Davanın kaldığı yerden görüleceği düşüncesi için kabule ilişkin olarak bkz. **Ermenek**, s. 148 ve feragate ilişkin olarak bkz. **Aslan**, s. 175.

bir yargılamanın görülebilmesi, kabul ve feragatin iptal edildiğinin bir mahkeme hükmünde tespiti ile ancak söz konusu olacaktır. Zira ortada bir kesin hüküm olmasa da feragat ve kabulle doğan etkiler, bu etkilerin hükümsüzlüğünü belirten bir mahkeme kararı ile ortadan kaldırılabilecektir. Davayı kabul eden beyanından dönmek isterse, bu durumda şu ayırımı yapmak gerekecektir. Eğer kabul bir maddî hukuk işlemi de ifade etmekte ise, o zaman dönülen irade beyanı hem usulî talebe ve hem de maddî hakka ilişkin sonuçları doğurduğu gibi ortadan da kaldıracaktır. Bu durumun görülmekte olan davaya yansımaları, ancak davanın yeniden açılmasına engel olan kesin hüküm itirazının ortadan kalkması şeklinde olacaktır. Bu ise kanımızca gene bunu tespit eden bir mahkeme hükmü ile olmalıdır, zira kesin hükmün etkisi taraf iradeleri ile ortadan kaldırılamaz. Feragate ilişkin olarak ise, beyan sahibinin yenilik doğuran bir hakkı kullandığı ve tükettiği düşünülecek olursa, tek taraflı bir irade beyanına dayanarak dönmesi ve doğan usulî ve maddî sonuçları ortadan kaldırması mümkün olmayacaktır³⁰⁵. Feragat ve kabul sadece usulî talebe ilişkin olarak gerçekleşmişse, bu durumda tarafların irade beyanlarını geri almaları maddî hata³⁰⁶ durumu hariç mümkün olmayacaktır³⁰⁷.

D. Davanın Konusuz Kalması

Davanın konusuz kalması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda düzenlenmemiş bir konudur. Bu sebeple davanın konusuz kalması³⁰⁸ durumunun, mahkeme tarafından usule ilişkin bir kararla mı, yoksa esasa ilişkin bir kararla mı sonuçlandırılması gerektiği ve bu duruma bağlanan sonuçların açıklığa kavuşturulması, bir zorunluluk oluşturmaktadır. Alman hukukunda, tarafların birinin, karşı tarafın onayını alarak (ses çıkarmama yoluyla örtülü de olabilecektir) mahkemeye uyuşmazlığın sona erdiğine ilişkin bir beyanda bulunarak yargısal faaliyete son verebileceği düzenlenmiştir (dZPO § 91 a). Bu düzenlemeye göre,

³⁰⁵ Aslan, s. 40, 41.

³⁰⁶ Davanın aynı davacıyla aralarında görülen iki davadan biri için düşündüğü kabul beyanını, yanlışlıkla düşünmediği dava için yapmış olması gibi.

³⁰⁷ Önen, Feragat ve Kabul, s. 237.

³⁰⁸ Davanın konusuz kalması sadece derdest olan yargılama için söz konusu olabilecek, dava açılmadan dava konusunu ortadan kaldırmış olan olayların varlığının tespiti halinde, dava esastan reddedilecektir. Schwab, einseitige Erledigungserklärung, s. 129; Becker-Eberhard, Entwicklung, s. 278.

tarafların maddî uyuşmazlığın sona erdiğini açıklamaları ile ayrıca bir mahkeme kararına gerek olmaksızın doğrudan yargısal faaliyet sona erecektir. Verilen bir mahkeme kararı olmadığından yargılamanın bu halde sona ermesi, uyuşmazlık konusunda yeni bir davanın görülebilmesini, *'kesin hükümden'* ya da *'çelişki yasağından'* dolayı değil, belki taraflar için *'hukuki yarar yokluğu'* dolayısıyla engelleyecektir. Bu durum, Alman hukukunda yargısal faaliyet iddiasına ilişkin tarafların yaptıkları, usûlî bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir³⁰⁹. Kanuni düzenlemesi olmamakla birlikte, davacının davanın sona erdiği açıklamasına davalının onay vermemesi (karşı çıkması) durumunda da, mahkemenin davacı iddialarını (einseitige Erledigungserklärung) inceleyerek davanın konusuz kaldığını tespit edebileceği kabul edilmektedir.

Hukukumuz açısından ister tek tarafın isterse de iki tarafın birlikte davanın konusuz kaldığı iddiasını mahkeme önüne getirmeleri durumunda, mahkeme, dava konusunun konusuz kaldığına ve hüküm verilmesine yer olmadığına ilişkin bir tespit hükmü verecektir³¹⁰. Bu kurumun, kanuni düzenlemesi hukukumuzda da bulunmamaktadır. Bu durumu biz, usûlün sübjektif menfaatleri gerçekleştirme amacına aykırı görmemekteyiz, bilâkis, mahkemenin yapacağı tespit, tarafların sübjektif menfaatleri için bir korunma ihtiyacının kalmadığına ya da tarafların bu husustaki taleplerini geri çektiklerine ilişkin olacak ve hukuksal barışı sağlayacaktır³¹¹. Kaldı ki, davanın konusuz kalmasının gerçekleştiğinin tespiti, medenî yargılama hukukunun maddî gerçek amacına da hizmet edecektir. Biz taraflardan her ikisinin uyuşmazlığın sona erdiğini açıklamalarının iki şekilde değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. İlk olarak taraflar davanın, dava konusunun ödenmesi vs. gibi bir sebepten dolayı konusuz kaldığını birdirmiş iseler, bu durum kanımızca taraflar arasında bir usûlî anlaşma olarak değerlendirilmemelidir. Zira uyuşmazlık konusu üzerinde gerçekleşen durum, her iki tarafın arzusu dâhilinde gerçekleşmemekte, sadece fiilî durumun yargısal tespitine ilişkin mahkemeye bir tarafın ya da tarafların birlikte bir başvuruları söz konusu olacaktır³¹². İkinci olarak

³⁰⁹ Assman, s. 193; Habscheid, Rechtsnatur, s. 166.

³¹⁰ HGK., 25.01.2006, E.2005/10-766, K. 2006/16; 3.HD., 25.04.2006, 2465/4930, www.kazanci.com.tr; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 513; Üstündağ, Medenî, s. 272.

³¹¹ Wieser, Grundzüge, s. 45 kn. 106.

³¹² Deubner, Grundprobleme, s. 205, Prütting/ Wesser, s. 293; Smid, s. 270 (245 vd).

dış dünyada gerçekleşen durumla dava konusuz kalmış olup da, taraflar dış dünyada yaşanan olguları bildirmeden, yargısal faaliyeti sulh yaptıklarını bildirerek ya da davayı geri alarak³¹³ da sonlandırabileceklerdir. Davanın geri alınması ve sulh kendiliğinden yargılama faaliyetini sona erdirecekken, davanın konusuz kaldığının bildirilmesi durumunda usûlî bir anlaşmadan değil, uyuşmazlığın yok olmasından ve bu durumun görülen yargılama faaliyetine etkisinden söz etmek daha doğru olacaktır³¹⁴. Bu etkinin doğması için tarafların birlikte davanın konusuz kaldığını bildirmeleri de gerekli olmayacaktır³¹⁵.

Davanın konusuz kalması, gerçek anlamda dava konusunun her iki unsurunun da (talep sonucu ve hayat olayı) tatmin edilmesi ya da ortadan kalkması ile gerçekleşecektir. Alacak davasında paranın ödenmesi, alacaklı ile borçlu sıfatlarının birleşmesi, müdahalenin meni davasında müdalenin sona erdirilmesi, tahliye davası devam ederken tahliyenin gerçekleşmiş olması, mirasçılara devredilmeyen kişilik haklarına ilişkin davalarda taraflardan birinin ölümü bu türdendir. Bu halde talep sonucu, hayat olayı unsuru ile birlikte sona ermiştir ve dava konusunun aynı ya da farklı bir şekilde tekrardan görülmesi mümkün değildir. Bunun dayanağı da kanımızca ne kesin hüküm ne de çelişki yasağı olacaktır³¹⁶. Bu halde aynı hayat olayına ilişkin aynı talebin ileri sürülmesi, hukukî yarar yokluğu (tahliye davası devam ederken tahliyenin gerçekleşmesi durumunda) ya da talebin dinlenebilir olmaması ile (alacaklı ile borçlu sıfatlarının birleşmesi) engellenmektedir.

Gerçek olmayan davanın konusuz kalması durumunda ise, sadece talep sonucunun istenilemezliği gerçekleşmekte olup, talep sonucu değişikliği ile davanın devamı sağlanabilecektir. Borçlunun temerrüdüne dayanarak açılan aynen ifa davasında aynen ifaya konu olan eşyanın telef olması, temerrüt hayat olayını ortadan kaldırmayıp, sadece aynen ifaya ilişkin talep sonucu hakkında hüküm verilemezliğine neden olmaktadır. Bu nedenle burada gerçek anlamda davanın konusuz kalmasından değil, talep sonucu üzerinde gerçekleşen bir değişmeden (dava

³¹³ Blomeyer, Grundprobleme, s. 213.

³¹⁴ Blomeyer, Grundprobleme, s. 213; Musielak, Neue Fragen, s. 1206.

³¹⁵ Assman, s. 204.

³¹⁶ Blomeyer, Grundprobleme, s. 214. Bu halde kesin hükmün söz konusu olacağına ilişkin bkz. 14.HD., 04.10.2005, 5751/8624.

konusu değişikliğinden) bahsetmek gerekecektir³¹⁷. Yukarıda verilen örnekte aynen ifanın imkânsız olması durumunda davacının temerrüde bağlanan diğer seçimlik hakları kullanmasının sağlanması, bu yolla da talep sonucu değişikliğinin gerçekleşmesi sağlanmalıdır. Bu durumu bazen ise taraf iradesine gerek olmaksızın Kanunun kendisi öngörmektedir. Örneğin, icra takibine konu alacağı ilişkin açılan menfi tespit davası devam ederken cebri icra takibinde gerçekleşecek borcun ödenmesi olayı, davayı kendiliğinden istirdat davasına dönüştürecek (İİK m. 72)³¹⁸.

Kanunun sonuç bağlamamış olduğu “gerçek olmayan davanın konusuz kalması” durumunda talep sonucunun şeklini ve davanın gerçek anlamda konusuz kalması halinde bunun görülen yargısal faaliyete nasıl yansıtacağı hususunda taraf egemenliğinin söz konusu olması, bu kurumun tasarruf ilkesi ile bağlığını ortaya koymaktadır³¹⁹.

³¹⁷ Bkz. **Habscheid**, Rechtsnatur, s. 159, 160. Aksi yönde bkz. **Schwab**, Einseitige Erledigungserklärung, s.130 vd.

³¹⁸ “Dava devam ederken dava konusu alacağın ödenmesi nedeniyle davanın konusuz kalmış sayılması için her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hiçbir hukukî yararının kalmamış olması gerekir. Davanın açılmasından sonra doğan bir olay nedeniyle (ödeme) davanın konusuz kalmış gözükmese de, tarafların davanın esası hakkında karar verilmesindeki hukukî yararları devam ediyorsa davanın konusuz kaldığından söz edilemeyeceğinden yargılamaya devam edilerek esas hakkında bir karar verilmesi gerekir...” 10.HD., 07.04.2005, 798/3815. Hayat olayının buradaki belirleyici yapısı bazı Yargıtay kararlarında yanlış şekilde değerlendirmelerde bulunulmasına neden olmuş (“Dosya içeriğine göre,belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmayı gerektiren objektif nedenlerin bulunmadığı, askıya alma konusunda iş hukukunda düzenleme olmadığı, bu şekilde askıya almanın fesih anlamına geleceği, işverenin feshinden sonra aynı iş için aynı unvanla işçi aldığı, 30.12.2005 tarihindeki işveren feshinin geçerli nedene dayanmadığı, davacının yargılama sırasında 03.04.2006 tekrar işe başlatıldığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve işe iade konusuz kaldığından bu konuda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.” 9.HD., 13.11.2006, 31073/29748); bazı Yargıtay kararlarında ise aksine hayat olayı doğru değerlendirilmiştir (“Sözleşmenin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. İşverence dava sırasında yapılan davet daha önce gerçekleştirilen feshi ortadan kaldırmaz. Kaldı ki gönderilen davet yazısında bazı şartlar ileri sürülmüştür. Davacının önceki işinde ve aynı ücretle çalışacağı belirtilmemiş, eğitimine uygun başka bir kadroda istihdam edileceği belirtilmiştir. Davacı bu davet in kanuna uygun olmadığını, belirterek itiraz etmiştir. Bu davet önceki iş sözleşmesinin tekrar kurulması ve açılan davanın kabulü niteliğinde değildir. Bu nedenle işe iade isteminin konusuz kaldığı gerekçesi ile reddine karar verilmesi hatalıdır. Somut bu maddî ve hukukî olgulara göre feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde konusuz kaldığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulması hatalıdır.” 9. HD., 30.04.2007, 1308/13524, www.kazanci.com.tr.

³¹⁹ **Deubner**, Grundprobleme, s. 205; **Habscheid**, Rechtsnatur, s. 158 vd.

IV. BÖLÜM

KANUN YOLUNDA TASARRUF İLKESİ

§ 8. KANUN YOLUNA BAŞVURULMASINDA TARAF TASARRUFU

A. Kanun Yoluna Başvuru Özgürlüğü ve Hakkı

Kişilerin hak ihlalleri konusunda hukukî korunma arzularının yöneltebilecekleri bir adli hizmetin olması, hukuk devletinin bireylerine sunduğu hak arama özgürlüğünü ile doğrudan ilişkilidir. Bu hakkın engellenmesi, hak arama özgürlüğüne ilişkin doğrudan bir engeli oluştururken, adli hizmetin yanlış yerine getirilmesi ve istenilen etkin hukuki korunmanın sağlanmaması dolaylı olarak hak arama özgürlüğünü ihlâl etmektedir. Bu ikinci halde adli hizmetin yanlışlığı, kanun yoluna başvurmakla giderilebileceğinden, hak arama özgürlüğünün kural olarak kanun yoluna başvurma hakkını da barındırdığı öğretide ifade edilmektedir¹. Anayasa Mahkemesi ise bu hususta vermiş olduğu bir kararında kanun yoluna başvurma olanağını kişi haklarına ve topluma güvence sağlayan anayasaya uygun hukuksal metot olarak görmüştür². İlk derece mahkemesi kararlarının hukuka uygunluk kontrolü, kanımızca hukukî korumanın ve bunun etkin temin edilmesi konusunda devlete yüklenen anayasal sorumluluk ile açıklanmalıdır. Zira devlet hukukî korunma talebinin maddî gerçek tespit edildiği oranda karşılanması konusunda bireylere anayasal garanti ve haklar vermekle hukuk devleti olmaktadır. Şu durumda ilk derece mahkemesinin talep edilen hukukî korumayı sağlamadığı veya etkin olarak sağlayamadığına ilişkin bir kontrol yapılması konusunda taraflara

¹ Akkaya, İstinaf, s. 43; Bilge/ Önen, Medenî, s. 637; Demircioğlu, s. 273; Gilles, Rechtsmittelreform, s. 253; Reichel, Kanun ve Kaza, s. 275. Alangoya, Anayasanın 154. madde 1. fıkrası hükmüne (Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.) dayanarak, Türk anayasa sisteminde, mahkeme kararlarının kontrolü talebini, yargılamanın taraflarına verilen bir anayasal hak olarak açıklamaktadır. Alangoya, Kanun Yolunun, s. 30 vd. Bu hakkın hak arama özgürlüğü ile doğrudan bağlantılı ve anayasal bir hak olduğu yönünde öğretide aynı yönde başka düşünceler de bulunmaktadır. Bkz. Üstündağ, 1711 Sayılı, s. 136 vd; Üstündağ, Mukayeseli, s. 73; Yıldırım, İstinaf, 2000, s. 23; Yılmaz, Hukuk Davaları Bakımından, s. 71; Yılmaz, Medeni Hukuk ve Usul Reformu, s. 484; Yılmaz, Yasa Yollarına Başvuru Hakkı, s. 135.

² An. Ma. Kar. 18.02.1971, 1971/31-21 (RG 09.07.1971, Sayı: 13890).

vereceği haklar ve yetkiler, anayasaya değil, etkin hukukî korunma talebine bağlı ikinci derecede haklardır. Ayrıca kanun yoluna başvuru hakkının, kanun koyucunun takdirine bağlı olarak bazı başvuru şartlarına bağlı olarak düzenlenmesi³ ve bazı sosyal ve malî gerekçelere dayalı kamu menfaati düşüncesiyle kanun yoluna başvuru imkânının sınırlandırılması, hak arama özgürlüğü ile kurulan bağlantının doğrudan olmaması sebebiyledir. Zira hak arama özgürlüğü, sadece bir yargılama faaliyeti olanağının verilmesini ifade etmektedir; yoksa yargısal faaliyetin yanlış ya da eksik yapılmış olduğu düşüncesi ve endişesini doğrudan barındırmaz⁴.

Medenî yargılama hukukunda geçerli olan taraf özgürlüğü, kanun yoluna ilişkin olarak *ayrıca* söz konusudur. Ancak uyumsuzluk hakkında başlatılan yargısal faaliyetin henüz sona ermediği, bu nedenle tarafların hem uyumsuzluk konusu yargılama faaliyetine hem de kanun yoluna ilişkin iki ayrı sahada farklı tasarruf yetkileri olduğu dikkatten kaçmamalıdır.

³ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 132 kn. 12 (s. 931).

⁴ Yargısal faaliyet sonucuna, en azından kararı veren yargı organına itirazda bulunma olanağı verilmesi [Bilge, Karar Düzeltme, s. 107; Sivrihisarlı, s. 3; Sungurtekin Özkan, Karar Düzeltme, s. 480] veya üst yargı organına başvuru olanağı verilmesi, hak arama özgürlüğü ile ancak dolaylı bir bağlantıyı ortaya koymaktadır [Gilles, Rechtsmittelreform, s. 253; Lorenz, Rechtsschutz, s. 241 vd.; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 132 kn. 13 (s. 931) Voßkuhle, s. 2193]. Bu sebeple mahkeme kararlarının kontrolünü, hak arama özgürlüğünün bir unsuru olarak görmemekteyiz. Dolayısıyla bu hakkın kullanıma imkânı ve kapsamı, hukukî koruma talep edilen hakkın konusuna bağlı olarak değişik derecelerde yasa koyucu tarafından sınırlandırılabilir [Özkes, Sorularla, s. 23.]. Bu sınırlandırmaların, esasen anayasal bir ihlali barındırdığını düşünen Alangoya, yargının fonksiyon görülebilirliğinin muhafazası [Alangoya, Kanun Yolunun, s. 38] şeklinde bir anayasal gerekçeye, Yılmaz, hukuk birliğinin sağlanması ve somut olay adaletinin gerçekleşmemesi ihtimaline [Yılmaz, Yasa Yollarına Başvuru Hakkı, s. 151, 155], Öztekin, medenî yargılama hukukunun amacının gerçekleşmesine engel olduğuna [Öztekin, HUMK m. 427'deki, s. 63], Belgesay aile servetine bağlı kalınmasına [Belgesay, Tahlil, s. 497], Ansay, temyiz edilemeyecek kararlar için duyulan saygının azalacağına [Ansay, Hukuk, s. 348] ve menfaatin sadece parasal sınıra bağlı olarak değerlendirilemeyeceğine [Akkaya, Temyize Başvuru, s. 72 vd., 97; Hanağası, Tarihsel, s. 212; Üstündağ, Medenî, s. 830] dayanarak hak arama özgürlüğünün çerçevesini belirtir. Anayasa Mahkemesine göre ise, kanun yoluna ilişkin sınırlandırmalar, kamu yararı ve anayasada üst yargı denetimi şeklinde bütün mahkeme kararlarının denetlenebileceğini öngören bir düzenleme bulunmaması ve sonsuz bir yargı denetiminin söz konusu olamayacağı [AnMahK, 05.10.1995, 15/55; AnMahK, 20.01.1986, 1985/23, 1986/2; AnMahK, 23.05.2001, 232/89] gerekçesi ile haklılık taşımaktadır. Bize göre devletin yargılamanın taraflarına vermek zorunda olduğu bir hakkın sınırlandırılmasından değil, devletin yargısal faaliyet iddialarını etkin bir hukukî koruma altında sağlaması sorumluluğundan söz etmek gerekecektir. Bu nedenle sorun, kontrol imkânı verilmeyen ilk derece mahkeme kararlarının görüldüğü yargılamalarda taraflara devletin uyumsuzluk hakkında kapsamlı bir hukukî ve maddî bir tahkikat imkânı sunmuş olup olmadığı sorunudur (Bu husustaki ayrıntı için bkz. Fischer, N., s. 36). Kaldı ki kanun yoluna başvuru, AİHS'ne ek 7 numaralı protokolde *sadece* cezai bir fiilden dolayı verilen kararlar için bireye tanınması gereken mutlak bir hak olarak değerlendirilmiştir.

Kanun yolu yargılaması, her şeyden evvel yargılamanın her iki tarafının başvurabileceği konusunda bir mutlaklık içermez. Zira kanun yoluna başvuru olanağı, hukukî durumu hüküm sonucundan kısmen ya da tamamen etkilenen tarafa aittir⁵. Burada belirleyici olan husus, kararın yanlış ve bundan dolayı kanun yoluna başvuran tarafın hukuki durumuna haksız bir şekilde sıkıntı vermesi, onun için sakıncalı bir durum yaratmasıdır⁶. Bu kabulün sebebi, kanun yolunun amacının, verilen mahkeme kararının onaylanması ya da tekrardan bir kontrolün yapıyor olmasıdır⁷. Dolayısıyla kanun yolu imkânı, hüküm sonucu aleyhine olan tarafın savunma ihtiyacı içinde olması ve hüküm sonucunun kendisine verdiği sıkıntıdan yola çıkılarak açıklanmalıdır. Hüküm sonucu lehine olan tarafın ise, lehine olan hüküm sonucuna ilişkin olarak *bağımsız olarak* kanun yoluna başvuru hakkı bulunmamaktadır, bu kişi sadece karşı tarafın kanun yoluna başvurması durumunda lehine olan hüküm sonucu üzerinde geçici olarak gerçekleşen erteleyici etkinin, kesin şekilde ortadan kalkması için katılmalı olarak kanun yoluna başvurabilmektedir⁸. Bu durumda katılmalı kanun yoluna başvuran tarafın başvurusu, kanımızca, kanun yoluna başvuran tarafın başvurusuna bağımlı olarak gerçekleşmekte ve kanun yolu incelemesinin kapsamı, kanun yoluna başvuran tarafın belirlediği kapsamda olmaktadır⁹. Bu sebeple katılmalı olarak kanun yoluna başvuran tarafın, kendi lehine verilen hüküm sonucunu korumak ve kanun yolu yargılamasında yapılan tespitlerin sonradan gerçekleşecek hüküm aşamasında kendi hukuksal durumuna zarar vermesini engelleme amacı bulunmaktadır. Bu sebeple katılma yolu başvurusu, cevap dilekçesi ile yapılmaktadır¹⁰.

⁵ Çekişmesiz yargıda taraf maddî anlamda kabul edildiğinden maddî tarafın (vesayet kararına karşı velayet sahiplerinin) kanun yoluna başvuru hakkına sahip olduğu Yargıtay kararlarında ve öğretide kabul edilmektedir. 2.HD, 05.12.1985, 9693/10284. www.kazanci.com.tr; **Budak**, Çekişmesiz, s. 175 vd; **Budak**, Üçüncü Kişilerin, s. 131 vd; **Kuru**, Nizasız, s. 145; **Özekes**, Çekişmesiz, s. 690; **Özekes**, Hukukî Dinlenilme, s. 270.

⁶ Bu karardan olumsuz etkilenen tarafın mutlaka belirli bir yük (bir şey ödemek vs.) altına girmesi aranmamaktadır.

⁷ **Gilles**, Anschließung, s. 144.

⁸ **Özbay /Okumuş**, s. 355; **Gilles**, Anschließung, s. 142.

⁹ **Renneke**, s. 122, 123.

¹⁰ **Akkaya**, İstinaf, s. 173.

Kanun yoluna başvuru hakkı, sürelerle sınırlandırılmıştır. Verilmiş bir hükmün erteleyici etkisinin doğmasının her zaman için yapılacak bir başvuru ile mümkün olması, hukuk güvenliği ile uyumlu olmayacaktır.

B. Kanun Yoluna Başvuru İle Bağlılık

1. Genel Olarak

İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu karara karşı, taraflar dilerlerse, kanun yoluna başvurarak verilen kararın bir üst derece mahkemesinde incelenmesini isteyebileceklerdir. Üst derece mahkemesinin, doğrudan ilk derece mahkemesi kararlarını inceleme yetkisi bulunmaz. Üst yargı organlarında ilk derece mahkeme kararlarının incelenmesi, ancak bozulması istenilen kararın muhatabı olan tarafların, bu yönde talepte bulunmaları ile söz konusu olacaktır¹¹. Taraf talebi olmaksızın ilk derece mahkemesinin verdiği karar, üst derece yargı organında inceleme konusu yapılamayacaktır¹².

2. Dava Dilekçesine Bağlılık

Kanun yolunda taraf talebi ile bağlılık, sadece taraf talebine bağlı olarak ilk derece mahkemesi kararının incelenmesini değil, ayrıca kanun yolu yargı organının dava dilekçesi ile bağlı olmasını da ifade etmektedir. Bu sebeple, tarafların belirledikleri dava konusu, kanun yolu incelemesinin kapsamını belirtecektir. Örneğin, davanın konusu ödünç verilen 500 TL'nin iadesi iken, kanun yolu incelemesi sonucunda 600 TL'nin iadesine karar verilemeyecektir. Hali hazırda yürürlükte olan kanun yolu sistemimizde temyiz mahkemesinin vereceği bozma, onama ve düzelterek onama kararları da bu kapsamda ele alınmalıdır. Özellikle Yargıtay'ın hüküm mahkemesi olmadığı dikkate alınacak olursa, temyiz olunan hükmün kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve fakat kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde verilecek düzelterek onama kararları, ilk derece

¹¹ Akkaya, İstinaf, s. 221; Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 199; Schreiber, s. 191.

¹² Gilles, Anschließung, s. 143.

mahkemesindeki dava konusunun dışında olmamalıdır. Örneğin, yerel mahkemenin alacağa uyguladığı faiz oranının yanlış olması halinde, Yargıtay doğru olan faiz oranını uygulayarak, hükmü düzeltebilir. Ancak bu, ilk derece mahkemesi hâkimine verilen görevin gasp edilmesi şeklinde olmamalı, sadece hesap ve yazı yanlışlıklarına dayanmalıdır.

İstinaf kanun yolunun fiilen yürürlüğe girmesi ile kanun yolu üç dereceli olacaktır. Bu halde istinaf mahkemesi hâkimi, hem hukuki hem de maddî olarak incelemesini tarafların belirledikleri dava konusu kapsamında yapacaktır. Şöyle ki, istinaf mahkemesinin vereceği karar, ilk derece mahkemesinde yapılan dava konusuna ilişkin esastan bir karar olsa dâhi, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde dava konusu edilen hususun dışında esasa ilişkin bir karar veremeyecektir¹³. İstinaf mahkemesi şu durumda ilk derece mahkemesinde dava edilen konu (hayat olayı ve talep sonucu) ile bağlıdır. Bu kuralın tek istisnası, istinaf yargılamasında dava konusunun değiştirilmiş olmasıdır. Ancak bizdeki istinaf yargılamasında ıslah ya da karşı tarafın rızası ile talep sonucunun değiştirilmesi ya da genişletilmesi mümkün olmadığına göre (m. 426/R), böyle bir istisnadan bahsetmek de hukukumuz açısından doğru olmayacaktır¹⁴.

3. Kanun Yolu Talebine Bağlılık

Kanun yolu talebine bağlılık, özellikle, henüz fiilen yürürlüğe girmemiş olan istinaf kanun yolu açısından bir anlam taşımaktadır¹⁵. Bu özelliğin nedeni, istinaf kanun yolumuzun sınırlı (dar) istinaf sistemi olması olup, ilk derece mahkemesinin yerine geçen ya da orada yapılanların tekrarı niteliğinde bir yargılama yapılamayacak

¹³ Konuralp/ Hanağası, s. 1813.

¹⁴ Konuralp, bu hususun Fransız Hukukunda kamu düzenine ilişkin bir durum olarak görülmediğini, yeni taleplerin taraflarca ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Konuralp, Kanun Yolları Arasında, s. 37. Alman Hukukunda öğretide savunulan hâkim görüş, kanun yolu dilekçesinde belirtilen sebepler istinafin kapsamını kural olarak göstermekte ise de, sözlü yargılama aşamasında bu sebepleri taraflar genişletebilirler, dava konusuna yeni taleplerini ekleyebilirler. Gilles, Anschließung, s. 143; Reichold, Thomas/ Putzo Komm., § 520 kn. 24; Sell, s. 18 vd. Aksi görüş bkz. Grunsky, Zum Umfang, s. 60.

¹⁵ Deren Yıldırım, İstinafin, s. 693 vd; Karslı, Überblick, s. 369; Özkes, Sorularla, s. 37; Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 237 vd.

olmasıdır¹⁶. Bu kanun yoluna başvuran taraf, istinaf sebeplerini ve bu sebeplerden kaynaklanan talebini ayrıca belirtecektir. İstinaf mahkemesi de bu kapsamda istinaf incelemesini yerine getirecektir (m. 426/B)¹⁷. İstinaf sebebi olarak belirtilmeyen bir sebep istinaf incelemesinde dikkate alınmayacaktır¹⁸. Örneğin, tanığın dinlenmeden evvel yemin ettirilmesi, ancak istinaf sebebi olarak ileri sürülmüşse dikkate alınacak¹⁹ ya da davalı sözleşmeden kaynaklanan alacak davasında verilen hükmü istinaf ederken sözleşmenin ahlâka aykırı olduğu iddiasına dayanmış ise, sadece bu sebep açısından istinafta hukukî ve maddî bir inceleme yapılacaktır²⁰. Yoksa bölge adlîye mahkemesi kamu düzenine ilişkin olmayan bir yanlışlığı kendiliğinden düzeltemeyecektir²¹. Bu sonuç tasarruf ilkesi ve taleple bağıllık ile doğrudan bağlantıdır. Böylelikle istinaf kanun yoluna başvurmakla taraflar, yargılamanın bir bütün olarak yeniden yapılmasını değil, kendilerinin belirlediği sebeplere ilişkin bir yargılama yapılmasını sağlamaktadırlar²². İstinaf incelemesinde istisnayı oluşturan husus ise, kamu düzenine aykırı olan hususlar olup (m. 426/O), istinaf mahkemesi, kamu düzenine aykırı olan sebepleri göz önünde tutacaktır²³. İstinaf sebebi, hukuki sebep olarak anlaşılmamalıdır. İstinaf mahkemesinde de uygulanacak maddî hukuk normunun hangisi olacağı meselesi, tarafların tasarrufları dâhilinde değildir²⁴.

İstinaf sebebinin ne olarak anlaşılması gerektiği konusunda kanuni düzenleme, bir sınırlandırma yapmamaktadır. Ancak getirilen istinaf sisteminin dar istinaf sistemi olması, bu tercihin gerekçesinde yargılamanın hızlandırılmasının bulunması, bunun sağlanması için teksif ilkesinin kabul edilerek istinaf sebeplerinin dilekçede gösterilmesinin aranması, istinaf sebebinin *ilk derece mahkemesi*

¹⁶ Akkaya, İstinaf, s. 103; Özekes, Sorularla, s. 68; Yılmaz, İstinaf, s. 20.

¹⁷ Grunsky, Zum Umfang, s. 49. İstem sebebi ve sonucu, şu durumda istinaf konusunu belirtmektedir. İstinaf mahkemesi, bu iki unsura bağlı kalarak istinaf incelemesini gerçekleştirecektir. Bu sebeple istinafa başvurmak ne ilk derece mahkemesindeki dava konusunu istinafa taşımak anlamına gelmektedir ne de tarafların ilk derece yargılamasında ulaşılan sonuçtan feragat ettikleri anlamına gelmektedir.

¹⁸ Gilles, Anschließung, s. 143, 148; Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 195, 200, 241.

¹⁹ Künlz, s. 356; Melissinos, s. 168.

²⁰ Kodek, Zivilprozessordnung Komm., § 462 kn. 2 (s. 1001).

²¹ Gilles, Ziviljustiz, s. 92, 97.

²² Konuralp/ Hanağası, s. 1813.

²³ Karsh, Überblick, s. 371; Özekes, Sorularla, s. 37.

²⁴ Gottwald, Empfehlen, s. 49.

kararının usûl ve esas yönünde hatalı olması’ şeklinde genel bir sebep olmasına²⁵ kanımızca engeldir. Sadece istinaf yargılaması süresince oluşan yeni vakıalar, tarafın kendisine bir kusur atfedilmeksizin ilk derece yargılamasına getiremediği vakıa iddiaları, iddia ve delillerin hatalı değerlendirilmiş olması, delillerin değerlendirilmemiş olması gibi somut gerekçeler istinaf yargılamasına getirilebilmelidir²⁶. Böylelikle yargılamanın hızlandırılması²⁷ ya da teksif ilkesi adına²⁸ gerçeği bulmaktan kaçınılamaz²⁹. Ancak bu, istinaf yargılamasını, ilk derece yargılamasının tekrardan yapılması haline de dönüştürmemelidir³⁰.

Kanun yolu talebine bağlılığın ifade ettiği bir diğer husus, talep sonucu ile olan bağılılıktır. Bu halde talebin konusunu, ilk derece mahkemesi kararının kısmen ya da tamamen kaldırılması oluşturmaktadır. Şu durumda bölge adlîye mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını, incelenmesi istenilen istinaf sebepleri ve kamu düzeni açısından –ön inceleme aşaması sorunsuz geçirilmişse– esastan inceleyecek ve bu inceleme sonucunda ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ya da kaldırılmamasına ilişkin karar verecektir. Zira tarafın istinaf başvurusunda talep sonucu, ilk derece mahkemesi kararının red kararı olması halinde, davanın kısmen ya da tamamen kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının davanın kabulü kararı olması

²⁵ Bu husustaki endişeler için bkz. **Tanrıver**, Adlîye Mahkemeleri, s. 153; **Yılmaz**, İstinaf, s. 57 vd.

²⁶ **Bühler**, s. 88; **Goebel**, s. 70; **Konecny**, s. 489; **Semmelmayer**, s. 90 vd.

²⁷ **Deren Yıldırım**, İstinafın, s. 701; **Rechberger**, Yargılamanın Hızlandırılması, s. 1 vd.

²⁸ **Konuralp/ Hanağası**, s. 1796, 1800; **Tanrıver**, Adlîye Mahkemeleri, s. 152 vd; **Gilles**, Rechtsmitteleinlegung, s. 207; **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1897 vd.

²⁹ Kanımızca burada ifade edilen gerçek, istinaf başvurusunda bir istinaf gerekçesi olarak ileri sürülmeyen ve fakat ilk derece mahkemesinde ileri sürülmesine rağmen değerlendirilmemekle ya da hatalı değerlendirilmekle, devletin etkin hukukî koruma görevini yerine getirmediği durumlara ilişkin olan gerçektir. Örn, ilk derece mahkemesinin dosya kapsamında mevcut bir itiraz sebebini dikkate almamış olması, bu sebebin istinaf gerekçesi olarak gösterilmemesi ile istinaf incelemesinin kapsamı dışına çıkamayacaktır. Bunun gibi ilk derece mahkemesinde reddedilen zamanaşımı definin istinaf gerekçesi olarak ileri sürülmemiş olması, gerçekten zamanaşımına uğramış dava konusu edilen hakka ilişkin istinaf mahkemesinin zamanaşımı sebebiyle davanın reddine karar vermesine engel olmamalıdır. Bkz. **Grunsky**, Zum Umfang, s. 60; **Sell**, s. 75 vd.

³⁰ İstisnai olarak istinaf başvurusunun hükmün belirli yönleri ile sınırlı olmaması, uyumsuzluk konusunun bölünememesi durumunda ilk derece mahkemesinin kararını kaldıran istinaf mahkemesi, başvuruya konu olan dava hakkında maddî ve hukukî bütün yönlerle inceleme yapacaktır. **Konuralp**, Kanun Yolları Arasında, s. 37. Alman hukukuna getirilen eleştiri için bkz. **Gottwald**, Empfehlen, s. A 51.

halinde ise davanın esastan reddine yönelmiştir. Bölge adlîye mahkemesi şu durumda talep edilenin dışında ya da fazlasına hüküm veremeyecektir (*reformatio in melius*)³¹.

Gilles, taleple bağıllık kavramının sadece nicelik olarak talep edilen (talep sonucu) olarak anlamakta olup, ona göre dava edilen konuya ilişkin kanun yoluna başvurmak nitelik olarak istinaf mahkemesini sınırlayıcı bir etki doğurmayacaktır³². Kanun yolunda tasarruf ilkesi (taleple bağıllık), adaletin sağlanmasına ilişkin menfaat dolayısıyla gerçek ve maddî açıdan doğru kararların verilmesine engel olmamalıdır. Bu yüzden de kanun yolunda taleple bağıllık kavramına, hukuki sebepler ile somut vakıalar dâhil olmayıp, bununla amaçlanan maddî ve hukuki açıdan ilk derece mahkemesinde yapılan hataların nasıl giderilmesi gerektiğine ilişkin istem sonucudur³³. Biz, bu kapsamda istinaf mahkemesinin talep sonucu ile bağıllığını mutlak, vakıalara bağıllığını ise hüküm sonucu ile sağlanan hukuk güvenliğinin zedelenmemesi koşulu altında ancak mutlak olarak görmekteyiz. Aksi halde, dava konusu ile kanun yolu konusu arasındaki farklılık zedelenecek ve yargısal faaliyet karar ve kararın kontrolü olarak iki aşamalı bir hale dönüşecektir.

Hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı hem hali hazırdaki temyiz düzenlememize (HUMK m. 439) hem de istinafla birlikte yürürlüğe girecek olan istinaf sonrası temyiz kanun yolu düzenlemesine (m. 435 f. 1) göre, Yargıtay, taraf göstermesi ile bağıllı olmaksızın mahkeme hükmünü hukukî her açıdan inceleyebilecektir. Zira temyiz başvurusunda tarafın ileri sürmüş olduğu temyiz sebepleri (HUMK m. 428 ve Değişik HUMK m. 437) bakımından bir bağıllık, temyiz mahkemesi için söz konusu değildir (HUMK m. 439 ve Değişik HUMK m. 435 f. 1). Bunun nedeni ise, temyiz yargılamasında sadece hukukî denetim yapılmakta olmasıdır. Yani taleple bağıllık, temyiz mahkemesinin başvuru üzerine inceleme yapabilmesi ile bu başvurunun kapsamı dışına çıkılamamasını ifade etmektedir. Nasıl istinaf incelemesinde ya da hâlihazır temyiz incelemesinde tarafların kanun yolu incelemesine getirmediği hüküm kısımları usûlî müktesep hak oluşturup bu hususlarda inceleme yapılamaz ise, aynı şekilde istinaf sonrası

³¹ Goebel, s. 71; Melissinos, s. 167, 168, 170.

³² Gilles, Anschließung, s. 149; Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 242, 243, 244.

³³ Gilles, Anschließung, s. 149; Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 242, 243, 244; Grunsky, Beschränkungen, s. 149.

yürürlüğe girecek temyizde de tarafların istinaf incelemesine getirmedikleri hususlar, usûlî müktesep hak oluşturup temyiz incelemesinin kapsamı dışında kalacaktır. Zira, denetim mahkemesi olarak Yargıtay, önceki derecelerde verilen hükmün hâkimidir, davanın değildir³⁴. Kanun yolu incelemesinde başvuru kapsamında ileri sürülmeyen ve fakat davayla ilgili olan hususlar, bu durumda ancak usûlî müktesep hakkın istisnasını oluşturmakla kanun yolu incelemesine dâhil edilebilecektir. Bu sebeple taraf, hükmün hangi kısmını kanun yolu incelemesine getirmiş ise, o kısım kanun yolu incelemesinin konusunu oluşturacaktır. Örneğin, birden fazla talebe ilişkin yargılamada hukuki yararı olan tarafın sadece bir talebe ilişkin istinafa başvurması halinde, istinaf mahkemesinde diğer taleplere ilişkin bir inceleme yapılmayacağı gibi, başvurulmuş talep sonucu (hüküm kısmı) hakkında istinafta verilen hükme karşı gidilecek temyiz kanun yolunun konusu da en fazla istinafa konu olan başvuru kapsamı olacaktır. Aksi durumda talep edilmeyen bir husus hakkında kanun yolu mahkemesi, inceleme yapmış ve taraf talebi ile bağılılık kuralını ihlâl etmiş olacaktır³⁵.

³⁴ Selçuk, s. 30.

³⁵ Melissinos, s. 176. Örneğin, terditli bir davada, asıl talebin kabulüne ilişkin karara karşı istinafa başvurulması durumunda, istinaf mahkemesi istinaf sebebini haklı bulur da ilk derece mahkemesi kararını kaldırır ise sadece asıl talebe ilişkin olarak istinafta karar verecektir, yoksa ilk derece mahkemesinde üzerinde inceleme yapılmamış yardımcı talep üzerinde değil. İlk derece mahkemesinin kararı asıl talebin reddi ile yardımcı talebin kabulü olsaydı, o zaman kanun yolunda taleple bağılılığın kapsamını taraf(lar)ın kanun yoluna başvurusu belirleyecektir. Örneğin, sadece davalının ilk derece mahkemesinin verdiği yardımcı talebin kabulü kararına karşı istinafa başvurması durumunda, istinaf mahkemesi sadece yardımcı talep üzerinden istinaf incelemesini yapacak ve kararını verecek, asıl talep hakkında ilk derece mahkemesinin kararına karşı kanun yoluna gidilmediğinden bu hususlarda artık inceleme yapılmayacaktır. Keza ilk derece mahkemesindeki davada bir karşı dava da söz konusu olup, hem asıl davanın hem de karşı davanın kabulüne ilişkin verilen kararı sadece davalının istinafa götürdüğünü düşünecek olursak, kanun yolu incelemesinin konusunu sadece asıl davanın kabulüne ilişkin hüküm sonucu olacaktır ve istinafin bu hususta vereceği karar sadece temyize konu olabilecektir. Bu kuralın tek istisnasını belki sadece mahsup talepleri oluşturacaktır. Zira mahsup taleplerinde tek bir alacak söz konusu olup, davalının savunma olarak ileri sürdüğü mahsup alacağı, davacının asıl alacağı içinde yer almakta olup, ilk derece mahkemesinin her iki talebin kabulü kararına karşı davalının gittiği kanun yolunda yapılacak inceleme neticesinde davacının ileri sürdüğü alacağın reddine yönelik verilecek karar mahsup talebi hakkında da ret kararını barındıracaktır. Ancak aynı durumda davacının mahsup talebinin kabulü kararına karşı kanun yoluna sadece başvurmuş olması, yapılacak incelemede asıl istemin varlığını içermeyecektir.

4. Aleyhe Bozma Yasağı, Aleyhe Hüküm Verme Yasağı

Kanun yolu yargılamasında taleple bağılılığın ifade ettiği bir başka husus ise, kanun yolu mahkemesinin, önüne getirilen önceki yargılamada verilmiş hükmü, kanun yoluna başvuranın daha aleyhine olacak şekilde değiştirememesidir³⁶. Aleyhe bozma yasağı, hakkaniyet, medenî yargılama hukukunun amacı gibi hususlarla açıklanmaya elverişli ise de, esasen bu yasağın temelinde inkâr edilemeyecek bir “taleple bağılılık prensibi” bulunmaktadır. Ancak buradaki taleple bağılılık kuralının etkisi, ilk derece yargılamasındaki taleple bağılılık kuralının gösterdiği etkiden farklıdır. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılamada talep sonucunun altında yapılacak tespitler, mahkemenin daha azına karar vermesine olanaklı iken ve bunun için davalının talepte bulunması aranmamış iken, kanun yolu yargılamalarında ilk derece mahkemesinde verilen hüküm, karşı tarafın menfaatine ilişkin tespiti de ihtiva ettiğinden (kontradiktorische gegenteil), karşı taraf, verilen hükme karşı kanun yoluna başvurmamakla ilk derece mahkemesinde ulaşılan sonucu kabul etmiş olmaktadır. Bu nedenle kanun yoluna bir tarafın başvurmamasının kendisi için taşıdığı anlam, daha fazlasını talep etmemek şeklinde olmalı ve bu sebeple de başvuran taraf için daha azına karar vermeme yasağı (reformatio in peius) söz konusu olmalıdır³⁷.

Biz, öncelikle hukuki yararının bulunması nedeniyle kanun yoluna her iki tarafın başvurusu durumunda, bir tarafın başvurusu ile doğan aleyhe bozma yasağının (istinaf yürürlüğe girdiğinde ayrıca kanun yolunda aleyhe hüküm verme yasağının) söz konusu olmadığını kabul etmekteyiz³⁸. Zira her iki tarafın hüküm sonucuna karşı kanun yoluna başvurusunda hukuki yararının bulunması, iddialarına ilişkin yargısal faaliyette bir yanlışlık gerçekleştiği ve kendi hukuki durumlarına ilişkin bu sebepten dolayı haksız bir yargıya varıldığı düşüncesine dayanmaktadır.

³⁶ Kuru, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 135; Yıldırım, Reformatio in Peius, s. 146, 148; Melissinos, s. 168; Vogel, Grundriss, s. 157, 158 kn. 9.

³⁷ Egger, s. 48. Davalının karşı alacağına dayanarak ileri sürdüğü takas sebebiyle ilk derece mahkemesinin verdiği ret kararına karşı başvuru kanun yolunda artık dava başka sebeplerden dolayı reddedilememeli ya da davanın taraflarının karşılıklı borç doğuran sözleşmeden dolayı aynı anda ifa etmelerine ilişkin verilen karara karşı, davalının başvurduğu kanun yolunda sadece onun kendi borcunu ifa etmesine karar verilemeyecektir. Jauernig, Zivilprozessrecht, § 72 VIII (s. 294); Kapsa, s. 144; Schilken, Zivilprozessrecht, s. 445 kn. 889 vd.

³⁸ Kuru, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 136.

Katılma yoluyla kanun yoluna başvurulması durumunda da bu yasağın söz konusu edilemeyeceği ileri sürülmektedir³⁹. Biz bu hususta, öncelikle katılma yoluyla kanun yoluna başvuran tarafın iradesinin değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanunlarda açık bir düzenleme olmamakla beraber, katılma yoluyla kanun yoluna başvuranın iradesi, kanun yoluna başvuran tarafın hüküm sonucuna ilişkin istediği değişikliğin gerçekleşmemesi amacına yönelmiştir. Bu durumda katılmalı kanun yoluna başvuranın kendi hukukî durumuna ilişkin olarak hüküm sonucundan bir memnuniyetsizliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla katılmalı kanun yoluna başvurmada, kendisine tanınan veya verilenden daha fazlasına ilişkin hüküm elde etme menfaati de kural olarak söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle katılma yoluyla kanun yolu başvurularında, katılan tarafın başvuru menfaati, kanun yoluna doğrudan başvuran tarafın talep ettiği, “*kendi lehine olan hususun değiştirilmemesine*” yöneliktir. Bu nedenle katılmalı kanun yollarında aleyhe bozma yasağının uygulanması, kural olarak düşünülebilir⁴⁰; sadece dava konusunun bölünebilir olduğu durumlarda verilen kısmî kabul kararına ilişkin olarak, katılmalı şekilde gerçekleşen başvurularda, bu başvuruların kanun yoluna başvuranın isteğini engellemeye mi yoksa aleyhine verilen hüküm sonucu kısmını denetletirmeye mi yöneldiği açıklığa kavuşturulmalı ve aleyhe bozma (ya da istinafta aleyhe hüküm verme yasağı⁴¹) yasağının söz konusu olup olmadığı belirlenmelidir. Bu hususta kanımızca hükmü temyiz edilen mahkemenin aydınlatma yetkisi bulunmaktadır. Mahkemenin bu yöndeki talebine, temyize katılan tarafın sessiz kalması durumunda,

³⁹ Kuru, Aleyhe, Bozma Yasağı, s. 136; Melissinos, s. 168; Schilken, Zivilprozessrecht, s. 445 kn. 889. Katılma yoluyla kanun yoluna başvurmada *Sell*'e göre aynı zamanda kanun yolu mahkemesinin kanun yoluna başvuranın dilekçesi ile bağlılık da ortadan kalkmaktadır. *Sell*, s. 44.

⁴⁰ Albers, Baumbach Komm., § 521 kn. 2; Gilles, Anschließung, s. 142.

⁴¹ Henüz yürürlüğe girmemiş istinaf düzenlemesine göre, istinaf mahkemesi istinaf sebebi olarak ileri sürülen hususlar ve kamu düzeni açısından ilk derece mahkemesi kararını inceledikten sonra ulaştığı sonuca göre talep edilenle bağlı kalarak meselenin esasına ilişkin ayrıca karar vermektedir. Temyizde olduğu gibi yapılan inceleme sonucunda sadece onama (düzelterek onama) ve bozma kararı vererek esas hakkında karar vermeyi ilk derece mahkemesine havale etmemektedir. Bu durumda talep sonucuna ilişkin ilk derece mahkemesinin verdiği kararı maddî ve hukukî açıdan inceler ve vardığı sonuç ilk derece mahkemesinin kararını doğru bulursa, istinaf talebinin reddine, yanlış bulursa da ilk derece mahkemesinin kararının kaldırarak esasa ilişkin yeni bir karar vermektedir. Şu durumda aleyhe bozma yasağının göstereceği özellik, istinaf mahkemesinin istinafa tek tarafın başvurusu halinde, istinaf talebinin haksızlığına karar verdiğinden başvuran tarafın daha aleyhine olacak şekilde reddine, istinaf talebinin haklılığına karar verip de ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeni bir karar vermesi durumunda ise daha aleyhine olacak şekilde karar verememesi (aleyhe karar verme yasağı) söz konusu olacaktır. Bkz. Akkaya, İstinaf, s. 226; Özkes, Sorularla, s. 74, 79.

bu tavrı aleyhine verilen hüküm kısmını denetletirmek şeklinde yorumlanmalıdır. Bu yorum, menfaatler dengesi ve taleple bağıllık açısından da doğru gözükmektedir, zira kanun yoluna başvuru mahkeme, hükmünde tarafların değişiklik talepleri ile bağılıdır⁴².

Aleyhe hüküm verme yasağı ise, yürürlükteki kanun yolu sistemimiz olan temyizde, taraflardan birinin başvurusu üzerine, Yargıtay'ın hükmü bozması üzerine onun daha aleyhine olacak şekilde ilk derece mahkemesinde hüküm verilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu yasak bağımsız bir yasak olmayıp, aleyhe bozma yasağının söz konusu olduğu durumlara bağlı olarak gerçekleşmektedir. Taraf iradesi ve tasarruf ilkesi ile olan bağlantısı da, aleyhe bozma yasağının kapsamı üzerinden gerçekleşmektedir. Yürürlüğe girecek olan istinaf sistemimizde ise bu yasak, tek tarafın istinafa başvurusu durumunda, istinaf talebinin esastan haklı görülerek yeni hüküm verildiği durumlarda, doğrudan aleyhe bozma yasağının içinde yer almaktadır. Bu durumun dışında aleyhe hüküm verme yasağı, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi durumunda söz konusu olabilecektir. Ancak biz istinaf yargılamasında duruşma yapılmaksızın usûle ilişkin (dava şartları vs.) olarak istinaf talebinin kabul edilip, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi durumunda, kendisine dava dosyası gönderilen ilk derece mahkemesinin, yapacağı yeni inceleme neticesinde dava konusu kapsamında yeni bir karar verebileceğini ve istinafa başvuranın daha aleyhine hüküm kurabileceğini düşünmekteyiz⁴³. Alman Yüksek Mahkemesi de ilk derece mahkemesinde verilen lehe hükmün kanun yolunda verilecek usule ilişkin hükümle ortadan kalktığına ve yapılacak yeni yargılamada kanun yoluna başvuranın daha aleyhine bir hüküm verilebileceğini kabul etmektedir⁴⁴. Bu halde taleple bağıllık ilk derece mahkemesine olan başvuru ile değerlendirilmektedir.

Kendiliğinden harekete geçme ilkesi ile kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, dava konusu sadece taraf menfaatleri ile ilgili olmadığından,

⁴² Konuralp, Kanun Yolları Arasında, s. 37; Grunsky, Zum Umfang, s. 50; Lüke, W., Zivilprozessrecht, kn. 389 (s. 362, 363).

⁴³ Jauernig, Zivilprozessrecht, § 72 VIII (s. 294).

⁴⁴ BGH NJW 86, 1496; BGHZ 18, 106 vd.

başvurulan kanun yolu ister istinaf isterse de temyiz kanun yolu olsun, aleyhe bozma ya da aleyhe hüküm verme yasağı uygulama alanı bulmayacaktır⁴⁵. Örneğin, boşanma davasında verilen ayrılık kararına karşı kanun yoluna başvurulması halinde, kanun yolunda boşanma kararı verilebilecektir. Bu halde davacının talep ettiği boşanma talebinin ayrılık kararı verilmesi şeklindeki reddi ile davanın reddi şeklinde sonuçlanması, davacı açısından talebin reddini ifade ettiğinden, ayrılık kararına karşı kanun yoluna başvuran davacının başvuru sebebi, ayrılık kararı verilmesi değil, boşanma davasının reddidir.

Bunun gibi davanın usûlden reddine karşı başvurulmuş kanun yolunda davanın esasen reddine karar verilmesi, bu yasağa aykırılık oluşturmaz⁴⁶. Bazı kararların gösterdikleri özellik sebebiyle aleyhe bozma ya da aleyhe karar verme yasağının uygulanmasına uygun olmayacaktır. Örneğin, ilk derece mahkemesinde açılan davanın usûlden reddine karşı, davacının başvurduğu istinaf kanun yolunda, mahkeme aleyhe hüküm verme yasağına rağmen esasen redde karar verebilecektir⁴⁷. Bu sonuç, acaba alacak davasında verilen kısmi kabul kararına karşı, davacının başvurduğu kanun yolunda davanın tamamen reddine karar vermesi olayına hak vermemizi sağlayacak mıdır? Bu durumda kabul edilmeyen alacak kesimine ilişkin yapılacak kanun yolu incelemesi sonucunda alacağın miktarında değil de temelinde tespit edilecek olumsuz bir yargı, kanımızca yine de aleyhe hüküm verme yasağına bağlı kılınmalıdır⁴⁸. Zira kanımızca kanun yolu başvurusunda istinaf başvurusunun konusu, getirilen sebepler ile talep sonucundan oluşmakta olup, ilk derece mahkemesinde dava edilen konu ile özdeş değildir.

⁴⁵ Yıldırım, Reformatio in Peius, s. 165.

⁴⁶ Gilles, Anschließung, s. 150; Schilken, Zivilprozessrecht, s. 446 kn. 890; Sell, s. 78 vd.

⁴⁷ BGH NJW 1989, 393. Aynı durum davalının, usûlden red kararına karşı istinafa başvurarak istinaf mahkemesinin kararı kaldırıp ilk derece mahkemesine dosyayı geri göndermesi halinde ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin vereceği yeni hüküm için de geçerlidir. Bkz. Kapsa, s. 162.

⁴⁸ Gilles, Anschließung, s. 149; Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 195; Melissinos ise ilk derece mahkemesinde ön soruna ilişkin hususlara ilişkin yapılan hakkın yokluğunu belirten tespitlerin, aleyhe hüküm verme yasağını ihlâl etmeksizin sonraki yargılamanın görülmesine engel olacağını düşünmektedir. Melissinos, s. 170.

5. Usûlî Müktesep Hak

Usulî müktesep hak, kanun yolu incelemesi sonucunda verilen bozma kararına uyan mahkemenin bozma gerekçesi kapsamında, inceleme ve araştırma yaparak yeni bir hüküm verme yükümlülüğünü ifade etmektedir. İçtihadı Birleştirme Kararları⁴⁹ ile uygulamamıza girmiş olan bu kurumun, tasarruf ilkesi ile bağlılığı şu açılardan söz konusu olacaktır. İlk olarak, ilk derece mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararına uymakla, bozma sebebi kapsamında inceleme yapmak zorunda olacaktır⁵⁰. Böylelikle bozma sebebini oluşturan husus hakkında yeni bir inceleme yapılması engellenecek ve bu yolla kamu düzeni, hukuk alanında istikrarın sağlanması, hakka uygun karar verilmesi temin edilecektir⁵¹. Bu hususta ise bir taraf tasarrufunun varlığı artık söz konusu olmayacak, sadece hâkimin hukuku uygulamaya ilişkin yükümlülüğünden bahsedilecektir⁵². Mahkemenin şüphesiz, bozma konusuna uyma konusunda bir özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak bu kural, tarafların birlikte bozmaya uyulmasını istemeleri durumunda, tasarruf ilkesi tarafından istisnaya uğrayacak ve mahkeme, bozmaya uyma kararı vermek zorunda kalacaktır⁵³. Kanaatimizce, tasarruf ilkesinin bu şekli, hükmü veren mahkemenin hukuku uygulaması konusunda sahip olduğu yetkinin ihlâlüne yol açmaktadır. Mahkemenin hukuku uygulamada hata etmediğini savunarak direnme kararı vermek, tarafların anlaşması ile engellenememelidir. Zira, medenî yargılama hukukunda tarafların tasarruf yetkilerinin kapsamı, maddî hukuk sahasındaki haklarının usûlî talep konusu yapıp yapılmaması, bunun kapsamının belirlenmesi hususlarını içerip, hukukun uygulanmasını içermemektedir. Biz bu sebeple bozma üzerine ilk derece mahkemesinin tarafları dinlemesini bozma noktalarına ilişkin bilgi alma olarak değerlendirip, bozmaya uyulup uyulmama konusunda yetkiyi elinde tutmasına ilişkin Yargıtay uygulamasına katılmamaktayız. Ancak mahkeme bozmaya uyduktan sonra,

⁴⁹ 04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı İBK (RG 28.04.1959, Sayı:10193); 09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı İBK (RG 28.04.1960, Sayı: 10537).

⁵⁰ Üstündağ, Temyiz, s. 185.

⁵¹ Üstündağ'a göre bu durumun temel nedeni, tarafların hukukunu korumak ve tarafların mahkeme kararlarına olan güvenini sağlamaktır. Üstündağ, Temyizin Nakzından, s. 184, 185. Yıldırım ise usulî müktesep hakkının kamu düzeni ile açıklanmasına karşı çıkmaktadır. Yıldırım, Reformatio in Peius, s. 156.

⁵² Kuru, Müktesep, s. 397.

⁵³ HGK, 25.06.2003, 10-428/426 (Manisa BD 2003/4, s. 83); HGK, 26.02.2003, 21-170/188 (YKD 2003/6, s. 859 vd.); HGK, 06.04.2005, 12-240/231 (Legal HD 2005/29, s. 1799).

bozma gerekçesini oluşturan hususu, bu hususa eklenen yeni vakıa iddialarını da dikkate alarak inceleyecektir⁵⁴. Çünkü, uyulan hususa ilişkin olarak tahkikat devam etmektedir. Bu durumda kastettiğimiz vakıalar, ilk derece mahkemesinde var olup da ileri sürülme-yen vakıa iddiaları değil⁵⁵, o hususa ilişkin gerçekleşen yeni vakıalardır⁵⁶.

Usûlî müktesep hakkın taleple bağıllık bakımından değerlendirileceği ikinci husus, ilk derece mahkemesinin bozma gerekçesi dışında kalan hususlarda artık yeni bir inceleme yapamayacak olmasıdır. Bu durum, bazen bozma sebebi (kapsamı) dışında kalan hususların artık kesin hüküm teşkil ettiği gerekçesi ile⁵⁷, bazen kesinleştiği⁵⁸ ve bazen de bozma kapsamı dışında kalan hususlara bağıllık ile⁵⁹ ile açıklanmaktadır. Biz kanun yoluna başvurulup başvurulmayacağını, başvurulduğunda yapılması istenilen incelemenin konusunu (kamu düzenine ilişkin hususlar hariç olmak üzere) başvuran tarafın (tarafların) belirlediğini kabul ettiğimize göre, tarafların kanun yolu başvurusunda sebep ve istem sonucu dışında bırakılan hususlarda, tarafların temyiz incelemesi yapılmasını istememe iradesi gösterdiklerini düşünmekteyiz. Bu sebeple mahkeme, temyiz edilmeyen kısımlara ilişkin bir değerlendirme yapamayacaktır. *Üstündağ*'a göre temyiz edilmeyen bu hususlarda yeni delillerin ileri sürülmesi mümkün olduğundan, mahkemenin bu sahada artık yargılama yapamayacağını kabulü mümkün değildir⁶⁰. Kanımızca mahkeme hüküm vermekle yargısal faaliyetten elini çekmiştir ve temyiz edilmeyen kısımlara ilişkin

⁵⁴ *Üstündağ*, yeni vakıa iddialarının davanın temelinde değişikliğe yol açıyor olması durumunda ise uyma kapsamına giren noktalara artık bağımlı kalmamayacağını düşünmektedir. *Üstündağ*, Temyizin Nakzından, s. 191.

⁵⁵ İlk derece yargılamasında mevcut olup da ileri sürülmemiş olan, sonradan istinaf mahkemesine sunulmaya çalışılan vakıaları *Habscheid*, 'sahte yeni vakıa' (nova reperta) olarak nitelendirmektedir. *Habscheid*, Schweizerisches, kn. 739. Bu vakıaların kanımızca istinafta ileri sürülmesinin tek yolu tarafın bunları ilk derece mahkemesinde getirilememesinde kusurunun bulunmadığı haller olmalıdır. Bu yönde bkz. *Konecny*, s. 489. İsviçre'de yeni bir federal medenî yargılama kanunu tartışmaları arasında bu hususun güncel bir tartışma oluşturduğuna ve İsviçre medenî yargılama hukuku öğretisinde tasarıda yer alan ve tarafın yeni malzeme getiremeyeceğine ilişkin kısıtlama içeren düzenlemenin kaldırılması gerektiğine ilişkin önerilerin ileri sürüldüğüne *Alangoya* işaret etmektedir. *Alangoya*, İsviçre'de Yeni Bir, s. 97 vd.

⁵⁶ *Üstündağ*, Temyizin Nakzından, s. 191.

⁵⁷ *Postacıoğlu*, Medenî, s. 763 vd.; *Sell*, s. 54 vd.

⁵⁸ *Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes*, Medenî, s. 569.

⁵⁹ *Üstündağ*, Temyizin Nakzından, s. 169; *Grunsky*, Zum Umfang, s. 49.

⁶⁰ *Üstündağ*'ın bu yöndeki görüşleri için bkz. *Üstündağ*, Temyizin Nakzından, s. 156 vd.

tarafların bir yargısal faaliyet yapılması iddiası ortadan kalkmıştır. Bu halde dava konusu tek bir hayat olayına dayanmakta ise, temyiz edilmeyen kısım kesinleşmiştir. Bu kısma ilişkin verilmiş hüküm, bir yargısal değere sahiptir. Bu dava konusunun bütününi oluşturmadağı için kesin hükmü değil, artık tartışılmayacak yargısal bir tespit olmakla hükmün kesinliğini ifade etmektedir⁶¹. Biz sadece birden fazla hayat olayı ile açılan davalarda (objektif dava yığılması gibi), talep sonuçlarından bir kısmının temyiz dışı bırakılması halinde, dışarıda bırakılan usûlî talebe ilişkin kesin hükmün olabileceğini düşünmekteyiz⁶².

6. Olağanüstü Kanun Yolunda Taleple Bağlılık

Yargılamanın yenilenmesi, kesin hüküm teşkil eden mahkeme kararlarının Kanunda belirtilen sebeplerin bulunması halinde, yeniden incelenerek kaldırılmasına veya bununla birlikte yeni bir karar verilmesine olanak sağlayan olağanüstü kanun yoludur⁶³. Bu kanun yoluna başvuru da taraf özgürlüğü kapsamındadır⁶⁴. Taraf, hukuk mahkemesi kararına karşı olağanüstü kanun yoluna başvurup başvurmama konusunda serbesttir. Bu konuda taraflara ilişkin getirilebilecek tek sınırlama, mahkeme kararı lehine olan tarafın, bu kanun yoluna başvurmada hukukî yararının olmamasıdır⁶⁵.

Olağanüstü kanun yoluna başvuru, öncelikle kesin hükümle meydana gelen yanlış sonuçların, hukuk devletinin bir gerekliliğı olarak adaletin sağlanması amacıyla ortadan kaldırılması⁶⁶ işlevi görmektedir. Bu işlevini mahkeme iki aşamada tamamlamaktadır. Öncelikle mahkeme, hükmündeki adaletsizliğı ve yargıya olan güveni bozan sebebin varlığını tespit edecek, bunu tespit etmesi halinde sonra ise,

⁶¹ Üstündağ, Temyizin Nakzından, s. 191.

⁶² Mahkeme hükmünün değişik kararları barındırıyor olması halinde hakkında temyize başvurulmayan kararların temyiz süresi geçmekle kesinleşip icra edilebileceğı yönünde bkz. YKD 1978/10 Ekim, s. 1622. www.kazanci.com.tr

⁶³ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 14; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 589.

⁶⁴ Melissinos, s. 168; Dava kapsamına ve konusuna ilişkin tasarruf yetkisi olmaması sebebiyle davaya dâhil olan kişinin yargılamanın yenilenmesini istemesi mümkün değildir. Ansay, Muhakemenin İadesi, s. 493.

⁶⁵ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 134; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 596, 597; Umar, İadei Muhakeme, s. 290.

⁶⁶ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 17.

verdiği kararı ya sadece ortadan kaldıracak veyahut da bu kararı kaldırarak yeni bir karar verecektir⁶⁷.

İlk derece mahkemesindeki tasarruf ilkesine ilişkin söylediklerimiz, bir dava olması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi için de geçerlidir. Yani yargılamanın yenilenmesi talep üzerine gerçekleşecek ve incelemenin kapsamını, yani hangi sebeplere dayanılarak yenileme incelemesinin yapılacağı ve buna ilişkin gerekçe ve delillerin mahkemeye sunulması tarafa ait olacaktır⁶⁸. Hatta burada tasarruf ilkesine ve taraf talebine olan bağlılık daha katı olarak uygulanmaktadır. Örneğin, mahkeme, tarafın başvuru sebebinin dışında başka bir yargılamanın yenilenmesi sebebini dosya kapsamında görse dâhi, bunu kendiliğinden dikkate alamayacaktır. Zira taraf talebi ile bağlılık, yargılamanın yenilenmesi kanun yolunda talep edilmeyen yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin incelenmesine engeldir⁶⁹.

Taraf iddia ettiği yargılamanın yenilenmesi sebebine ilişkin ispat faaliyetinde başarısız olursa, mahkeme yapılan başvuruyu reddedecektir. İspat faaliyetinin başarılı olması halinde ise, mahkeme yargılamanın yenilenmesi sebebini kabul edecek ve kesin hüküm oluşturan önceki kararından dönerek yeni bir karar verecektir. Verilecek olan bu kararın ne olacağı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 450’de açıkça belirtilmektedir⁷⁰. Ancak başvuruda bulunmak ve başvuru sebebini belirlemek nasıl taraf tasarrufuna ait bir konu ise, yargılamanın yenilenmesi başvurusunda neyin talep edildiğinin belirlenmesi de tarafa aittir. Taraf mahkemeye yargılamanın yenilenmesi için yaptığı başvuruda, yeni hüküm kurulmasına ilişkin iradeyi ortaya koymalıdır⁷¹. Zira bu husus, yargılamanın yenilenmesi davasında davanın öncelikli konusunu oluşturmaktadır. Eğer tarafın istem sonucu, ileri sürdüğü yargılamanın yenilenmesi gerekçesi ile uyumlu değilse *(örneğin, verilen hükmün gerekçesini oluşturan bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı*

⁶⁷ Erem, s. 4; Erkuyumcu, s. 364; Umar, İadei Muhakeme, s. 293.

⁶⁸ Ansay, Muhakemenin İadesi, s. 499; Üstündağ, 445. Maddesinin, s. 396.

⁶⁹ Umar, İadei Muhakeme, s. 292.

⁷⁰ HUMK m. 445 f. 1 b. 8 ve 9’da düzenlenen sebeplerin varlığı ve kabulü halinde mahkemenin sadece iptal kararı vereceğine ilişkin HUMK m. 450 düzenlemesi öğretide mahkemenin iptal kararı üzerine yeniden yargılama yaparak karar vermesi gerektiği şeklinde eleştirilmektedir. Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 598; Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 166, 167.

⁷¹ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 158.

olduğunun, sonradan bir başka hükümle tespit edilmesi durumunda, taraf sadece kesinleşen hükmün iptalini istemişse), hâkim davanın maddî yürütümü kapsamında başvuran tarafa başvurusu ile talep sonucu arasındaki uyumsuzluğu, daha doğrusu talep sonucundaki eksikliği hatırlatmalı ve giderilmesini istemelidir. Aksi halde, yargılamanın yenilenmesi davasının öncelikli dava konusunun sadece gerekçelerden oluştuğunu kabul etmek gerekecektir. Oysa bir davanın konusu sadece gerekçeler ile değil, aynı zamanda talep edilen şey ile de bütünlük göstermektedir. Bu nedenle taraf, yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna başvururken, istemini haklı gösteren sebep ile birlikte bu sebebin haklı görülmesi halinde meydana gelmesini istediği değişikliği de belirtmeli ve istenilen değişiklik ileri sürülen gerekçeye uygun olmalıdır⁷².

Bu kanun yolunda talep ile bağılılığın taşıdığı anlam, sadece mahkemenin tarafların getirdiği kanunî sebeplere bağlı kalınarak yeni bir yargılama yaparak karar vermesi olarak anlaşılmamalıdır. Bu anlamın dışında ayrıca kesinleşen mahkeme hükmünün tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılmasının engellenmesi için⁷³, yargılamanın yenilenmesi sebebinin ikrar, yemin gibi vasıtalarla ispatlanmasının mümkün olmaması gerekir⁷⁴. Özellikle lehine hüküm verilen tarafın yalan yere yemin ettiğinin kendi ikrarı veya yazılı delil ile sabit olması sebebinin (HUMK m. 445 f. 1 b. 6), biz bu durumda söz konusu ikrar ya da yazılı belgenin bir mahkeme hükmünde gerçekleşmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz⁷⁵. Aksi halde kesin hüküm dolanılmış olunacaktır⁷⁶.

⁷² Melissinos, s. 170.

⁷³ Zira kesin hüküm, maddî anlamda 'gerçeklik karinesine', usûlî anlamda ise 'kanuna uygunluk karinesine' dayanmaktadır. Konuralp, Kanun Yolları Arasında, s. 38.

⁷⁴ Ansay, Muhakemenin İadesi, s. 500; Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 163; Umar, İadei Muhakeme, s. 293.

⁷⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, Medenî, s. 593; Yılmaz, Yemin, s. 209.

⁷⁶ Kesin hüküm kurumunun dolanılmasının engellenmesi için dikkat edilmesi gereken bir diğer yargılamanın yenilenmesi sebebi, yargılama sırasında elde edilemeyen bir senet veya belgenin hükümden sonra ele geçirilmiş olmasıdır (HUMK m. 445 f. 1 b. 1). Söz konusu senet veya belgenin resmi bir senet olması ya da resmi bir makamın katılımı ile hazırlanmış olması halinde, hükümden evvel düzenlenip düzenlenmediği konusunda tereddüt söz konusu olmayacaktır. Ancak söz konusu belge ya da senedin bu özelliklerde olmaması durumunda, ilk olarak bunun hükümden evvel düzenlenip düzenlenmediği konusu sadece belgenin üzerinde yazılı tarihe göre tespit edilebileceğinden bu hususta mahkeme tereddüt yaşayacaktır. Biz tarafların her zaman için maddî hukukta hukukî işlem yaparak usûlî açıdan meydana getirdikleri sonuçları değiştirebileceklerini kabul ettiğimizden, tarafların usûlî sahada çekişmenin tarafı olmalarını sadece menfaat çatışmasına

§ 9. KANUN YOLU İNCELEMESİNİN YÜRÜTÜLMESİ VE SONA ERDİRİLMESİNDE TARAF TASARRUFU

A. Genel Olarak

Tarafların yargısal faaliyete ilişkin hâkimiyetleri, yargısal faaliyetin kesin hükümle adlî gerçek olarak kabul edilmesi anına kadardır. Bu sebeple, ilk derece mahkemesi hükmüne karşı, tarafların kanun yoluna başvurmuş olmaları, dava konusu üzerinde tarafların yargısal faaliyetin görülmesine ilişkin iddialarını devam ettirdikleri anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kanun yolu talebinin davacısı ya da davalısı konumunda olan önceki derecenin tarafları, bu aşamada da öngörülmüşse, duruşmalara katılmakta ve usûlî işlemler yapmaktadırlar. Mahkemenin hüküm vermiş olması, sadece kendisi bakımından işten el çekmesi sonucunu doğurmakta olup, yargısal faaliyete ilişkin tarafların tasarruf yetkisini sınırlamamaktadır. Bu kapsamda öncelikle tarafların bir yargısal faaliyet sürdürdükleri kabul edilmelidir. Kanun yolu yargılamasında başvuru kanun yolunun özelliğine göre taraflarca getirme ilkesi sınırlamaya uğramaktayken, tasarruf ilkesi için böyle bir sınırlandırmadan kural olarak bahsedilemez. Bu sebeple temyiz incelemesine başvuru konusundaki taraf tasarrufu, kanun yolu yargılamasının yürütülmesinde ve sona erdirilmesinde de mutlak bir anlam taşımaktadır. Ancak burada tasarruf ilkesi, sadece dava edilen usûlî talep üzerinde değil, ondan ayrı ve bağımsız olarak *kanun yolu başvurusuna ilişkin* olarak da *ayrıca* söz konusu olacaktır⁷⁷. Bu sebeple usûlî talebe ve de kanun yolu talebine ilişkin olmak üzere iki farklı talebe ilişkin kanun yolu yargılamasında taraf egemenliğinin söz konusu olduğu kabul edilmeli ve kanun yolu yargılamasında gerçekleşen taraf usûlî işlem ve davranışları bu ayırıma göre,

bağlamaktayız ve tarafların kendi aleyhlerine böyle bir durumu meydana getirebileceklerini kabul etmekteyiz. Ancak HUMK m. 445 f. 1 b. 6 için yukarıda taşıdığımız endişenin temelinde bulunan usûlî hilenin engellenmesi adına, söz konusu senet ya da belgenin meydana getirdiği etkinin sadece taraflar için gerçekleşmesi konusunda HUMK m. 299 f. 1'in uygulanması ve senet ya da belge tarihinin sadece senet ya da belgeyi imzalayan ile onun mirasçıları adına kabul edilerek tarafların medenî yargılama hukukunu kullanarak 3. kişi aleyhine borç yaratmalarına engel olunması gerektiğini düşünmekteyiz. Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 84; Umar, İadei Muhakeme, s. 272.

⁷⁷ Sell, burada gerçekleşen ayırımın temelinde doğru bir tespitle, kanun yolu başvurusu ile hukukî koruma talebi arasında özdeşlik olmamasını görmektedir. Sell, s. 12, 19.

yani yapılan işlemin hangi talep ile ilgili olduğuna göre etki doğurmalıdır⁷⁸. Kanımızca buradaki ayırım, esasen kanun yolu faaliyetine ilişkin iddia ile usûlî talep hakkında maddî hukuksal değerlendirme yapılması iddiasına ilişkindir.

B. Kanun Yolu Faaliyeti İddiasına İlişkin Tasarruf İlkesi

Davanın tarafları, nasıl yargısal faaliyet iddiasına ilişkin olarak davanın geri alınması, dosyayı takipten vazgeçme yollarıyla mahkemenin yargısal faaliyette bulunmasına ilişkin yetkisine son verebilmekte iseler, bunun gibi kanun yolu faaliyeti iddiasına ilişkin olarak da, kanun yolu mahkemesinin denetimine son verebilme olanağına sahiptirler⁷⁹. Bu kapsamda ilk olarak, kanun yolu iddiasına ilişkin tarafların yapacakları tasarrufun doğum tarihinin ne olduğu meselesi aydınlatılmalıdır. Mevcut kanunumuz (HUMK m. 535) ve kanunumuzda yürürlüğe girecek değişiklikler (istinafa ilişkin HUMK m. 426/İ ve temyize ilişkin m. 432'de m. 426/İ'ye yapılan atıf), kanun yoluna başvurma hakkından önceden feragat edilemeyeceği düzenlemelerini içermektedir. Gerçekten de kanun yoluna başvuru hakkı, tarafların hukukî korunma taleplerine ilişkin mahkemenin vereceği hükme bağlı menfaatleri dolayısıyla ortaya çıkmakta olduğundan, bu yola başvuru imkânı da, ancak hakkın varlığı durumunda ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, hukuki durumu ancak '*aleyhine bir hüküm verilmekle*' zedelenen tarafın, kanun yolu iddiasında bulunması ve bu iddia üzerinde tasarruf etmesi söz konusu olacaktır⁸⁰. Alman hukukunda kişilerin kanun yolu iddialarına ilişkin olarak hüküm verilmezden evvel tasarrufta bulunabilecekleri kabul edilmektedir. 2002 Alman Usul Reformu öncesinde, kanun yolundan tarafların feragat edebileceklerine ilişkin düşünce, bu hususta usûlî sözleşme yapabilecekleri düşüncesine dayanmakta iken⁸¹, reformla dZPO § 515 hükmünde '*karar verildikten sonra*' ibaresi çıkarıldığı için, tarafın, karşı

⁷⁸ Gilles, Rechtsmittel, s. 68 vd; Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 191 dn. 2.

⁷⁹ Akkaya, İstinaf, s. 144.

⁸⁰ Umar, İadei Muhakeme, s. 294; Rimmelspacher, Rechtsmittelverzichts, s. 953.

⁸¹ Habscheid, Rechtsmittelverzicht, s. 2369; Rimmelspacher, Wirkungen, s. 953 vd.

taraflla bir usûlî sözleşme yapması gerekmeksizin, tek taraflı beyanla kanun yolu faaliyetine ilişkin iddiasından vazgeçebileceği kabul edilmektedir⁸².

Biz, dava açılmadan evvel ya da dava açıldıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden evvel, tarafların kanun yolu iddialarına ilişkin olarak, feragat ya da farklı bir şekilde tasarrufta bulunmalarının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bu hususta tarafın, karşı taraflla usulî bir sözleşme yapmış olması da kanaatimizce bir kıymet taşımayacaktır. Zira, tasarruf edilmek istenilen hak, henüz doğmamıştır⁸³. Doğmamış haklar üzerinde ise tasarrufta bulunulamaz. Bu kural, hukuk devletinin bir görünümüdür⁸⁴. Bu sebeple hükmün hukuksal durumu üzerinde nasıl bir değişiklik meydana getirebileceğini tahmin edemeyecek konumda olan tarafların, kanun yoluna başvuru hakları üzerinde tasarrufta bulunmaları, kendiliğinden geçersizdir. Kaldı ki, kanun yoluna başvuru hakkı hukukî yarara bağlı olduğundan, henüz bunu belirleyen bir hüküm sonucu ortada olmadığına göre, hüküm verilmezden evvel açıklanacak iradelerin bir anlamı da olmayacaktır. Keza kanun yoluna başvuru gerekçesinin de yargılama faaliyetine bağlı olduğu dikkate alınacak olursa, bilinmeyen bir gerekçe üzerinde de tasarruf yapılması düşünülemeyecektir. Biz bu sebeplerle, ister tek tarafça isterse de karşılıklı olarak uyuşmazlığın taraflarınca kanun yolu başvuru hakkı üzerinde, bu hakkın doğumundan evvel yapılacak tasarrufların geçersiz olduğunu düşünmekteyiz.

Kanun yoluna başvuru hakkının doğduğu an olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide hükmün verildiği tarih⁸⁵ ile taraflara tefhim tarihinin⁸⁶ esas alınmasına ilişkin görüşler bulunmaktadır. Yargıtay ise, hükmün taraflara tebliğ tarihini kanun yoluna başvuru hakkının doğduğu an olarak kabul etmektedir⁸⁷. Biz, kanun yoluna başvuru hakkının

⁸² Albers, Baumbach Komm., § 515 kn. 1; Ball, Musielak Komm., § 515 ZPO kn. 7 (s. 1298); Jauernig, Zivilprozessrecht, § 72 VII (s. 293).

⁸³ 15.HD., 18.06.2003, 2780/3307, www.kazanci.com.tr.

⁸⁴ Yılmaz, Hukuk Davaları Bakımından, s. 71.

⁸⁵ Akcan, s. 184; Ansay, Hukuk, s. 353; Ercan, Güncel Tartışmalar, s. 46; Ercan/ Özbay, s. 444.

⁸⁶ Kuru, Medenî, s. 4490 dn. 37a; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 564; Üstündağ, Kanun Yolları ve Tahkim, s. 50.

⁸⁷ 2.HD., 20.03.1996, 2123/2871; 2.HD., 24.10.2005, 12335/14676; 2.HD., 26.02.2004, 1182/2300; 2.HD., 21.04.2005, 4613/6552. www.kazanci.com.tr.

kullanılması için sadece hüküm sonucunun değil, hüküm sonucu ile hukukî durumu zedelenen tarafın buna sebep olan gerekçeyi ve yanlışlığı bilmesi durumunda bu hakkı kullanabileceğini, zira bu noktadan itibaren hükmü bozma konusunda bir gerekçesinin ve hukukî yararının mevcut olacağını düşünmekteyiz⁸⁸. Hükümün verilmesi ya da sadece hüküm sonucunun öğrenilmesi hukuki yararın ne üzerinde gerçekleştiği konusunda belirsizlik taşımaktadır⁸⁹. Biz, bu nedenlerle, tarafların gerekçeli hükümden haberdar olduğu tarihi, kendileri için kanun yoluna başvuru hakkının doğduğu an olarak görmekteyiz⁹⁰. Bu an itibarıyla da, tarafın kanun yolu başvurusu üzerinde tasarrufta bulunabileceğini kabul etmekteyiz. Bu tasarruf olanağı ise, kanun yolu talebine ilişkin hüküm verilmesi ile sona erecektir.

Kanun yolu başvurusu üzerinde gerçekleştirebilecek tasarruf olarak hukukumuzda sadece kanun yolu talebinden feragat etmek (HUMK m. 535, üç dereceli kanun yolunda m. 426/İ, m. 432) söz konusu olmaktadır. Alman hukuk düzenlemesinde ayrıca kanun yolu talebinin geri alınması (§ 516) ile kanun yolu yargılamasının işlemiden kaldırılması (§ 523, 565 atıfları ile § 251, 251a) da kanun yolu başvurusuna ilişkin taraf tasarrufu kapsamında değerlendirilmektedir⁹¹. Kanun yolu başvurusunun geri alınması, başvuran taraf açısından sadece başvuru talebinin geri alınmasını ifade etmektedir. Taraf bu yola başvurmak için Alman hukuku düzenlemesinde karşı tarafın onayını istemek zorunda değildir. Zira, Alman kanun koyucusu, üst yargı organının denetleme yükünün ortadan kalkması konusundaki menfaati, hükmün hukukî yararını zedelediği tarafın, hükmün doğrulanması konusundaki menfaatine üstün görmüştür⁹². Bizde kanun yolu başvurusunun geri alınması kurumuna ilişkin açık bir düzenleme medenî yargılama kanunumuzda

⁸⁸ Bu hususta ayırıcı ölçü, hükmün denetlenebilirliği olmalıdır. Bkz. Özkes, Süre Tutum, s. 386.

⁸⁹ Renneke, s. 103. HUMK m. 381 f. 2 düzenlememiz kısa karar olarak hüküm sonucunun tefhimini yeterli görmekte olup, bunun HUMK m. 388 f. 1 b.3'teki iddia, savunma ve delillere ilişkin gerekçeyi içermemesi, hüküm sonucu aleyhine olan tarafın başvuru gerekçesini somutlaştırmasına engel olacaktır. Sadece başvuruda bulunmakla kanun yoluna başvurmak, kanun yolu düşüncesine ve amacına da aykırıdır. Henüz yürürlüğe girmemiş olan istinaf düzenlememizde istinaf sebebini belirtmek zorunda olan (m. 426/O) tarafın bu yola başvurusu ve bu yoldan feragat edebilmesi için kararın kendisine tebliğinin aranması (426/İ), keza istinaf sonrası temyize ilişkin olarak kişinin temyiz gerekçesini belirtmesi (m. 430) ve temyize başvurmak ve temyizden feragat etmek için istinaf hükmünün taraflara tebliğinin aranması (m. 432 atfı m. 426/İ) bu sebeplerden dolayıdır.

⁹⁰ Akkaya, İstinaf, s. 145; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, Medenî, s. 546.

⁹¹ Rimmelspacher, Wirkungen, s. 953 vd.

⁹² Lüke, W., Zivilprozessrecht, kn. 393 (s. 366).

(HUMK) mevcut değildir. Bu hususta açık bir düzenlemenin yokluğu ve usûlün emredici karakteri nedeniyle, kanun yoluna başvuran taraf, kanun yolu faaliyeti iddiasına ilişkin talebini geri alamayacaktır. Ancak kanaatimizce bu hususta tarafa verilen kanun yoluna başvuru hakkı, her hakta olduğu gibi, geri alınmaya ilişkin bir düzenlemeyi de gerekli kılmaktadır.

Tarafların kanun yolunda düzenlenen duruşmaları takipsiz bırakmaları ya da bir tarafın duruşmaya gelmemesi, kanun yolu yargılamasına ilişkin taraf iddiasının takipsiz bırakılması sonucunu doğurmamaktadır. Kanun yolu incelemesi duruşmalarına ister tek tarafın isterse de her iki tarafın gelmemesi durumu gerçekleşmiş olsun, kanun yolu mahkemesi incelemesini dosya üzerinden yaparak yargısal denetimi sonuçlandıracaktır (HUMK m.438 IV, üç dereceli kanun yolunda m. 426/S f. 3, 435 f. 5). Bu farklı düzenlemenin nedeni, kural olarak kanun yolunda duruşma yapılmasının bir zorunluluk oluşturmaması ve kanun yolunda duruşmaya katılmamanın sadece duruşma talebinden vazgeçtikleri şeklinde anlaşılmasıdır⁹³. İstinaf yargılamasına ilişkin düzenlememizde ise duruşma yapılması zorunluluğu söz konusu olmakla beraber, Kanun koyucu tarafların duruşmaya katılmamaları durumunda istinaf başvurusundan vazgeçtikleri sonucuna varmamış, sadece duruşma yapılmamasının karar verilmesine engel olduğu hallere ilişkin olarak istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi hususlarını düzenlemiştir (m. 426/S f. 3).

Kanun yolundan feragat ise, kanun yoluna başvurma hakkına sahip tarafın, mahkeme kararının bozulması veya değiştirilmesi için incelenmesi hakkından kesin olarak vazgeçmesidir⁹⁴. Burada kanun yolu talebinin geri alınmasından farklı olarak, kanun yolundan feragat eden taraf, hiçbir şekilde bu kanun yolu talebini artık ileri süremeyecektir. Biz, kanun yolu talebini kanun yolu gerekçesi ile birlikte değerlendirdiğimizden, tarafın evvelinde bir kanun yolu başvurusu olmaksızın kanun yoluna başvurusundan feragat etmesi ile başvurmuş olduğu kanun yolundan feragat etmesini farklı değerlendirmekteyiz. İlk halde tarafın feragat iradesi, bütün kanun yolu gerekçeleri bakımından mahkeme kararını kanun yoluna götürmeyeceğine ilişkin genel bir feragat, ikinci durumda ise belirli gerekçelerle başvuru kanun

⁹³ Bkz. Kuru, Dâvalarının Uzaması, s. 110.

⁹⁴ Ercan/ Özbay, s. 434; Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 231; Rimmelspacher, Wirkungen, s. 952.

yolu talebinden feragat söz konusudur. Şu durumda süresinde başvurulmuş ve fakat feragat edilen kanun yolu talebinin, gerekçesi olmayan bir başka gerekçeden dolayı, henüz kaçırılmamış ise süresinde yenilenmesi mümkündür. Zira, bu duruma ilişkin olarak feragat, iptali istenilen mahkeme kararının sadece ileri sürülen gerekçeler bakımından yanlış olduğu iddiasından vazgeçmeyi hedef almaktadır⁹⁵. Bu sebeple, kanun yoluna başvuru süresi geçmemiş ise, belirli bir gerekçe ile başvurulmuş kanun yolu talebine başka kanun yoluna başvuru gerekçelerinin dâhil edilebileceğini de düşünmekteyiz⁹⁶.

Kanun yolundan feragat, karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın, tek taraflı bir beyanıyla tarafın, kanun yoluna başvuru hakkını kullanmayacağı ya da başvurduğu kanun yolunu devam ettirmeyeceği beyanını ifade etmektedir. Bu beyanın muhatabı, karşı taraf değil, mahkemedir⁹⁷. Bu sebeple de feragat iradesi mahkemeye yöneltilmektedir. Bu konuda yetkili mahkeme, ortada henüz başvurulmuş bir kanun yolu yoksa, kararı veren mahkeme, yok bir kanun yolu başvurusu varsa, kanun yolu denetimini yapacak olan yargı organıdır. Kanun yoluna feragatin gerçekleşmesi durumunda, kanun yolu talebinin esastan reddedilmesi gerekmektedir. Kanımızca bu durumda sadece kanun yolu iddiasına ilişkin bir sonuç çıkarılması gerektiğinden, esastan ret kararı verilmesi, usûlî talep hakkında olumsuz sonuçlanmış bir kanun yolu incelemesi yapıldığı ve ret sonucunun bu incelemenin ürünü olduğu duygusu uyandırmaktadır. Bu sebeple bu durumda feragatin, sadece kanun yolu talebinin konusunu oluşturan *'belirli gerekçelerden dolayı hükmün yanlış olduğu*

⁹⁵ Bu halde kanun yolu talebinden feragatin sadece bir kanun yolu faaliyet iddiasını içerdiği (kanun yolu başvurusunun geri alınması gibi) düşünülmekte olup, kanun yoluna başvuru şartları yerine getirilmemiş gibi usûlden reddedilmesi gerektiği, zira iptali istenilen hükmün doğruluğu ile ilgisinin kurulmadığı ileri sürülmüştür. Gilles, Rechtsmittel, 1972, s. 50 vd; Rimmelspacher, Wirkungen, s. 953, 961. Kanımızca kanun yolu iddiasından feragat, özellikle kanun yolu başvurusu yapıldıktan sonra feragat edilmesi halinde aynı zamanda kanun yolu talebine ilişkin yanlış hüküm verildiğine yönelik iddialar konusunda da bir feragati, dolayısıyla bir esastan reddi (kanun yolu için) içermektedir. Zira kanun yolu talebine ilişkin usûlden ret, ancak süresi geçtikten sonra kanun yoluna başvurmak, gerekli gider ve harçları yatırmamak, kanun yoluna kapalı yargısal kararlara karşı kanun yoluna başvurulması gibi durumlarda söz konusu olmalıdır.

⁹⁶ Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 233.

⁹⁷ Mahkeme dışında karşı taraf muhatap alınarak gerçekleşen feragatin sonradan yetkili mahkemeye sunulması ile de feragatin gerçekleşebileceğine ilişkin bkz. Ercan/ Özbay, s. 446.

iddiasının, yani *'kanun yolu konusunun'* esasen doğruluğuna yöneldiği düşünülmelidir, yoksa hakkında karar verilen usûlî talebin değil⁹⁸.

Kanun yolundan feragatin gerçekleşmesi durumunda, başvuranın talebi üzerine kanun yoluna katılmalı olarak başvuran karşı tarafın başvurusu da, aynı akıbeti paylaşmalı ve sona ermelidir. Zira katılmalı kanun yolu başvuruları, karşı tarafın bozulmasını ya da değiştirilmesini istediği hükmün, doğru olduğuna yönelmiştir. Ayrıca bağımsız bir kanun yolu talebini içermemektedir. Kaldı ki bağımsız bir talepte bulunma konusunda hukuki bir yararı da olmayabilecektir. Bu sebeple kanun yoluna başvuran tarafın başvurusundan feragat etmesi, başvuru mahkeme kararının doğru olduğu ve hüküm sonucunun haksız olmadığı yönündeki katılmalı kanun yolu başvurusunun da anlamını yitirmesine neden olacaktır⁹⁹. Bu durumda katılmalı kanun yolu başvurusunun, *'hükmün yanlış olmadığı iddiası'*, doğru kabul edilmelidir. Bu sebeple bağımlı olunan kanun yolu başvurusundan feragat edilmesi ile kendiliğinden katılmalı kanun yolu başvurusu da ortadan kalkacaktır. Bu durum, istinafla birlikte yürürlüğe girecek üç dereceli kanun yolumuzda, açık bir hükümde ifade edilmektedir (m. 426/H f. 2 ve 432). Katılmalı kanun yolu başvurusunun bağımsız olarak ileri sürüldüğünün kabul edilmesi durumunda ise, asıl kanun yoluna başvurudan feragat edilmesi, katılmalı kanun yolu başvurusu açısından inceleme yapılmasına engel olamamalıdır¹⁰⁰. Katılmalı kanun yoluna başvuran tarafın, bu başvurudan feragat etmesi ise, kanımızca mümkün olmakla birlikte, bunun kanun yolu yargılamasına bir etkisi olmayacaktır. Bu durumda kanun yolu yargılaması devam edecektir.

Feragat, olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yargılamasında da söz konusu olabilecektir. Bu durumda da bu kanun yoluna başvurulurken getirilen gerekçeler ve talep sonucundan yargılamanın yenilenmesini isteyen taraf feragat etmekte ve aynı gerekçelerle artık yargılamanın yenilenmesi mümkün olmamaktadır¹⁰¹.

⁹⁸ Gilles, Rechtsmitteleinlegung, s. 230.

⁹⁹ Yılmaz, İstinaf, 2005, s. 61, 80; Ball, Musielak Komm., § 524 ZPO kn. 28 (s. 1334). Aksi yönde görüşler için bkz. Kuru, Medenî, s. 4608 vd.

¹⁰⁰ Heiderhoff, s. 1403; Jakoby, Anschlussrechtmittel, s. 188.

¹⁰¹ Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 138.

C. Usûlî Talebe İlişkin Tasarruf İlkesi

Kanun yolu yargılamasında tasarruf ilkesi, sadece kanun yolu başvurusu ve konusu üzerinde tarafların tasarrufta bulunmalarını ifade etmeyip, aynı zamanda ilk derece mahkemesinde uyuşmazlık konusu yapılan derdest usûlî talebi de kapsamına almaktadır. Bu belirtme, uyuşmazlık konusu üzerindeki taraf tasarruflarını, kanun yolu talebi ve konusuna ilişkin taraf tasarruflarından ayrı değerlendirmemizin aynı zamanda nedenini göstermektedir. İlk olarak usûlî talep üzerinde tasarruf etmek, derdestlik ile açıklandığından, bu sahada tarafların yapacakları tasarrufları kesin hüküm elde edilmesi anına kadar, yani usûlî talebin derdest olmasından çıkma anına kadar mümkündür. Oysa kanun yoluna ilişkin taraf tasarrufu, bu hakkın doğumundan itibaren kanun yolu incelemesine ilişkin hüküm verilinceye kadarki daha dar bir zaman dilimi içinde gerçekleşmektedir. İkinci bir farklılık, kanun yoluna ilişkin tasarrufların konusunu, hükme ilişkin bir iddia oluştururken¹⁰², uyuşmazlık konusuna ilişkin tasarrufların konusunu ilk derece mahkemesinde hakkında hüküm kurulması istenilen usûlî talep oluşturmaktadır.

Kanun yolu yargılaması süresince usûlî talep konusunda gerçekleşecek tasarruflar ise, usûlî talep konusundaki uyuşmazlığı sona erdiren tasarruflar ile usûlî talebi değiştiren, kapsamını genişleten tasarruflar olarak gruplandırılabilir. İlk halde, usûlî talebe ilişkin gerçekleşecek tasarruflarla usûlî talebin görüldüğü yargılama faaliyeti son bulmaktadır. Davacının davasından feragat etmesi, davalının davayı kabul etmesi, tarafların aralarında anlaşmış olmaları, usûlî talebin konusuz kalması bu kapsamda görülebilecek tasarruflardır. Bu tasarrufların kanun yolu aşamasında gerçekleşmesi, kendilerine bağlanan hukukî sonuçların doğmasına engel olamayacaktır. Burada karşılaşılabilecek sıkıntı, usûlî talep üzerinde bir kanun yolu incelemesinin gerçekleşmekte olması sebebiyledir. Şüphesiz usûlî talep üzerinde yapılacak tasarruflar, şüphesiz bir kanun yolu incelemesini gereksiz hale getirecektir. Çünkü, bu durumda kanun yolu incelemesine konu yapılan hüküm, etkileriyle birlikte kendiliğinden sona ermiş olacaktır. Bozulması ya da değiştirilmesi istenilen hükmün ortadan kalkması, aynı zamanda hükme karşı gidilen kanun yolu incelemesine de son verecektir. Bu sonuç da işin mahiyeti gereği kendiliğinden

¹⁰² Schreiber, s. 196.

gerçekleşecektir¹⁰³. Bu durumda, bir kanun yolu incelemesi artık yapamayacak olan kanun yolu mahkemesi, kanun yolu başvurusuna ilişkin bir karar vermeden davayı ilk derece mahkemesine yollayamamalıdır. Zira kanun yolu aşamasına taşınmış bir hükmün, kanun yolu talebine ilişkin bir karar verilmeden gerçekleşen bu tasarruflardan dolayı hükmü veren mahkemeye geri dönmesi, mahkemenin hüküm vermekle kendisine düşen görevi tamamlamış olduğu ve davadan elini çektiği sonucu ile uyumlu olmayacaktır. Bu sebeple, kanun yolu mahkemesi bu tasarruflar sebebiyle hükmü her halükârda kaldırmak durumundadır. İstinaf yargılamamızda bir hükmü kaldırmak, temyiz yargılamamızda ise hükmü bozmak, kanun yolu başvurusunun kural olarak haklılık taşıması durumunda söz konusu olacaktır. Özellikle davanın konusuz kalması ve sulh ile sona ermesi durumunda, kanun yolu başvurusunun neden haklılık taşıdığı açıklanamayacaktır¹⁰⁴. Keza feragat ve kabul durumlarında, davayı kaybeden davacının başvurduğu kanun yolundan feragat etmesinde, davayı kaybeden davalının ise başvurduğu kanun yolu yargılamasında davayı kabul etmesi durumunda, kanun yolu başvurusunun haklı değil, bilakis haksız olduğu çok daha rahat söylenebilecek ve bu durumda da neden ilk derece mahkemesi kararının kaldırıldığı açıklanamayacaktır¹⁰⁵. Biz kanun yolu talebi ile usûlî talep arasında farklılıktan yola çıkılması gerektiğini, usûlî talep üzerinde gerçekleşecek tasarruflarla, kanun yolu başvurusu ve gerekçeleri üzerinde bir haklılık incelemesi yapılmasının artık engellenmiş olacağını düşünmekteyiz¹⁰⁶. Bu sebeple kanun yoluna başvuru mahkeme kararı kaldırılarak, hali hazır temyiz kanun yolu sistemimize göre Yargıtay'ın gönderme kararı vererek, *kararı veren ilk derece mahkemesinin*

¹⁰³ **Akkaya**, İstinaf, s. 342; **Gilles**, Anschließung, s. 163; **Jauernig**, Zivilurteil, s. 138 vd.

¹⁰⁴ **Gilles**, Anschließung, s. 166, 167; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 314. *Akkaya*, davanın konusuz kalması durumunda kanun yolu mahkemesinin istinafa ilişkin başvurunun haklı ya da haksız olduğunu tartışmadan ilk derece mahkemesinin kararını kaldıracağını ve esas hakkında karar verilmesine gerek kalmaksızın davanın sonlandığı düşüncesindedir. **Akkaya**, İstinaf, s. 342.

¹⁰⁵ **Gilles**, bu iki duruma ilişkin olarak istinaf başvurusunun haksız olduğunun anlaşılmasıyla istinaf talebinin reddedilmesi gerektiğini düşünmektedir. **Gilles**, Anschließung, s. 167. Aynı yönde **Akkaya**, İstinaf, s. 337. Biz bu durumda derdest bir dava üzerinde gerçekleşen feragat ve kabulün, hükmün feragat ve kabul nedeniyle sonuçlandırılmasına yol açması gerektiğini, bu nedenle ilk derece mahkemesinin ulaştığı yargısal faaliyet sonucunun doğruluğu üzerinden istinaf başvurusunun reddedilmesi gerektiğine ilişkin düşüncelere katılmamaktayız. Zira ister davanın reddi kararına karşı başvuru kanun yolu yargılamasında feragat ya da kabul, isterse de davanın kabulü kararına karşı başvuru kanun yolu yargılamasında feragat ya da kabul gerçekleşmiş olsun, dava edilen usûlî talep, bu tasarruf işlemleri dolayısıyla sonlandırılacak, artık mahkeme hükmünün neden dolayı ne kadar doğru veya yanlış olduğu tartışılmayacaktır.

¹⁰⁶ Aynı yönde **Akkaya**, İstinaf, s. 337.

mevcut durum üzerinden usûlî talebe ilişkin yeni bir karar vermesini istemesi gerektiğini düşünmekteyiz. İstinaf kanun yolu yargılamasında ise, istinaf mahkemesi sadece kararı kaldırarak kendisi usûlî talebe ilişkin bu durumu ortaya koyan yeni bir karar verecektir¹⁰⁷. Usûlî talebe ilişkin söz konusu tasarruflar, istinaf kararına karşı başvurulmuş temyiz kanun yolunda gerçekleşir ise, bu durumda Yargıtay, istinaf hükmünü bozacak ve istinaf hükmünün istinaf başvurusunun esastan reddi olması durumunda, dosyayı istinaf mahkemesine, yok istinaf hükmü ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ile verilmiş yeni bir hüküm ise, davayı ilk derece mahkemesine göndererek, usûlî talebe ilişkin mevcut durumu karşılayan bir karar verilmesini isteyecektir. (değ. HUMK m. 439). Varılan bu sonuç, bu tasarrufların hükmün taraflara tebliğ edildikten sonra ve fakat henüz kanun yoluna başvurunun gerçekleşmediği zaman aralığında yapılması durumunda da söz konusu olmalıdır. Bu durumda da mahkeme hüküm vermekle, usûlî talep hakkında vardığı sonucu değiştiremeyeceğinden, tarafların usûlî talebe ilişkin yaptıkları bu tasarrufların bir mahkeme hükmüne geçmesi, zorunlu olarak öngörülen kanun yoluna başvurmaları ve yapılan tasarrufları oraya taşımaları ile ancak mümkün olacaktır¹⁰⁸. Aksi halde usûlî talebe ilişkin mahkeme hükmü, bu tasarrufların değerlendirilmediği bir gerçeği ifade edecektir.

Kanun yolu yargılaması devam ederken, usûlî talebi değiştiren veya kapsamını genişleten tasarruflarda bulunulması durumunda, bu tasarrufların kanun yolu yargılamasına bir etkisinin olması düşünülmemelidir. Bu sonuç her şeyden evvel kanun yolu yargılaması amacı dolayısıyla ortaya çıkacaktır. Zira ilk derece mahkemesinde dava konusu edilmeyen bir usûlî talebin, kanun yolu yargılamasında dikkate alınması, kanun yolunun denetim ve bozma (değiştirme) yargılaması olması ile güdülen amacına aykırıdır¹⁰⁹. Ayrıca kanun yolunda yapılacak incelemenin konusunu, önceki derecede yargısal bir faaliyet gerçekleştiği düşünülen hüküm oluşturmaktadır¹¹⁰. Bu sebeplerle kanun yolu aşamasında usûlî talebe ilişkin

¹⁰⁷ Özkes, Sorularla, s. 83; Akkaya, İstinaf, s. 336, 342.

¹⁰⁸ Gilles, Anschließung, s. 165.

¹⁰⁹ Gilles, Anschließung, s. 169; Akkaya, İstinaf, s. 79, 283.

¹¹⁰ Gilles, Rechtsmittel, s. 193.

değişiklikler (talep sonucunu artırma, yeni iddia ve savunmalarda bulunma) kanun yolu incelemesi içinde dikkate alınamamalı ve ileri sürülememelidir¹¹¹.

D. Yargısal Faaliyet İddiasına İlişkin Tasarruf İlkesi

Davanın geri alınması ise, kanımızca daha farklı değerlendirilmelidir. Zira burada yargısal bir faaliyetin tarafların yeniden belirledikleri bir çerçevede sürdürülmesi değil, kanun yolu denetiminin de içinde bulunduğu yargısal faaliyette bulunmaya ilişkin taraf iddialarının bir bütün halinde geri alınması söz konusudur. Ancak bu halde, sonucun usûlî taleple doğrudan bir ilgisi bulunmayıp, usûlî talep hakkında yargısal faaliyet iddiasında bulunulması ile ilgilidir. Bu durumda davacı tarafın geri alma irade beyanını, ilk derece mahkemesine veyahut dosyayı elde bulunduran kanun yolu mahkemesine yöneltmesi gerekmektedir¹¹². Davalının da aynı hususlarda hüküm mahkemesine paralel irade beyanında bulunmasıyla, kanun yolu denetiminde bulunan bir davanın geri alınması gerçekleşebilecektir.

¹¹¹ İstinafa ilişkin getirilen m. 426/R hükmünün gerekçesi incelendiğinde istinaf sistemimizin hükmü verildiği tarih itibarıyla mevcut olan talep sonucu ve dava malzemelerine ilişkin incelenmesi üzerine kurulduğu görülebilecektir. Ayrıca bkz. **Akkaya**, İstinaf, s. 283. Aksi yönde **Gilles**, Rechtsmittel, s. 171; **Gilles**, Anschließung, s. 171.

¹¹² Alman hukukunda bu iradenin ilk derece mahkemesi vasıtasıyla kanun yolu denetimi yapan üst mahkemeye yöneltileceği düşünülmektedir. OLG Koblenz MDR 2000, s. 225. Bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht, § 128 kn. 11 (s. 884); **Gross**, Klageänderung, s. 158.

SONUÇ

Medenî yargılama hukuku faaliyetine ilişkin kanunlaştırma hareketlerinde taraf hâkimiyeti esasının benimsenmesinin temel nedeni, uyuşmazlık konusunun tarafların özel olayı olarak görülmesidir. Hukukun anlamlandırılmasına ilişkin felsefi sahada yaşanan tartışmalar, 18. yy sonlarında medenî yargılama hukuku boyutunu da ihtiva edecek şekilde genişlemiş ve medenî yargılama hukukunun sistemini açıklama gayretlerine dönüşmüştür. Tarihsel bakış açısıyla bir medenî yargılama sisteminin taraf egemenliğine ya da hâkim egemenliğine dayanan iki sistemi içerecek şekilde kurulabileceği kabul edilmiş ve medenî yargılama hukuku alanında, alanın amacına ilişkin yaşanan tartışmalar, tarafa ve hâkime ne kadar egemenlik verileceğine ilişkin yapılacak tercihlerle sonuçlanmıştır.

Biz öncelikle medenî yargılama hukuku sahasında eğer bir tercih söz konusu olacak ise, bunun taraf egemenliği olacağını düşünmekteyiz. Bu hususta gerekçelerimizden biri, medenî yargılama faaliyetinin başlaması, görülmesi ve sonuçlandırılmasının temelinde hak arama özgürlüğünü görmemiz nedeniyledir. Anayasal temeli olan bu gerekçemizden dolayı, medenî yargılama sisteminde taraf irade özgürlüğünün dışlanamayacağını düşünmekteyiz. Bu özgürlük, medenî yargılama hukukunda tasarruf ilkesinin çerçevesini bize vermektedir. Bu kapsamda yargılamanın başlatılması (veya başlatılmaması), dava konusunun belirlenmesi, davanın yürütülmesi konusunda tarafların davayı takip etmeleri (veya takipsiz bırakmaları), yargılama faaliyetini sonlandırmamaları (veya sonlandırmaları), hükme karşı kanun yoluna başvurmaları (veya başvurmamaları veyahut başvurudan feragat etmeleri) konuları girmektedir. Yargılama faaliyetinin kapsamının dışında kalan saha ise, vakıa ve delil sahası olup, burada taraf egemenliğini ifade eden ilke, taraflarca getirme ilkesidir. Burada da bir taraf egemenliğinden bahsedilebilecektir ve fakat bu sahada taraf egemenliğin tercih edilme nedeni hak arama özgürlüğü olmayacaktır. Bu sahada taraf egemenliğinin tercih edilerek getirilecek malzemelerin taraflara bırakılmasının nedeni, tarafların karşılıklı menfaat çatışması içinde olmaları ve bu nedenle yargılama konusu hayat olayını en iyi bilebilecek konumda bulunmaları dolayısıyladır. Bu sahada yapılacak tercih, işin niteliği ya da ideolojik gerekçelerden dolayı hâkim egemenliği de olabilecektir. Bu temel farklılık dolayısıyla tasarruf ilkesi, taraflarca getirme ilkesinden ayrı bir anlam taşımaktadır ve sadece kamu

düzeni ya da 3. kişinin menfaati gibi haklı gerekçelerden dolayı istisnaya uğrayabilecek ya da sınırlandırılabilir) (Tasarruf ilkesi anayasal garanti altında olan hak arama özgürlüğünün medenî yargılama hukukuna yansımalarıdır. Bu temel ilkeye dayalı bir medenî yargılama hukukunun, aynı zamanda bir yargılama hukuku olması nedeniyle başkaca esaslara bağlı olduğu da kabul edilmelidir. Bu esaslar sadece geçici istisnalara uğrayabilen ve yasama organının yargılama faaliyetleri konusunda tercihine bırakılmamış, mutlak anlamda olması gereken hususlardır. Hukukî dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı, etkin ve etkili hukuki koruma gibi esaslar her yargılamada olduğu gibi medenî yargılama sahasında da geçerlidir. Tasarruf ilkesi bir medenî yargılama hukuku sistemini ifade ediyor olması dolayısıyla bu esaslardan nitelik olarak ayrıdır.

Hak arama özgürlüğü, medenî yargılama hukukunda, ilk olarak yargılamanın başlatılması ve görülmesi dolayısıyla etki gösterecektir. Bu sebeple tarafın hukukî korunma talebiyle devlete başvurma konusunda özgür olması, başvuruda bulunma konusunda zorlanamamasını ifade etmektedir. Devletin bir yargılama faaliyeti yapma ve bu yargılama faaliyetini başta anayasal esaslar olmak üzere yargılama kurallarına bağlı kalarak yürütüp sonlandırması konusundaki yükümlülüğü de bu talep üzerine söz konusu olacaktır. Talep üzerine harekete geçmekle yükümlü olan devletin bu yükümlülüğü, salt başvuruyu kabul ve hüküm verme şeklinde ifade edilen basit ve sınırları olmayan bir yükümlülük değildir. Bu yükümlülük dolayısıyla uygulayacağı hukuk kuralını tespit etmek ve hukuku uygulamak durumunda kalan hâkim, taleple bağlı kalarak yargılama faaliyetini yerine getirecektir. Burada taleple bağlılığın ifade ettiği husus, belirlenen dava konusunun ya da istenilen hukukî korunma şeklinin dışına çıkmamayı ifade edecektir. Bu çerçevede hâkim, talep edilenin fazlasına, farklına, talep edilmeyene karar veremeyecek, sadece talep edilenden azına ve Kanunda düzenlenmiş hususlara (yargılama giderleri vs.) karar verecektir.

Bir medenî yargılama faaliyetinin kapsamının yargılama başlatılırken taraflarca tespit edilmiş olması, sonradan bazı değişikliklere uğramayacağı anlamına gelmez. Taraf özgürlüğü nedeniyle, dava konusuna ilişkin değişiklikler yaşanabilecektir. Tarafın talep sonucunu değiştirmesi, artırması, hayat olayını değiştirmesi, talep ettiğinin yanına ek ayrı bir dava eklemesi, dava konusunun devri hallerinde, hâkimin hüküm verme yükümlülüğünün de değiştiği kabul edilebilecektir.

Bir medenî yargılama faaliyetinin kapsamının yargılama başlatılırken taraflarca tespit edilmiş olması, sonradan bazı değişikliklere uğramayacağı anlamına gelmez. Taraf özgürlüğü nedeniyle, dava konusuna ilişkin değişiklikler yaşanabilecektir. Tarafın talep sonucunu değiştirmesi, artırması, hayat olayını değiştirmesi, talep ettiğinin yanına ek ayrı bir dava eklemesi, dava konusunun devri hallerinde, hâkimin hüküm verme yükümlülüğünün de değiştiği kabul edilebilecektir.

Biz bu kapsamda taraf davranışlarının görülmekte olan davayı doğrudan etkilediğini düşünmekteyiz. Bu etkinin kapsamı ise, dava konusu üzerinde gerçekleşen değişikliğe ve bu değişiklik konusunda maddî hukukun göstereceği özelliğe göre değişecektir. Örneğin, dava konusunun medenî yargılama kurallarına uygun olarak artırılması halinde, artırılan dava konusu kesiminin maddî hukuk bakımından var olup olmadığının tespiti yapılacaktır. Rızayla elden çıkan bir malın geri verilmesine ilişkin bir dava devam ederken, dava konusunun iyi niyetli bir üçüncü şahsa davalı tarafından terk edilmesi durumunda ise, davanın malı devralan 3. kişiye karşı devam etmesi halinde, davanın konusuna iyi niyetli 3. kişinin hak kazanımı da dâhil olacak, dava konusu bu sebeple değişecek ve bu kapsamda yargılama faaliyeti görülecektir.

Taraf değişikliği ile dava sebebi değişikliğinin de biz bir dava değiştirme olduğunu düşünmekteyiz. Bu hallerde de taraf irade özgürlüğü sebebiyle yargılamaya unutulmuş vakıa iddiaları, itiraz sebepleri ve defiler getirilebileceği gibi, taraf değişikliği de yapılabilecektir. Biz taraf değişikliği ile gerçekleşecek dava değişikliğinin, sadece davalı tarafta yaşanacak değişiklikler için söz konusu olabileceğini, davacı tarafta dava değişikliğinin talep sahibinin iradesiyle medenî yargılamanın başlatılması sistemi dolayısıyla mümkün olamayacağını düşünmekteyiz.

Devletle kurulan yargısal faaliyet ilişkisine ilişkin olarak, hukukî korunma talebi konusundaki taraf talebinin ve bu husustaki taraf iradesinin hüküm verilmesi aşamasına kadar devamlılığı da tasarruf ilkesi kapsamındadır. Yargısal faaliyet iddiası ile karşı tarafı muhatap göstererek bir yargılama faaliyeti başlatan davacı taraf, söz konusu iddiasından vazgeçebilir. Bu vazgeçme bir yargısal faaliyet iddiasından vazgeçme olduğu için muhatabının onayı gerekecektir. Muhatabın onay vermesi ile söz konusu yargısal faaliyet iddiasından vazgeçilmesi ve devlete yüklenen görevin sona ermesi mümkün olacaktır.

Tarafların yargısal faaliyet iddialarına ilişkin devam iradelerini sergilemeleri, davanın oturumlarını takip etmeleri ve kendilerinden beklenen usûlî işlemleri yapmaları ile söz konusu olacaktır. Aksi halde yasada belirtilen şartların gerçekleşmesi ile tarafların yargısal faaliyetten vazgeçtikleri ve devletin de yargılama faaliyeti yapmasına ilişkin görevinin öncelikle askıya alındığı (dosyanın işleminden kaldırılması) ve askı süresinin geçmesi ile de tarafların söz konusu iddialarından

vazgeçtikleri sonucuna ulaşılacaktır. Biz yasal düzenlememiz açısından iki tarafın oturuma gelip de yargılamaya devam etmeyeceklerini açıkça bildirmeleri durumunda teknik anlamda bir davanın geri alınması kurumunun bulunduğunu düşünmekteyiz. Bu durumda davanın bir üç ay daha derdest bulunmasında ne davanın tarafları ne de yargı organı için bir yarar ve gereklilik bulunmamaktadır. Dosyanın işlem den kaldırılmasına ilişkin olarak taraflara toplam üç kere takipsiz bırakma hakkının verilmiş olmasının da davanın uzamasına neden olacağı endişesi ile fazla olduğunu düşünmekteyiz.

Medenî yargılama faaliyeti, bir yargısal faaliyet iddiası ve bu husustaki taraf talebi ile yalnızca değerlendirilemez. Bu faaliyetin içeriğinde maddî hukuk bakımından varlığı sorgulanacak olan bir de usûlî talep bulunmaktadır. Medenî yargılama sahasının bağımsız bir saha olması usûlî talebin de maddî hukuk bakımından bağımsız olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu sebeple de kural olarak usûlî talep üzerindeki taraf tasarruf işlemleri maddî hukuktan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Ancak maddî hukuk talebi ile örtüşen usûlî talepler için bu sonuca varılamayacaktır. Bu durumda yapılan işlemin hem usûlî sahada hem de maddî hukuk sahasında aynı anda gerçekleştiklerinin kabulü gerekecektir.

Kanun yolu incelemesinin başlatılması da bu hususta hukukî yararı bulunan tarafın başvurusu ile kural olarak söz konusu olacaktır. Hukukî yararı olan tarafın kanun yoluna başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Verilen hükmün yanlış olduğu iddiasında olan taraf, kanunda öngörülen kanun yoluna başvurarak yargılama faaliyetinin görülmesinin ve varılan sonucun denetlenmesini isteyebilecektir. Kanun yolu incelemesinin kapsamını da bu başvuru belirleyecektir. Tarafın bu hususta doğan hakkından feragat etmesi de yine tasarruf ilkesi kapsamında değerlendirilecektir. Yargılama faaliyetinde olduğu gibi, tarafın kanun yolu incelemesine ilişkin başvurusundan vazgeçmesi de mümkün olacaktır. Kanun yolu incelemesi, taraflar arasında görülmekte olan derdest bir yargılama faaliyetini sona erdirmemiş olduğundan ve usûlî talebe ilişkin bir kesin hüküm de olmadığından tarafların yargısal faaliyet iddialarından vazgeçmelerine ya da usûlî talep üzerinde anlaşma yapmalarına engel olmayacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- Acemoğlu, Kevork** : Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971
- Akcan, Recep** : Usul Kurallarına Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999
- Akil, Cenk** : Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD 2008/3, Cilt: 57, (1-32)
- Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut** : Türk Medenî Hukuku, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 2004
- Akkan, Mine** : Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma, Legal MİHDER 2007/1 Sayı:6, (29-68)
- Akkaya, Tolga** : Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olmayacağı Sorunu, Legal MİHDER, 2006/III, Sayı: 3, (661-684) (*Alacaklıdan*)
- Akkaya, Tolga** : Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt:1, Ankara 2009, (65-101) (*Temyize Başvuru*)
- Akkaya, Tolga** : Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009 (*İstinaf*)
- Aktaş, Sururi** : Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Ankara 2001
- Akyol, Şener** : Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (*Çelişki Yasağı*)
- Akyol, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006 (*Dürüstlük Kuralı*)
- Akyol, Şener** : Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, 2. Bası, İstanbul 2007 (*Üçüncü*)
- Akyüz, Emine** : Medenî Kanunun Velâyete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi Ve İsviçre Medenî Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, (647-672)

- Alangoya, Yavuz** : Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara), Ankara 2007, (33-54) (*Medenî Usûlün Amacı*)
- Alangoya, Yavuz** : Yavuz, Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, (521-531) (*Senede Karşı*)
- Alangoya, Yavuz** : İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kazaya) İlişkin Düşünceler, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, Ankara 2005, (110-121) (*İsviçre Hukukunda*)
- Alangoya, Yavuz** : İsviçre'de Yeni Bir Federal Medenî Usul Kanununa Doğru, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, (83-102) (*İsviçre'de Yeni Bir*)
- Alangoya, Yavuz** : Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Kazancı Dergisi, Mayıs 2005, İstanbul, (83-113) (*Dava Temeli*)
- Alangoya, Yavuz** : Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı, 75. Yaşgünü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (17-48) (*Kanun Yolunun*)
- Alangoya, Yavuz** : Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Getirilmesine İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 (*İlkeler*)
- Alangoya, Yavuz** : Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, MHAD, 1969/5 (125-194) (*Tarafta İradi Olarak*)
- Alangoya, Yavuz** : Medenî Usûl Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1979 (*Tahkim*)
- Alangoya, Yavuz** : Anayasa'nın Medeni Usul Hukukuna Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1981/2, (1-4) (*Anayasa'nın*)
- Alangoya, Yavuz** : Yargılamanın Sevkindeki Prensipler ve Bu Açından 1711 Sa. K. İle Değiştirilen 409. Madde Açısından

Düşünceler, HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, (85-118) (*Yargılamanın Sevkindeki*)

Alangoya, Yavuz /
Yıldırım, M. Kamil/ Deren
Yıldırım, Nevhis

: Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009
(*Medenî*)

Alangoya, Yavuz/
Yıldırım, M. Kamil/ Deren
Yıldırım, Nevhis

: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006 (*Tasarı*)

Alp, Mustafa

: İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, Prof. Dr.
Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir 2007, (189-
209).

Anıl, Yaşar Şahin

: Hukuk Davalarında Hâkimin Kendiliğinden Yapacağı
İncelemeler, AD 1982, Sayı:2, Yıl: 73, (331-343)

Ansay, Sabri Şakir

: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 3. Bası, Ankara 1954
(*Hukuk İcra*)

Ansay, Sabri Şakir
(*Bilimine*)

: Hukuk Bilimine Başlangıç, Ankara 1958 (*Hukuk*)

Ansay, Sabri Şakir

: Islah, AÜHFD 1950, Sayı: 1-2, (122-130) (*Islah*
(*AÜHFD*))

Ansay, Sabri Şakir

: Islah "Reforme", Ceridei Adliye, Sayı: 78-79, (4750-
4760) (*Islah (Reforme)*)

Ansay, Sabri Şakir

: Islah (Adliye Ceridesi Sayı: 24), (1838-1847) (*Islah*
(*Adliye Ceridesi*))

Ansay, Sabri Şakir

: Sulh, AÜHFD 1944, Cilt: 1, Sayı: 2, (200-209) (*Sulh*)

Ansay, Sabri Şakir

: Muhakemenin İadesi, AD 1938, (471- 503)
(*Muhakemenin İadesi*)

Ansay, Sabri Şakir

: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960
(*Hukuk*)

Aral, Vecdi

: Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri,
İstanbul 1978 (*Kelsen'in*)

- Aral, Vecdi** : Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul 1992 (*Hukuk Felsefesinin*)
- Aral, Vecdi** : Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2007 (*Hukuk*)
- Aral, Vecdi** : Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektive Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri, İÜHFM 1966/1-4, Cilt: XXXI, (220-241) (*Hukuk İlmini*)
- Arens, Peter** : Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei, ZJP 96 (1983), (1-24) (*Aufklärungspflicht*)
- Arens, Peter** : Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts, Humane Justiz, Gent 1977, (1-14) (*Grundprinzipien*)
- Arens, Peter** : Willensmängel bei Partei-handlungen im Zivilprozess, Berlin-Zürich 1968 (*Willensmängel*)
- Arens, Peter** : Prozessrecht und materielles Recht, AcP 173 (1973) (250 vd.) (*Prozessrecht*)
- Arens, Peter** : Buchbesprechung (Das Anerkenntnis im Zivilprozeßrecht-Manfred Wolf), ZJP 83, 357 (356-363) (*Buchbesprechung von Wolf*)
- Arıcı, M. Fatih** : Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri, İstanbul 2008 (*Ticari İşletmenin*)
- Arıcı, M. Fatih** : Alman Hukukunda Ticari İşletmeyi Devralanın Ticaret Unvanı İle Faaliyeti Devam Ettirmesinden Dolayı Eski Borçlardan Sorumluluğu, Hüseyin Hatemi Armağanı, İstanbul 2009,(299-325) (*Alman Hukukunda*)
- Arık, K. Fikret** : İçtihat Kroniği- Mahkeme Önünde Sulh, AÜSBFD 1954 Mart, Sayı: 1, (141-157)
- Arslan, Ramazan** : Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 (*Dürüstlük*)
- Arslan, Ramazan** : Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme), Ankara 1977 (*Yargılamanın Yenilenmesi*)
- Arslan, Ramazan** : Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, ABD 1988, Sayı: 5-6, (722-737) (*Kesin Hüküm*)

- Arslanoğlu, M. Anıl** : İş Sözleşmesinin İradi Devri İle İşverenin Değişmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 10, (534-545)
- Aslan, Kudret** : Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 1999, Ankara Ün. Sosyal Bil. Enst. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- Assman, Dorothea** : Die einseitige Erledigungserklärung, Erlanger Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, Erlangen 1990, (179-205)
- Atalay, Oğuz** : Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001
- Atalay, Özcan** : Uygulamada HUMK m. 409/2 Maddesi, ABD 1979, Sayı: 6, (24-28)
- Atalay, Esra** : Yargısal Temel Haklar, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, (437-454)
- Atalı, Murat,** : Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, Ankara 2005, (50-101) (*Çekişmesiz*)
- Atalı, Murat** : Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarıları Temel Yapıdaki Benzerlikler ve Farklılıklar, HPD 2006, Sayı: 8, (111-113) (*Tarihi Bir Tesadüf*)
- Atamer, Yeşim** : Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK 183'ün Farklı Okunması Gereği, Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, (131-167)
- Ateş, Derya** : İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü, ABD, 2007/2 Yıl:65 (135-148)
- Ateş, Mustafa** : Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri, Yargıtay Dergisi 1995/3 (Temmuz) (244-263)
- Ayan, Serkan** : Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004
- Aybay, Aydın** : Adalet ve Hukuk, Maltepe Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/2, (143-147) (*Adalet*)

- Aybay, Aydın** : Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul 1966 (*Müşterek*)
- Aybay, Rona** : Adalet, Hukuk ve İnsan Hakları, Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008, Ankara 2009 (Ankara Barosu Yayını), (29-37)
- Aygün, Mustafa** : Davanın Açılmamış Sayılması, Yasa Dergisi Ekim 1979, Cilt: 5, Sayı: 4, (829-854) (*Davanın*)
- Aygün, Mustafa** : HUMK Md. 409/II'ye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir Eleştiri, Yasa Dergisi Şubat 1980, (200-212) (*HUMK Md. 409/II'ye*)
- Aykonu, M. Saderettin** : HUMK'nun 186.ncı Maddesine Dair, Adalet Dergisi, Ocak 1971, Sayı:1, (793-795)
- Ayrancı, Hasan** : Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003
- Bader, Hans** : Zur Tragweite der Entscheidung über die Art des Anspruchs Bei Verurteilungen im Zivilprozess, Berlin 1966
- Bahlmann, Anika** : ZPO Reform- 2002: Stärkung der ersten Instanz?, Frankfurt am Main 2006
- Bakker, Rainer** : Grenzen der Richtermacht, Konstanz 1994
- Ball, Wolfgang** : Musielak Zivilprozessordnung Kommentar, 4. Bası, München 2005
- Ballon, Oscar J.** : Einführung in das österreichische Zivilprozeßrecht (Streitiges Verfahren), Graz 1987 (*Einführung*)
- Ballon, Oskar J.** : Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht, ZZP 96 (1983) (409-486) (*Einfluß*)
- Bathe, Heinrich T.** : Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung, der mündlichen Verhandlung, Münster-Berlin-New York 1977
- Bauer, Alain/ Öztekin, Selçuk** : Yeni Nöşateli Medenî Usul Kanunu, Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı (Marmara Üniversitesi Yayını), İstanbul 1993, (403-447)
- Bauer, Erich** : Die Umdeutung von Parteihandlungen im Zivilprozeß, ZZP 64, Heft:5 (1950-1951) (329-359)

- Bauer, Horst** : Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, Berlin 1973
- Baumgärtel, Gottfried** : Einführung in das Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Frankfurt am Main 1986 (*Einführung*)
- Baumgärtel, Gottfried** : Treu und Glauben, gute Sitten und schikane Verbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69 (1956) (89-131) (*gute Sitten*)
- Baumgärtel, Gottfried** : Treu und Glauben im Zivilprozeß, ZZP 86 (1973) Heft: 4, (353-372) (*Treu und Glauben*)
- Baumgärtel, Gottfried** : Die Bedeutung der sog. tatsächlichen Vermutung, ZZP 75 (1962) (289-301) (*Bedeutung*)
- Baumgärtel, Gottfried** : Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1974, Heft: 2 (69-75) (*Zur Lehre*)
- Baumgärtel, Gottfried** : Neue Tendenzen der Prozesshandlungslehre, ZZP 87 (1974), (121-137) (*Neue Tendenzen*)
- Baumgärtel, Gottfried** : Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, Berlin-Frankfurt am Main 1957 (*Wesen und Begriff*)
- Baur, Fritz** : Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, Summum Ius Summa Iniuria, Tübingen 1963, (97-116) (*Richtermacht*)
- Baur, Fritz** : Die Aktivität des Richters im Prozess, Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, Tübingen 1974, (187-294) (*Aktivität*)
- Baur, Fritz** : Vorbereitung der Mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß, ZZP 66 (1953), Heft:3, (209-224) (*Vorbereitung*)
- Baur, Fritz** : Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz, Rechtsschutz im Sozialrecht - Beiträge zum Ersten Jahrzehnt der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts- (Hrg. Werner Weber, Carl Hermann Ule, Otto Bachof), Köln-Berlin-Bonn-München 1965, (35-46) (*Hinweispflicht*)
- Baur, Fritz** : Der Beitrag zum Wandel des Richteramtes, JZ 1957 (193 vd.) (*Beitrag*)

- Baur, Fritz** : Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957 (193 vd) (*Sozialer Ausgleich*)
- Baur, Fritz** : Parteirechte und Richterpflichten im modernen Zivilprozeß- Wandlungen und Erfahrungen, Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Wien 1986, (75-82) (*Parteirechte*)
- Becker-Eberhard, Ekkehard** : Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtssprechung der Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, München 2000, (273-307) (*Entwicklung*)
- Becker-Eberhard, Ekkehard** : Alman Medenî Usul Hukuku Reformu Hakkında (çev. Nevhis Deren-Yıldırım), 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları (der. Nevhis Deren-Yıldırım), İstanbul 2003 (59-77) (*Reform*)
- Becker- Eberhard, Ekkehard** : Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, (çev. M. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku (der. M. Kamil Yıldırım), 3. Bası, İstanbul 2003, (17-42) (*Dava Malzemesinin*)
- Becker-Eberhard, Ekkehard** : Anmerkung, ZZP 113 (2000), Heft: 3, (366-372) (*Anmerkung (ZZP 113)*)
- Beinert, Jörg** : Die Prozesstandschaft im schweizerischen Recht, Basel 1963
- Belgesay, Mustafa Reşit** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt:1 (Teoriler), 3. Bası, İstanbul 1948 (*Teoriler*)
- Belgesay, Mustafa Reşit,** : İcra İflas Kanunu Şerhi, 2. Bölüm, 2. Bası, İstanbul 1950 (*İcra*)
- Belgesay, Mustafa Reşit** : Dava Teorisi, İstanbul 1943 (*Dava Teorisi*)
- Belgesay, Mustafa Reşit** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939 (*Hukuk*)

- Belgesay, Mustafa Reşit** : Hukuk Usulü Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun Meclis Müzakerelerinin Tahlili II, İBD 1959/9, (497-503) (*Tahlil*)
- Benda, E./ Weber, A.** : Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht, ZZP 96 (1983), Heft 2, 1983 (285-306)
- Berki, Himmet** : Davanın Hitamı ve Sulh, Adlîye Ceridesi 1937, Sayı: 4, (295-302)
- Berki, Şakir** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959
- Berkin, Necmeddin M.** : Alman Hukuk Prosedürünün Oluşu ve Bu Prosedür Bakımından Dâva ve Kaza Mefhumları Üzerinde Teorik Düşünceler, İÜHFM 1950, Cilt: XVI, Sayı: 1-2, (390-418) (*Dâva ve Kaza*)
- Berkin, Necmeddin M.** : Dava Hakkının Suistimali, İleri Hukuk 1946/9, (51 vd.) (*Suistimal*)
- Berkin, Necmeddin M.** : Medenî Usul Hukuku, İstanbul 1969 (*Medenî*)
- Berkin, Necmeddin M.** : Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981 (*Tatbikatçılara*)
- Berkin, Necmeddin M.** : İngiltere Mahkeme Kararlarının Dayandığı Prensipler ve Hâkimin Hüküm Yaratma Gücü, İÜHFM 1974, Cilt: XL, Sayı: 1-4, (331-361) (*İngiltere*)
- Berkin, M. Necmeddin** : Noterlik Mevzuatında ve Hukuk Yargılama Usûlünde Değişiklik Yapan Yeni Kanunlar, İÜFM 1973, Cilt: XXXVIII, Sayı: 1-4, (375-398) (*Noterlik*)
- Berkin, M. Necmeddin** : Yargıtay'ın Yeni İflas Hukuku İçtihatları ve Bazı İflas Hukuku Sorunları, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, (1041-1087) (*Yargıtay'ın*)
- Bernhardt, Wolfgang** : Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, Festgabe Zum Siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München-Berlin 1949, (9-50) (*Aufklärung*)
- Bernhardt, Wolfgang** : Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß, JZ 1963 (245 vd.) (*Wahrheitspflicht*)
- Bernhardt, Wolfgang** : Zivilprozeßrecht, 3. Bası, Berlin 1968 (*Zivilprozeßrecht*)

- Bettermann, Karl August** : Hundert Jahre Zivilprozeßordnung- Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, ZJP 91 (1978), (365-397) (*Hundert Jahre*)
- Bettermann, Karl August** : Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses, JB (Juristische Blätter) 1972, Sayı: 3-4, (57-68) (*Verfassungsrechtliche*)
- Bettermann, Karl August** : Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, Detmold-Frankfurt am Main-Berlin 1949 (*Rechtshängigkeit*)
- Bettermann, Karl August** : Buchbesprechung (Bomsdorf, Falk, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß, Berlin 1971), ZJP 88 (1975), (347-350). (*Buchbesprechung von Bomsdorf*)
- Bettermann, Karl August** : Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtbarkeit, Die Grundrechte 3. Cilt, Berlin 1959, (779 vd) (*Schutz*)
- Bilge, Necip** : Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 2. Bası, Ankara 1967 (*Medenî*)
- Bilge, Necip** : Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltilme, Ankara 1983 (*Karar Düzeltilme*)
- Bilge., N/ Önen, E.** : Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978 (*Medenî*)
- Blomeyer, Arwed** : Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Bası, Berlin 1985 (*Zivilprozessrecht*)
- Blomeyer, Arwed** : Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozess, Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag, Berlin 1969, (61-75) (*Rechtsschutzanspruch*)
- Blomeyer, Arwed** : Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess, Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag zum 75. Geburtstag, München-Berlin 1957 (43-88) (*Urteilsgegenstand*)
- Blomeyer, Arwed** : Außerprozessuale Aufrechnung und Prozeßaufrechnung, ZJP 88 (1975) (439-442) (*Außerprozessuale*)
- Blomeyer, Arwed** : Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand, Festschrift der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin 7-10

- September 1955, Berlin-Frankfurt 1955, (51–77) (*Beiträge*)
- Blomeyer, Arwed** : Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, JuS 1962 Heft:6, (212-215) (*Grundprobleme*)
- Blomeyer, Arwed** : Die Klageänderung und ihre prozessuale Behandlung, JuS 1970, Heft: 3 (123–128) (*Klageänderung*)
- Boehmer, Gustav** : Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Tübingen 1950
- Bolla-Kotek, Sibylle** : Der Prozess- geordneter Rechtskampf oder soziales Übel?- von Jhering zu Franz Klein, Festschrift für Hans Schmitz, Wien-München 1967, (413-426)
- Bomsdorf, Falk** : Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, Schriften zum Prozessrecht, Band 19, Berlin 1971
- Bonifacio, Michael** : Klagerücknahme und Erledigungserklärung nach der Zivilprozessreform, MDR 2002/9, (499-500)
- Boran Güneysu, Nilüfer** : İşlem Türleri ve Usulî İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt: 1, (163-194)
- Bosch, Alfred** : Klagezurücknahme nach Urteilerlaß, Stuttgart 1937
- Böhm, Peter** : Der Streit um die Verhandlungsmaxime,- Zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis, Ius Commune (Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte) 1978 Cilt: VII (136-159) (*Streit*)
- Böhm, Peter** : Die Ausrichtung des Streitgegenstandes am Rechtsschutzziel, Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Wien 1986, (83-123) (*Ausrichtung*)
- Bötticher, Eduard** : Besprechung über “Prozeßrecht und materielles Recht von Wolfram Henckel”, ZZP 85 (1972), Heft:1, (1-29) (*Besprechung von Henckel*)
- Bötticher, Eduard** : Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, 1949 (74-99) (*Zur Lehre*)

- Bötticher, Eduard** : Besprechung von Bettermann/ Nipperdey/ Scheuner, Grundrechte, 3. Band, ZZP 74 (1961), (341 vd.) (*Besprechung von Bettermann*)
- Bötticher, Eduard** : Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1956 (582 vd.) (*Abänderbarkeit*)
- Brammsen, Joerg/ Leibne, Stefan** : Die Klagerücknahme, JuS 1997, Heft:1, (54-61)
- Brandenburg, Hans-Friedrich** : Die Teleologische Reduktion, Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzeseinschränkung im Privatrecht, Göttingen 1983
- Brehm, Wolfgang** : Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982 (*Bindung*)
- Brehm, Wolfgang** : Stein/ Jonas ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Bası, Cilt: 1, Tübingen 2003 (*Stein/ Jonas Komm.*)
- Brox, Hans** : Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozessrecht, JUS 1962 (121-128)
- Bruns, Rudolf** : Zivilprozessrecht, 2. Bası, München 1979
- Brüggemann, Dieter** : Judex Statutor und Judex Investigator, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil- und Prozessrecht, Band 50, Bielefeld 1968
- Budak, Ali Cem** : Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, Ankara 2005, (128-187) (*Çekişmesiz*)
- Budak, Ali Cem** : Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000 (*Üçüncü Kişilerin*)
- Budak, Ali Cem** : Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, 75. Yaş Günü İçin Prod. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (273-306) (*Baki Kuru'nun*)
- Burcu Doğan, Güzide** : Roma Hukukunda Eksik Borçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006 (*Eksik*)

- Burcu Doğan, Güzide** : Roma Usul Hukukunda Litis Contestatio, MaltÜHFD 2007/2 (Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan'dır) (373-381) (*Litis*)
- Burgstaller, Alfred/
Neumayr, Matthias** : Parteiberichtigung, Parteiänderung und Verjährung, Festschrift für Walter H. Recherberger zum 60. Geburtstag, New York 2005, (75-89)
- Butzer, Hermann** : Prozessuale und kostenrechtliche Probleme beim unbezifferten Klageantrag, MDR 1992/6, (539-543)
- Bühler, Alfred** : Das Novenrecht, Zürich 1986
- Cahn, Andreas** : Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht, AcP 198 (1998), (35-71)
- Can, Halil/ Güner, Semih** : Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2006
- Carnelutti, Francesso** : İhtilâf ve Yargılama (çev. Metin Tuluay), İÜHFM 1980, Sayı: 1-4, Cilt: XLIV, (247-269)
- Christoph, G. Paulus** : Zivilprozessrecht, 3. Bası, Berlin 2003
- Cohn, Ernst Joseph** : Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, Marburg 1965, (31-45) (*Zur Ideologie*)
- Cohn, Ernst Joseph** : Zur Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im deutschen und englischen Zivilprozessrecht, Festschrift Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967 (41-61) (*Zur Wahrheitspflicht*)
- Costede, Jürgen** : Unorthodoxe Gedanken zur Streitgegenstandslehre im Zivilprozess, Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999 (907-918) (*Unorthodoxe*)
- Costede, Jürgen** : Scheinprozesse, ZZP 82 (1969), (438-463) (*Scheinprozesse*)
- Çağıl, Orhan Münir** : Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş, 4. Bası, İstanbul 1971
- Çankaya, Osman Güven/
Çil Şahin** : İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006
- Çenberci, Mustafa** : Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965

- Çenberci Mustafa/ Olgaç, Senai** : Hukuk Davalarında İkrar, İstanbul 1964
- Çil, Şahin** : Islah Yoluyla Dava Konusunun Artırılması, AD 2002 Ocak, Sayı: 10, (57-68)
- De Boor, Hans Otto** : Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Sonderdruck aus Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber, Band II, Leipzig 1941 (*Zur Lehre*)
- De Boor, Hans Otto** : Die Auflockerung des Zivilprozesses, Tübingen 1939 (*Auflockerung*)
- De Boor, Hans Otto** : Der Begriff actio im deutschen und italienischen Prozeßrecht, Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954 (99-110) (*Begriff*)
- Debernitz, Reinhard** : Das Recht auf sachgerechtes Verfahren im Zivilprozess, Dissertation, 1985 Regensburg Üniversitesi
- Deixler-Hübner, Astrid** : Fortschritte und Rückschritte durch die Zivilverfahrensnovelle 2002, Festschrift für Kostas E Beys, Athen 2003, Cilt:1 (209 vd)
- Demir, Abdullah** : Mecelle'de Sulh Sözleşmesi, Maltepe Ün. Hukuk Fak. Der. 2006/2, (27-52)
- Demir, Ömer/ Acar Mustafa** : Sosyal Bilimler Sözlüğü, 3. Bası, Ankara 2002
- Demircioğlu, Yaşar** : Medenî Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007
- Deren Yıldırım, Nevhis** : Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (817-832) (*İşbirliği İlkesi*)
- Deren Yıldırım, Nevhis** : Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usul Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996 (*Subjektif Sınırları*)
- Deren Yıldırım, Nevhis** : Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, İÜHFM 1994/1-4, Cilt: LIV (321-330) (*Hakem-Bilirkişi*)

- Deren Yıldırım, Nevhis** : Die Kooperationsmaxime und ihre ideologischen Aspekte, Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag, Wien-Newyork 2005 (103-113) (*Kooperationsmaxime*)
- Deren Yıldırım, Nevhis** : Kollektif Hukukî Himaye Medenî Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez Bir Unsuru Mu?, YD 1997/1-2 (137-154) (*Kollektif*)
- Deren Yıldırım, Nevhis** : İstinafin Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, (693-712) (*İstinafin*)
- Deubner, Karl Günther** : Gedanken zur Richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht, Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, München 1976, (79-92) (*Gedanken*)
- Deubner, Karl Günther** : Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, JuS 1962, Heft: 6, (205-212) (*Grundprobleme*)
- Devellioğlu, Ferit** : Osmanlıca- Türkçe Lûgat, 20. Bası, Ankara 2003
- Doğan, Mehmet** : Hukuk Muhakemeleri Usulünde Gıyapta Yargılama ve Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Ankara 1979
- Dolinar, Hans** : Ruhen des Verfahrens und Rechtsschutzbedürfnis, Wien-New York 1974
- Domaniç, Hayri** : Hukukta Kaziyyei Muhkeme Nispi Kuvveti, İstanbul 1964
- Dölle, Hans** : Pflicht zur redlichen Prozessführung?, Festschrift für Otto Riese aus Anlass seines siebzigsten Geburtstages Karlsruhe 1964, (279-294)
- Durman, Okay** : İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009
- Dütz, Wilhelm** : Funktionswandel des Richters im Zivilprozeß, ZZP 87 (1974), Heft: 4 (361-405) (*Funktionswandel*)
- Dütz, Wilhelm** : Rechtsstatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Berlin-Zürich 1970 (*Rechtsstatlicher*)

- Egger, Walter** : Die Reformatio in Peius im Zivilprozessrecht, Zürich 1985
- Eisenreich, Albrecht** : Der Prozessvergleich - eine Einführung, JuS 1999, Heft: 8 (797-800)
- Ekonomi, Münir** : İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2006, (325-361)
- Ekonomi, Münir/ Eyrenci, Öner** : Hizmet Aktinin Devri İle İşverenin Değişmesi, Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001 (1199-1223)
- Ercan, İbrahim** : Richter und Parteien im Scheidungsverfahren, München 2000 (*Richter*)
- Ercan, İbrahim** : Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, Cilt: I, İstanbul 2001 (671-742) (*Güncel Tartışmalar*)
- Ercan, İbrahim/ Özbay, İbrahim** : Medenî Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat, EÜHFD 2006, Cilt: 10, Sayı: 3-4, (433-458)
- Erdoğan, Mustafa** : Özgürlük, Adalet, Refah, Adalet Kavramı, Ankara 2001, (171-193)
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008
- Erem, Faruk** : Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler, AÜHFD 1962, Sayı:1-4, (3-48)
- Erişir, Evrim** : Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007
- Erkuyumcu, Müfit** : İadei Muhakeme, AD 1947, Sayı: 1, (348-365)
- Ermenek, İbrahim** : Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009
- Esener, Turhan,** : Adalet Kavramı ve Adaletin Gerçekleşmesinde Hakkaniyetin Rolü, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı (Temmuz Ağustos 1996), Sayı: 10, (938-940)
- Esser, Josef** : Heinrich Lehmann und die Lehre vom Prozessvergleich, Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Cilt: 2, Berlin-Tübingen-Frankfurt (Main) 1956, (713-737)

- Eugen, Bucher** : Das subjektive Recht als Normensetzungsbefugnis, Tübingen 1965
- Fashing, Hans W.** : Der mühsame Weg zur Prozesbeschleunigung, Festschrift für Kostas Beys, Cilt: 1, Athen 2003, (305 vd) (*mühsame Weg*)
- Fashing, Hans W.** : Rechtsschutzverzichtsverträge im österreichischen Prozeßrecht?, ÖJZ 1975, (431-435) (*Rechtsschutzverzichtsverträge*)
- Fashing, Hans W.** : Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Wien 1966 (*Kommentar Zivilprozeßgesetzen*)
- Fellner, Christoph** : Die Richterliche Hinweispflichten- Die Bedeutung des § 139 ZPO für die erste und zweite Instanz, MDR 2004/13, (728-730)
- Feredenci, H.Özden Özkaya** : Kesin Hükmün Zaman İtibarıyla Sınırları, Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007 (183-197)
- Fenn, Herbert** : Dispositions- oder Offizialmaxime im arbeitsrechtlichen Beschlussverfahren? Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, München 1976, (117-139)
- Ferrand, Frederique** : Der Ali-Undroit-Entwurf über transnationale Prinzipien und Regeln im Zivilverfahrensrecht, ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 2004, (616 vd)
- Feyzioğlu, Metin,** : Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin** : Medenî Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, (147-189)
- Fischer, W.** : Grundsätze des Zivilprozessrechts und ihre Anwendung in der Praxis, Tagung deutscher Juristen, Hamburg 1947
- Fischer, Nikolaj,** : Zivilverfahrens und Verfassungsrecht, Berlin 2002
- Flume, Werner** : Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift für Hundertjährigen

Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Band I, Karlsruhe 1960, (135-207) (*Rechtsgeschäft*)

- Flume, Werner** : Die Vereinsstrafe, Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, Berlin 1969, (101-141) (*Vereinsstrafe*)
- Foerste, Ulrich** : Musielak Zivilprozessordnung Kommentar, 4. Bası, München 2005 (*Musielak Komm.*)
- Franz, Josef-Dahm** : Zum Streit über die Wirksamkeit des gewillkürten Parteiwechsels im Prozess, NJW 1982 (15 vd)
- Frohn, Peter** : Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO, JuS 1996, Heft: 3, (243-250)
- Gaul, Hans Friedhelm** : Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht, ZJP 112 (1999), (135-184) (*Rechtsverwirklichung*)
- Gaul, Hans Friedhelm** : Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968) (27-62) (*Zur Frage*)
- Gaul, Hans Friedhelm** : Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu (çev. Nevhis Deren- Yıldırım), İlkeler Işığında Altında Medenî Yargılama Hukuku (der. Yıldırım, M. K.), 3. Bası, İstanbul 2002, (82-117) (*Yargılamanın Amacı*)
- Gaul, Hans Friedhelm** : Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag: 12. September 1978, Köln 1978, (443 vd) (*Entwicklung*)
- Gaul, Hans Friedhelm** : Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, Bielefeld 1956 (*Grundlagen*)
- Gaul, Hans Friedhelm** : Willensmängel bei Prozesshandlungen (Literatur), AcP 172 (1972), (342-355) (*Willensmängel*)
- Gehrlein, Markus** : Zivilprozessrecht, 2. Bası, München 2003 (*Zivilprozessrecht*)
- Gehrlein, Markus** : Erste Erfahrungen mit der Reformierter ZPO, MDR 2003/8, (421-430) (*Erste Erfahrungen*)
- Georgiades, Apostolos** : Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968

- Gerhard, Walter** : Die jüngste Zivilprozessrechtsreform in Deutschland, Festschrift für Kostas E. Beys, Athen 2003, Cilt:1 (419-430)
- Gilles, Peter** : Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozess, Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, München 1976, (182-201) (*Verfahrensfunktionen*)
- Gilles, Peter** : Rechtsmittelreform im Zivilprozess und Verfassungsaspekte einer Rechtsmittelbeschränkung, JZ 1985 (253-261) (*Rechtsmittelreform*)
- Gilles, Peter** : Anschließung, Beschwer, Verbot der Reformatio in Peius und Parteidispositionen über die Sache in höherer Instanz, ZZP 91 (1978), (128-176) (*Anschließung*)
- Gilles, Peter** : Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über das Rechtsmittel, AcP 177 (1977), (189-244) (*Rechtsmitteleinlegung*)
- Gilles, Peter** : Rechtsmittel im Zivilprozeß, Frankfurt am Main 1972 (*Rechtsmittel*)
- Gilles, Peter** : Ziviljustiz und Rechtspolitik, Köln 1992 (*Ziviljustiz*)
- Goebel, Joachim** : Rechtsmittelreform in Zivilsachen und Rechtspolitik: Theoretische Anfragen in praktischer Absicht, ZZP 113 (2000), (49-83)
- Goldschmidt, James** : Der Prozeß als Rechtslage -Eine Kritik des Prozessuales Denkens-, Yeni Bası, Berlin 1962 (*Prozeß*)
- Goldschmidt, James** : Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Festschrift für Heinrich Brunner zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum, München-Leipzig 1914 (109-161) (*Zwei Beiträge*)
- Gottwald, Peter** : Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975 (*Revisionsinstanz*)
- Gottwald, Peter** : Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz (çev. Sema Taşpınar), AÜHFD 2002, Sayı: 1, (1-17) (*Ekonomik Analiz*)

- Gottwald, Peter** : Mediation und gerichtlicher Vergleich; Unterschiede und Gemeinsamkeiten, Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 2001, (137-156) *(Mediation)*
- Gottwald, Peter** : Empfehlen sich im Interesse eines effektiven rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?, Gutachten für den 61. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages (Karsruhe 1996), Band I, München 1996 *(Empfehlen)*
- Gottwald, Peter** : Streitgegenstand und Sinnzusammenhänge, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im Geeingten Europa -Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages- (hrsg. Peter Gottwald, Reinhard Greger, Hanns Prütting), Bielefeld 2000, (85–101) *(Streitgegenstand)*
- Gottwald, Peter** : Die Bewältigung privater Konflikte im Gerichtlichen Verfahren, ZZP 95 (1982), Heft: 3, (245-264) *(Bewältigung)*
- Gottwald, Peter** : Buchbesprechung (Brehm, Wolfgang, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982), AcP 183 (1983), (201–209) *(Buchbesprechung von Brehm)*
- Gottwald, Peter** : 2001 Reform Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medenî Usûl Hukuku (çev. Atalı, Murat/ Göksu, Mustafa), MİHDER 2006, Sayı: 3, (687-704) *(2001 Reform)*
- Gottwald, Peter** : Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.6.1977, ZZP 92 (1979) (364-369) *(Anmerkung (ZZP 92))*
- Gottwald, Peter** : Grenzen internationaler Gerichtsvereinbarungen, Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag, München 1985 (89-110) *(Grenzen)*
- Gökyayla, Emre** : Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırılık Mıdır?, MaltepeÜHFD, 2007/1, (401-420)

- Göppinger, Horst** : Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, Aalen 1958 (*Erledigung*)
- Göppinger, Horst** : Mündliche Verhandlung nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Parteien, ZZP 68 (1955), Heft:1/2, (21-32) (*Mündliche Verhandlung*)
- Gözler, Kemal** : Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine, AÜHFD 2007//2 Sayı:56, (46-61) (*Res Iudicata'nın*)
- Gözler, Kemal** : Hukuka Giriş, 2. Bası, Bursa 2003 (*Hukuka Giriş*)
- Gözübüyük, A. Şeref** : Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 22. Bası, Ankara 2005
- Greger, Reinhard** : Der deutsche Zivilprozess im Umbruch, Festschrift für K. Beys, Athen 2003, Cilt:1, (459 vd) (*Umbruch*)
- Greger, Reinhard** : Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik- Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, ZZP 113 (2000), Heft: 4, (399-412) (*Verbandsklage*)
- Greger, Reinhard** : Kooperation als Prozessmaxime, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinigten Europa - Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages- (hrsg. Peter Gottwald, Reinhard Greger, Hanns Prütting), Bielefeld 2000, (77-85) (*Kooperation*)
- Greger, Reinhard** : Zöller Zivilprozessordnung, 25. Bası, Köln 2005 (*Zöller Komm.*)
- Gross, Rolf** : Klageänderung und Klagerücknahme, Diss. (Johann Wolfgang Goethe Universität), Frankfurt am Main 1959 (*Klageänderung*)
- Gross, Rolf** : Klageänderung und Klagerücknahme, ZZP 75 (1962), Heft: 6, (447-457) (*Klageänderung (ZZP 75)*)
- Grunsky, Wolfgang** : Dispositionsgrundsatz und Verfahrensbeteiligung im Europäischen Vergleich, Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht -Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur- (Hrg. Wolfgang Grunsky, Rolf Stürner, Gerhard Walter, Manfred Wolf), Tübingen 1992, (25-34) (*Dispositionsgrundsatz*)
- Grunsky, Wolfgang** : Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970 (*Grundlagen*)

- Grunsky, Wolfgang** : Zivilprozessrecht, 11. Bası, München 2003 (*Zivilprozessrecht*)
- Grunsky, Wolfgang** : Beschränkungen bei der Einlegung eines Rechtsmittels und bei der Aufhebung des angefochtenen Urteils, ZZP 84 (1971), Heft: 1 (129–149) (*Beschränkungen*)
- Grunsky, Wolfgang** : Prozeß- und Sachurteil, zu Bruno Rimmelspacher ‘Zur Prüfung von Amts Wegen im Zivilprozeß’, ZZP 80 (1967), Heft:1-2, (55-78) (*Prozeß-*)
- Grunsky, Wolfgang** : Zum Umfang der Dispositionsbefugnis des Rechtsmittelklägers bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes, ZZP 88 (1975), Heft: 1 (49–64) (*Zum Umfang*)
- Grunsky, Wolfgang** : Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, Tübingen 1968 (*Veräußerung*)
- Guldener, Max** : Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Bası, Zürich 1979 (*Zivilprozessrecht*)
- Guldener, Max** : Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ 1943/25-26 (çev. Çağa, Tahir), AÜHFD 1947 Cilt: III/2-4, (647-667) (*Treu und Glauben*)
- Guldener, Max** : Klage- und Anklageänderung im zürcherischen Recht, Strafprozess und Rechtsstaat, Festschrift zum 70. geburtstag von Prof. Dr. Hans Felix Pfenninger, Zürich 1956, (77 vd) (*Klage-*)
- Gummer, Peter/ Heßler, Hans-Joachim** : Zöller Zivilprozessordnung, 25. Bası, Köln 2005 (*Zöller Komm.*)
- Güral, A. Nadi** : Roma Hukukunun Temel Kriterleri, Fikret Eren Armağanı, Ankara 2006, (585-601)
- Gündüz, Okan** : Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medenî Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009
- Gürdoğan, Burhan** : Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960 (*Kesin Hüküm*)
- Gürdoğan, Burhan** : Özel Hukuk Alanında Maddî Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca

Denetlenmesi, Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsü Yayınları No:7, Ankara 1967 (*Özel Hukuk*)

- Gürdoğan, Burhan** : Boşanma Davalarında Usul Hükümleri, AÜHFM 50. Yıl Armağanı 1925-1975, Cilt: 2 (Boşanma Hukuku Haftası), Ankara 1977, (205-218) (*Boşanma Davalarında*)
- Gürdoğan, Burhan** : İflas Hukuku Dersleri, Ankara 1966 (*İflas*)
- Güriz, Adnan** : Hukuk Felsefesi, 10. Bası, Ankara 2005 (*Hukuk Felsefesi*)
- Güriz, Adnan** : Adalet Kavramı, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, (59-73) (*Adalet*)
- Güriz, Adnan** : Hukuk Başlangıcı, 10.Bası, Ankara 2005 (*Hukuk Başlangıcı*)
- Güriz, Adnan** : Adalet Kavramının Belirsizliği, Adalet Kavramı, Ankara 2001 (7-38) (*Adalet Kavramının Belirsizliği*)
- Gürten, Kadir/ Küçük, Eşref** : Roma Hukukunda Actio Kavramı ve Tarihsel Gelişimi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008 (465-479)
- Güzel, Ali** : İşverenin Değişmesi – İşyeri Devri ve Hizmet Aktine Etkisi, İstanbul 1987
- Gygi, Fritz** : Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969
- Habscheid, J. Walther** : Richtermacht oder Parteifreiheit, ZZP 81 (1968), Heft: 3-4, (175-196) (*Richtermacht*)
- Habscheid, J. Walther** : Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache, Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag zum 75. Geburtstag, München-Berlin 1957, (153-177) (*Rechtsnatur*)
- Habscheid, J. Walther** : Das Recht auf Beweis, ZZP 96 (1983) (306 vd) (*auf Beweis*)
- Habscheid, J. Walther** : Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956 (*Streitgegenstand*)

- Habscheid, J. Walther** : Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990 (181-195) (*Die neuere Entwicklung*)
- Habscheid, J. Walther** : Der neue Französische Code De Procédure Civile und das deutsche Zivilprozeßrecht, Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1979, (1051-1062) (*Französische Code*)
- Habscheid, J. Walther** : Die materielle Rechtskraft des die negative Feststellungsklage aus Beweisgründen abweisenden Urteils, BGH NJW 1988 (2641 vd) (*materielle Rechtskraft*)
- Habscheid, J. Walther** : Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Basi, Basel-Frankfurt (Main) 1990 (*Schweizerisches*)
- Habscheid, J. Walther** : Rechtsmittelverzicht im Zivilprozeß, NJW 1965 (2369-2376) (*Rechtsmittelverzicht*)
- Habscheid, J. Walther** : Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, SJZ 74 (1978), (201-206) (*Rechtskraft*)
- Habscheid, J. Walther** : Bundesarbeitsgericht und die Lehre von der materiellen Rechtskraft, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band 1, München-berlin 1965 (895-908) (*Bundesarbeitsgericht*)
- Habscheid, J. Edgar** : Rechtsverhältnis und Feststellungsinteresse, ZZP 112 (1999), Heft: 1, (37-69)
- Haferkamp, Hans** : Normların Oluşumu ve Gelişimi (çev. Kanadoğlu, Korkut), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (der. Ökçesiz, Hayrettin), Sayı: 2, 1993 (130-141)
- Hafızoğulları, Zeki** : Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996
- Hagen, Johann J.** : Die soziale Funktion des Prozesses, ZZP 84 (1971), Heft: 4 (385-395)
- Hahn, Bernhard** : Kooperationsmaxime im Zivilprozess, Köln-Berlin-Bonn-München 1982
- Hanağası, Emel** : Davada Menfaat, Ankara 2009 (*Menfaat*)

- Hanağası, Emel** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001 (*Tarihsel*)
- Hart, H., L., A.** : Hukuk, Özgürlük ve Ahlak (çev. Öz, Erdal), Ankara 2000
- Hartmann, Peter** : Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann Kommentar Zivilprozessordnung (Baumbach Komm), 64. Bası, München 2006 (*Baumbach Komm.*)
- Häsemeyer, Ludwig** : Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse-Zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Grundlage, ZJP 85 (1972), heft: 2 (207-228) (*Parteivereinbarungen*)
- Häsemeyer, Ludwig** : Die Interventionswirkung im Zivilprozeß- prozessuale Sicherung materiellrechtlicher Alternativverhältnisse, ZJP 84 (1971) (179 vd) (*Interventionswirkung*)
- Häsemeyer, Ludwig** : Die sogenannte "Prozeßaufrechnung" - eine dogmatische Fehlakzentuierung, Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975, Berlin 1975 (215-235) (*sogenante "Prozeßaufrechnung"*)
- Häsemeyer, Ludwig** : Zur materiell-rechtlich-prozessrechtlichen Doppelnatur des außergerichtlichen Vergleichs und des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, ZJP 108 (1995), Heft: 3, (289-317)
- Hatemi, Hüseyin** : Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989
- Haus, O.,** : Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozeß, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 58, Zürich 1981
- Heiderhoff, Bettina** : Zur Abschaffung Der Anschlssberufung, NJW 2002, (1402 vd.)
- Heinze, Meinhard** : Parteiherrschaft versus Richtermacht im Zivilprozeß, Festschrift für Kostas E. Beys, Athen 2003 (515-543)
- Hellwig, Konrad** : Klagrecht und Klagemöglichkeit, Yeni tıpkı Bası, Aalen 1968 (*Klagrecht*)

- Hellwig, Konrad** : Prozesshandlungen und Rechtsgeschäft, Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910. Zweiter Band, Breslau 1910, (41-113) (*Prozesshandlungen*)
- Hellwig, Hans Jürgen** : Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages, Bonn 1968 (*Zur Systematik*)
- Henckel, Wolfram** : Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970 (*Prozessrecht*)
- Henckel, Wolfram** : Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, Göttingen 1966 (*Gerechtigkeitswert*)
- Henckel, Wolfram** : Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961 (*Parteilehre*)
- Henckel, Wolfram** : Stein-Jonas- Ein Großkommentar zur Zivilprozessordnung, JZ 1992 (645 vd) (*Ein Großkommentar*)
- Henckel, Wolfram** : Gedanken zur Entstehung und Geschichte der Zivilprozeßordnung, Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, (111-128) (*Gedanken*)
- Henckel, Wolfram** : Die Veräußerung der Streitsache, Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, (193-211) (*Veräußerung*)
- Henckel, Wolfram** : Die Klagerücknahme als gestaltende Verfahrenshandlung, Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag, Berlin 1969 (173-195) (*Klagerücknahme*)
- Henckel, Wolfram** : Buchbesprechung (Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976-Stürner, Rolf), ZZP 92 (1979) (100-107) (*Buchbesprechung von Stürner*)
- Hergenröder, C. Wolfgang** : Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen 1995
- Hermann, Reuß** : Das Verfahren vor dem Sozialgericht, München 1950
- Hermisson, Vollrath** : Richterlicher Hinweis auf Enrede- und Gestaltungsmöglichkeiten, NJW 1985, (2558-2562)

- Hess, Lothar** : Die Klageänderung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1956
- Hesselberger, Dieter** : Die Lehre vom Streitgegenstand, Köln-Berlin-Bonn-München 1970
- Hirş, Ernest** : Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 3. Bası, Ankara 2001
- Holzhammer, Richard** : Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. Bası, Wien 1976 (*Zivilprozeßrecht*)
- Holzhammer, Richard** : Der Prozeßvergleich, Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien 1969, (217-227) (*Prozeßvergleich*)
- Huber, Michael** : Verfahren und Urteile erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz, JuS 2002, Heft: 5 (483-489)
- Hüßtege, Rainer** : Thomas/ Putzo ZPO Kommentar, 27. Bası, München 2005 (*Thomas/ Putzo Komm.*)
- Ildır, Gülgün** : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (385-401)
- Işıқтаç, Yasemin** : Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması, 2. Bası, İstanbul 2004 (*Hukuk Normunun*)
- Işıқтаç, Yasemin** : Hukuk Felsefesi, İstanbul 2004 (*Hukuk Felsefesi*)
- İmamoğlu, S. Hülya** : Yeni Medenî Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hâkim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2005/1, Cilt: 54, (165-189)
- İnan, Ali Naim** : Çocuğun Korunmasında Medenî Kanunumuzun İlkeleri Ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, (703-720)
- İyimaya, Ahmet** : Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar, YD 1985/3, (193-204) (*Kısmi Tazminat Davasına*)
- İyimaya, Ahmet** : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990 (*Sorumluluk*)
- Jacoby, Florian** : Der Musterprozeßvertrag, Tübingen 2000 (*Musterprozeßvertrag*)

- Jakoby, Florian** : Das Anschlussrechtsmittel und seine Kosten nach dem Zivilprozessreformgesetz, ZZZ 115 (2002), (185-213) (*Anschlussrechtsmittel*)
- Jauernig, Othmar** : Zivilprozessrecht, 28. Bası, München 2003 (*Zivilprozessrecht*)
- Jauernig, Othmar** : Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967 (*Verhandlungsmaxime*)
- Jauernig, Othmar** : Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, Heft: 7, (329-334) (*Materielles*)
- Jauernig, Othmar** : Der Bundesgerichtshof und das Zivilprozeßrecht -Ein Blick auf 40 Jahre-, 40 Jahre Bundesgerichtshof, Heidelberg 1990, (28-65) (*Bundesgerichtshof*)
- Jauernig, Othmar** : Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt (Main) 1958 (*fehlerhafte Zivilurteil*)
- Kabo lu, İbrahim  .** : Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 3. Bası, İstanbul 2006
- Kapsa, Bernhard-Michael** : Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess, Berlin 1976
- Kar, Bektaş** : Islah, Kısmi Ve Ek Dava Kavramları İle Dava Konusunun Islah Yoluyla Artırılmasının Getirdiği Sorunlar, YD 2002, Sayı: 3, (416-449)
- Karadeniz,  elebican  .** : Roma Hukuku, Ankara 2000
- Karafakih, İsmail Hakkı** : Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952
- Karakehya, Hakan** : Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Aarasındaki Yeri ve Ceza Muhakemesi Ba lamındaki  nemi, Ceza Hukuku Dergisi 2007 Aralık, Sayı: 5, (177-201) (*Adil Yargılanma*)
- Karakehya, Hakan** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara 2008 (*Duruşma*)
- Karaya ım, Yaşar** : Hukukda  ğretim-Kaynaklar-Metod-Problem   zme, 6. tıpkı Basım, Ankara 2001

- Karsh, Abdurrahim** : Medenî Usul Hukukunda Usûlî İşlemler, İstanbul 2001 (*Usûlî İşlemler*)
- Karsh, Abdurrahim** : Klageverbesserung, Annales De La Faculté De Droit D'Istanbul, Yıl: 2003, Sayı: 52, (407-420) (*Klageverbesserung*)
- Karsh, Abdurrahim** : Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları, İstanbul 1994 (*Rücu Davaları*)
- Karsh, Abdurrahim** : Überblick über die türkische Zivilprozessordnung, Annales De La Faculté De Droit D'Istanbul, Yıl: 2003, Sayı: 52, (349-406) (*Überblick*)
- Kaser, Max** : Das römische Zivilprozessrecht, München 1966
- Karwacki, Angelika Christiane** : Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozeß, Köln-Berlin-Bonn-München 1984
- Kawano, Masanori** : Wahrheits- und Prozeßförderungspflicht als Verhaltenspflicht der Parteien Gegeneinander, Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1995, (411-422)
- Keidel, Helmut** : Der Grundsatz des Rechtlichen Gehörs im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln 1964.
- Kengyel, Miklós** : Veränderungen des Inhalts der Dispositions- und Verhandlungsmaxime im ungarischen Zivilprozeßrecht, ZZPInt (Zeitschrift für Zivilprozeß International) 1997, 2. Band, (273-285)
- Kırca, Çiğdem** : Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD 2001/1, Cilt: 50, (91-119)
- Kılıçoğlu, Ahmet, M.** : Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979
- Kiraz, Taylan Özgür** : Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005
- Kisch, Wilhelm** : Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, Judicium, Vierteljahresschrift für die gesamte Rechtspflege, Band I (1928-1929), (1 vd.)

- Klein, Franz** : Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, 2. Bası, Frankfurt 1958
- Klein-Engel** : Der Zivilprozeß Österreichs, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927
- Knöpfel, Gottfried** : Der Antrag auf Erlaß des Anerkenntnisurteils, ZZP 68 (1955), Heft: 6 (450-459)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : Borçlar Hukukuna Giriş-Hukukî İşlem-Sözleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/ Arpacı) Birinci Cilt, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008
- Koch, Hartmut** : Das Gerichtverfahren als Konfliktlösungsprozess, Diss, Darmstadt 1975
- Koch, Melanie** : Die Richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, Münster 2003
- Koç, Evren** : Franz Klein'in Ana Fikirlerinin Yeni Avusturya Medeni Usul Mevzuatında Süre Gelen Etkisi, Hüseyin Hatemi Armağanı, İstanbul 2009, (1139-1146)
- Kodek, Erich** : Zivilprozessordnung Kommentar (hrsg. Rechberger), 1. Bası, Wien- New York 1994
- Konecny, Andreas** : Die Berufung im österreichischen Recht und ihre Bewährung, ZZP 107 (1994), (481-498)
- Konuralp, Halûk** : Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, (*İspat Kurallarının*)
- Konuralp, Halûk** : Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu 11 Mayıs 2001 (*Özel Hukuk*)
- Konuralp, Halûk** : Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafin Yeri, AÜHFD 2001, Sayı: 1, Cilt: 50, (25- 39) (*Kanun Yolları Arasında*)
- Konuralp, Halûk** : İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, Tebliğ, 6. Usûl Hukukçuları Toplantısı, İzmir 2007 (133-148) (*İstinafta Kamu Düzeni*)
- Konuralp, Halûk** : Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 14. Kitap, İstanbul 2005, (65-79) (*Adil Yargılanma*)

- Konuralp, Halûk/ Hanağası, Emel** : Fransız Hukuku'nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu, Legal Hukuk Dergisi 2007, Sayı: 54, Cilt: 5, (1795- 1818)
- Konuralp, Halûk/ Tercan, Erdal** : Türk Medenî Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri İle Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- I, Eskişehir 2002, (3-37)
- Konzen, Horst** : Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, Berlin 1976
- Korsch, Hans** : Korreferat, Zehn Jahre Rechtssprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften (Europäische Arbeitstagung Köln 1963), Köln-Berlin-Bonn-München 1965, (122-135)
- Kostakoğlu, Cengiz** : Takip Hukukunda İptal Davaları, Yasa Mevzuat ve İçtihat Dergisi, C. 12, Sayı:8, 1989, (1037-1057)
- Koussoulis, Stelios** : Der dogmatische Gehalt von Prozessrechtstheorien, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa -Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages- (hrsg. Peter Gottwald, Reinhard Greger, Hanns Prütting), Bielefeld 2000, Bielefeld 2001 (7-16)
- Kölz, Alfred** : Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess (Diss.), Zürich 1973
- Kramer, Ernst, A.** : Juristische Methodenlehre, Bern 1998
- Kuchinke, Kurt** : Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, Hukuk Karşılaştırmaları Sempozyumu 8-11 September 1965 Kiel-Frankfurt-Berlin 1966, (15-46) (*Freiheit*)
- Kuchinke, Kurt** : Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JuS 1967 (295 vd) (*vorbereitende*)
- Kummer, Max** : Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954

- Kuru, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: I, II, III, IV, V, VI, 6. Baskı İstanbul 2001 (*Medenî*)
- Kuru, Baki** : Nizasız Kaza, Ankara 1961(*Nizasız*)
- Kuru, Baki** : Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı, AÜHFD 1978 Sayı:1-4, (135-144) (*Aleyhe Bozma Yasağı*)
- Kuru, Baki** : Usuli Müktesep Hak, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, (395-409) (*Müktesep*)
- Kuru, Baki** : Hukuk Usulünde Dâva Sebebi, AD 1967/4, (239-268) (*Dâva Sebebi*)
- Kuru, Baki** : Hukuk Dâvalarının Uzaması Sebepleri, Makaleler (*Sosyal Devlet ve Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri, Ankara 1970*), İstanbul 2006, (99-116) (*Dâvalarının Uzaması Sebepleri*)
- Kuru, Baki** : 2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, MİHDER 2009, Sayı: 12, (13-50) (*Tasarı*)
- Kuru, Baki** : Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirmeler, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara, Ankara 2007, (57-85) (*Genel Değerlendirme*)
- Kuru, Baki** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda 3156 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, Bursa Barosu Dergisi, 1985, Yıl:9, Sayı: 24, (2-5) (*3156 Sayılı Kanunla*)
- Kuru, Baki/ Yılmaz, Ejder** : 1711 Sayılı Kanuna Göre Gıyap ve Davanın Yenilenmesi Rejimi, HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, (233-271)
- Kuru, Baki,/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder** : Medenî Usul Hukuku, Değiştirilmiş 20. Baskı, Ankara 2009
- Künzl, Reinhard** : Dispositionsmöglichkeiten der Parteien im Zivilprozess, Dissertation 1986, (Juristische Fakultät der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg)

- Lang, Arno** : Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozess, Verwaltungsarchiv 52 (1961) (60-91)
- Langer, Adalbert** : Rechtssuchender und Richter in Österreich, JZ 1977 (376 vd)
- Larenz, Karl** : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Yenilenmiş 6. Bası, Berlin 1991
- Leipold, Dieter** : Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen, Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, (329-349) (*Verfahrensbeschleunigung*)
- Leipold, Dieter** : Zivilprozeßrecht und Ideologie, JZ 1982, (441-448) (*Zivilprozeßrecht*)
- Leipold, Dieter,** : Stein/ Jonas ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Bası, Cilt: 4, Tübingen 1998 (*Stein/ Jonas Komm. (21. Bası)*)
- Leipold, Dieter** : Stein/ Jonas ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Bası, Cilt: 3, Tübingen 2003 (*Stein/ Jonas Komm.*)
- Leipold, Dieter** : Teilklagen und Rechtskraft, Festschrift für Zeuner, Tübingen 1994 (431 vd) (*Teilklagen*)
- Leipold, Dieter** : Wege zur Konzentration von Zivilprozessen, Berlin-New York 1999 (*Wege*)
- Lent, Friedrich** : Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 67 (1954), Heft: 5 (344-356) (*Zur Unterscheidung*)
- Lent, Friedrich** : Die rein prozessuale Bedeutung des Anerkenntnisses, Beiträge zum Zivilprozessrecht- Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München-Berlin 1949 (*prozessuale Bedeutung*)
- Lent, Friedrich** : Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZP 65 (1952) (315-360) (*Zur Lehre (Streitgegenstand)*)
- Lent, Friedrich** : Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP 72 (1959), Heft: 1/2 (63-98) (*Zur Lehre (Entscheidungsgegenstand)*)

- Leykam, Rüdiger** : Die Mitwirkung der Beteiligten im Sozialzivilprozess, Bremen 1981
- Lindacher, Walter F.** : Der Prozessvergleich, 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, München 2000, (253-271)
- Lorenz, Dieter** : Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG, Jura 1983, (393-400) (*Gebot*)
- Lorenz, Dieter** : Der Rechtsschutz der Bürgen und die Rechtsweggarantie, München 1973 (*Rechtsschutz*)
- Lorenz, Dieter** : Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 105, (623-649) (*grundrechtliche Anspruch*)
- Lorenz, Stephan** : Die Neuregelung der Pre-Trial-Discovery in US - amerikanischen Zivilprozeßrecht- Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?, ZZP 111 (1998), Heft: 1, (35-65)
- Luhmann, Niklas** : Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main 1969
- Lüke, Gerhard** : Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 1, München 2000 (*Münchener Komm.*)
- Lüke, Gerhard** : Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozess, JuS 1967 (1 vd) (*Streitgegenstand*)
- Lüke, Gerhard** : Der Informationsanspruch im Zivilrecht, JuS 1986, Heft: 1, (2-7) (*Informationsanspruch*)
- Lüke, Gerhard** : Zur Streitgegenstandslehre Schwabs – eine zivilprozessuale Retrospektive, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990 (309-320) (*Zur Streitgegenstandslehre Schwabs*)
- Lüke, Gerhard** : Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76 (1963), (1-31) (*Prozeßführungsbefugnis*)
- Lüke, Gerhard** : Betrachtungen zum Prozessrechtsverhältnis, ZZP 108 (1995), Heft: 4 (427-454) (*Betrachtungen*)
- Lüke, Wolfgang** : Zivilprozessrecht, 8. BasI, München 2003 (*Zivilprozessrecht*)

- Markus, Gehrlein** : Zivilprozeßrecht, 2. Bası, München 2003
(*Zivilprozeßrecht*)
- Marshall, Gordon** : Sosyoloji Sözlüğü (çev. Akınhay, Osman/
Kömürcü, Derya), Ankara 1999
- Meier, Isaak** : Iura Novit Curia, 1975 Zürich (*Iura*)
- Meier, Isaak** : Auflösung des geschriebenen Rechts, durch
allgemeine Prinzipiennormen, Prinzipiennormen und
Verfahrensmaximen (Zürcher Studien zum
Verfahrensrecht, No:103), Zürich 1993 (3-72)
(*Auflösung*)
- Melissinos, Gerassimos** : Die Bindungs des Gerichts an die Parteianträge nach §
308 I ZPO, Berlin 1982, Schriften Prozessrecht, Band
73
- Mende, Walter Rainer** : Die in den Prozeßvergleich aufgenommene
Klagerücknahme, Köln-Berlin-Bonn-München 1975
- Menger, Christian
Friedrich** : Allgemeine Prozessrechtssätze in der
Verwaltungsgerichtsordnung, Staatsbürger und
Staatsgewalt, Band II, Karlsruhe 1963
- Meriç, Nedim** : Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları,
MİHDER 2007, Sayı: 7, (377-434)
- Mes, Peter** : Der Rechtsschutzanspruch, Prozessrechtliche
Anhandlungen, Heft 28, Köln-Berlin-Bonn-München
1970
- Metin, Sevtap** : Hukuk Normunun Yorumu, Yayınlanmamış Doktora
Tezi, İstanbul 2002.
- Mettenheim,
Christoph von** : Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozeß,
Frankfurt am Main 1968
- Mitsopoulos, Georg** : Gedanken zu einigen wichtigen Problemen der
Zivilprozeßlehre, ZZP 91 (1978), Heft: 1, (113-127)
- Mösbauer, Hans Heinz** : Der Streitgegenstand in Steuerprozess, 1. Aufl., Berlin
1975

- Mumcu, Ahmet** : Günümüzdeki Türk Hukuk Uygulamasında Adalet Kavramının Yeri, Adalet Kavramı, Ankara 2002, (145-169)
- Mummenhoff, Winfried** : Prozessuales Anerkenntnis neben Klageabweisungsantrag, ZZP 86 (1973), Heft: 3 (293-311)
- Musielak, Hans Joachim** : Einige Gedanken zur materiellen Rechtskraft, FS für Nakamura Hideo, Seibundo Verlag, Tokyo 1998 (*Einige Gedanken*)
- Musielak, Hans-Joachim** : Neue Fragen im Zivilverfahrensrecht, JuS 2002, Heft: 12, (1203-1207) (*Neue Fragen*)
- Musielak, Hans-Joachim** : Die Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien im Zivilprozess, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, (349-365) (*Bindung*)
- Musielak, Hans-Joachim** : Grundkurs ZPO, 8. Aufl., München 2005 (*Grundkurs*)
- Musielak, Hans-Joachim** : Musielak Zivilprozessordnung Kommentar, 4. Aufl., München 2005 (*Musielak Komm.*)
- Musielak, Hans-Joachim** : Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, München 2000 (*Münchener Komm.*)
- Muşul, Timuçin,** : Medenî Yargılama Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara 2009 (*Terdit*)
- Muşul, Timuçin,** : İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2005 (*İcra*)
- Muşul, Timuçin** : Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009(*Medenî*)
- Müller, Karl Maria** : Ein Beitrag zur Lehre vom Klagegrund, Wien 1913
- Münzberg, Wolfgang** : Besprechung von Rainer Sprung: Konkurrenzen von Rechtsbehelfen im zivilgerichtlichen Verfahren, AcP 1968 (392-398)
- Nakamura, Hideo** : Zweck des Zivilprozesses-Die japanische Theorie im Wandel-, Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1997 (463-474)
- Neuner, Robert** : Privatrecht und Prozessrecht, Mannheim 1925

- Niese, Werner** : Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, Göttingen 1950 (*Doppelfunktionelle*)
- Niese, Werner,** : Prozeßhandlungen und Verträge über Prozeßhandlungen, Jena 1931 (*Prozeßhandlungen*)
- Nikisch, Arthur** : Zivilprozeßrecht, 2. Bası, Tübingen 1952 (*Zivilprozeßrecht*)
- Nikisch, Arthur** : Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Tübingen 1935 (*Streitgegenstand*)
- Nikisch, Arthur** : Tagung der ZPO-Lehrer 1953 in Würzburg, JZ 1953 (158 vd) (*Tagung*)
- Nikisch, Arthur** : Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, AcP 154 (269-299) (*Zur Lehre*)
- Nomer, Ergin** : Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972
- Novak, Franz** : Treu und Glauben im Zivilprozeß, ÖJZ 1949 (338 vd)
- Nörr, K. Wolfgang** : Naturrecht und Zivilprozeß, Tübingen 1976
- Oğuzman, Kemal** : Dürüstlük Kuralına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirisi, Yaşar Karayalçın 65. yaş Armağanı, Ankara 1988 (407-415)
- Oğuzman, M. Kemal/
Öz, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 2006
- Oğuzman, M. Kemal/
Barlas, Nami** : Medenî Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2008
- Olzen, Dirk** : Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 98 (1985), Heft: 4 (403-426)
- Orfanides, Georgios** : Die Berücksichtigung von Willensmängeln beim Rechtmittelverzicht am Beispiel der arglistigen Täuschung, ZZP 100 (1987), Heft: 1 (63-77)
- Ottomann, Rudolf** : Die .Offizialmaxime- Ein Schillernder Verfahrensgrundsatz im Zivilprozess, in Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 103, (75-102)

- Ökçesiz, Hayrettin** : Hukuk Devleti Olgusu, Hukuk Devleti (der. Ökçesiz, Hayrettin) Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4, İstanbul 1998, (44-56) (*Hukuk Devleti*)
- Ökçesiz, Hayrettin** : Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü Bir Açıklama Şeması, İstanbul 2003 (*Hukuk ve Siyaset*)
- Ökçesiz, Hayrettin** : Adaletle İlişkin Temel Bir Sorun: Hukuk Devleti, Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008, Ankara 2009 (Ankara Barosu Yayını), (42-51) (*Adaletle*)
- Öktem, Niyazi** : Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, 4. Bası, İstanbul 1988
- Öktemer, Semih Y.** : HUMK'nun 409/2. Maddesi Hükmü Hakkında Düşünceler, TNBHD 1979, Sayı: 22, (15-24) (*HUMK'nun 409/2. Maddesi*)
- Öktemer, Semih Y.** : HUMK'nda Değişiklik Getiren 1711 Sayılı Kanunun Tahlil ve Tenkidi, ABD 1973/3, (473-479) (*HUMK'nda Değişiklik*)
- Önder, Akil** : Hukûk Davalarında Hüküm Lâhik Olduktan Sonra Dâvada Feragat Temyiz Mahkemesince Bozma Sebebi İttiaz Olunabilir mi? AD 1942, Sayı:7 (799-810)
- Önen, Ergun** : Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1979 (*Medenî*)
- Önen, Ergün** : İnşai Dava, Ankara 1981 (*İnşai Dava*)
- Önen, Ergun** : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972 (*Sulh*)
- Önen, Ergun** : Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez, ABD 1976, Sayı: 1, (26-39) (*Feragat ve Kabul*)
- Özbay, İbrahim** : Grup Davaları, Ankara 2009 (*Grup*)
- Özbay, İbrahim** : Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, Erzincan Hukuk Fak. Dergisi, 2004, Cilt:.VIII, Sayı: 3-4 (387-418) (*Avukatlık*)
- Özbay, İbrahim/ Okumuş, Nagehan** : Kanun Yoluna İlişkin Son Değişiklikler ve Yargı Kararları Işığında Medenî Usul Hukukunda Katılmalı

Kanun Yolu, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, (349-379)

- Özbek, Mustafa** : Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim, MİHDER 2006/2, Sayı: 4, (907-928) (*Adalete Erişim*)
- Özbek, Mustafa** : Avukatlık Kanunu m.35/A'ya Göre Arabuluculuk, ABD, 2001/3 (113-136) (*Avukatlık*)
- Özbilgen, Tarık** : Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, İstanbul 1971 (*Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi*)
- Özbilgen, Tarık** : Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976 (*Eleştirisel Hukuk Başlangıcı*)
- Özcan, Mehmet Tevfik** : Hukuk İdeolojisi; Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım, Adalet Kavramı, Ankara 2002, (85-114)
- Özdemir, Şükrü** : Davanın Yenilenmesi ve Açılmamış Sayılması, HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, (41-73)
- Özkaya, Eraslan,** : İnancı İşlem ve Muvazaa Davaları, 3. Bası, Ankara 2004
- Özekes, Muhammet** : Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, (685-691) (*Çekişmesiz*)
- Özekes, Muhammet** : İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009 (*İcra Hukukunda*)
- Özekes, Muhammet** : Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, (381-396) (*Süre Tutum*)
- Özekes, Muhammet** : Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (*Hukukî Dinlenilme*)
- Özekes, Muhammet** : Asli Müdahale, İstanbul 1995 (*Asli Müdahale*)
- Özekes, Muhammet** : Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu, Eskişehir BD 2005/6, (1-16) (*Ülkemizde*)
- Özekes, Muhammet** : Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt: 1, Ankara 2009, (745-781) (*Hukukî Sebep*)

- Özekes, Muhammet** : Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı (İş Güvencesi Kurumu Ve İşe İade Davaları), İstanbul 2005, (131-171) (*İşe İade*)
- Özekes, Muhammet** : Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekâlet Ücreti, MİHDER 2005, Sayı:1, (29-49) (*Vekâlet Ücreti*)
- Özekes, Muhammet** : Sorularla Medenî Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, Ankara 2008 (*Sorularla*)
- Özekes, Muhammet** : İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medenî Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (479-514) (*İş Kanunu'nun*)
- Özekes, Muhammet/ Erişir, Evrim** : Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER 2006, Sayı: 5, (1235-1274)
- Özmumcu, Seda** : Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, (197-256)
- Öztan, Bilge** : Medenî Hukukun Temel Kavramları, 29. Bası, Ankara 2009
- Öztekin, Selçuk** : Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar- Çözüm Önerileri, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı (Temmuz Ağustos 1996), Sayı: 10, (494-502) (*Hukuk Davalarında*)
- Öztekin, Selçuk** : Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medenî Usul İlkeleri" Konulu Tavsiye Kararı, Hukuk Araştırmaları, MÜHFY Ocak Nisan 1986, (9-20) (*Avrupa Konseyi*)
- Öztekin, Selçuk** : HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolu Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1986 Tarihli Kararı, Hukuk Araştırmaları, 1987, Cilt: 2, Sayı: 2, (62-74) (*HUMK m. 427'deki*)
- Pakel, Nafi** : Ortaklığın Giderilmesi Davası, İBD 2009/1, (159-163)

- Pawlowski, Hans-Martin** : Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967), Heft: 5/6 (345-391) (*Aufgabe*)
- Pawlowski, Hans-Martin** : Probleme des rechtlichen Gehörs bei der Veräusserung einer Streitsache, JZ 1975 (681-685) (*Probleme*)
- Pekcanıtez, Hakan** : Hukukî Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, (753-791) (*Hukukî Dinlenilme*)
- Pekcanıtez, Hakan** : Medenî Yargıda Adil Yargılanma, İzBD 1997/2, (35-61) (*Adil Yargılanma*)
- Pekcanıtez, Hakan** : Medenî Usul Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m. 445/11), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (515-551) (*Yargılanmanın Yenilenmesi*)
- Pekcanıtez, Hakan,** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008, (17-34) (*Yeniliklerin Değerlendirilmesi*)
- Pekcanıtez, Hakan** : Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Hukukî Perspektifler Dergisi (HPD) 2006, Sayı:8, (69-78) (*Genel Olarak*)
- Pekcanıtez, Hakan** : Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara), Ankara 2007, (3-31) (*Tanıtım*)
- Pekcanıtez, Hakan** : Medenî Usul Hukukunda Feri Müdahale, Ankara 1992 (*Feri Müdahale*)
- Pekcanıtez, Hakan** : Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı, Sayı: 12, Ankara 1995, (257-287) (*Anayasa Şikayeti*)
- Pekcanıtez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Özekes, Muhammet** : Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009 (*Medenî*)
- Pekcanıtez, Hakan/
Atalay, Oğuz/ Sungurtekin
Özkan, Meral/ Özekes,
Muhammet** : İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Ankara 2009 (*İcra*)

- Pekcanitez, Hakan/ Akyazılı, Erdem** : Islaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt: 2, İstanbul 2008, (533-559)
- Perelman, Chaim** : Yeniden Soruşturan Adalet (çev. **Önderman, Murat**), Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi Arkivi, 1. Kitap, İstanbul 1993, (61-67)
- Petek, Hasan** : Medenî Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, İzBD Temmuz 2000, Sayı: 3, (11-54)
- Peters, Egbert** : Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, Tübingen 1983 (*Hinweispflichten*)
- Peters, Egbert** : Wachsende Beachtung der richterlichen Hinweispflicht, Festschrift für Kostas E. Beys dem Rechtsdenken in Attischer Dialektik, 2. Cilt, Athen 2003, (1243-1254) (*Wachsende Beachtung*)
- Peters, Egbert** : Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 1, München 2000 (*Münchener Komm.*)
- Peters, Egbert** : Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, Köln-Berlin 1966 (*Ausforschungsbeweis*)
- Pfeifer, Michael** : Der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime im Verwaltungsverfahren, Basler Studien zur Rechtswissenschaft No:124, Basel-Stuttgart 1980
- Pohle, Rudolf** : Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag München-Berlin 1957 (195-235)
- Postacıoğlu, İlhan E.** : Dava Teorisi Üzerine Bazı Mülâhazalar, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, (737-752) (*Dava Teorisi*)
- Postacıoğlu, İlhan E.** : Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 (*Medenî*)
- Postacıoğlu, İlhan E.** : Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964 (*Şehadetle*)

- Postacıoğlu, İlhan E.** : Tecrübeler Işığında Medenî Usul Hukuku Varılan Noktalar, Muhtemel Gelişmeler, İÜHF 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, (335- 354) (*Tecrübeler*)
- Postacıoğlu, İlhan E.** : Davalı Şeyin ve Hakkın Temliki: H.U.M.K. nun 186 ncı Maddesi Üzerinde Bir Deneme, İBD Nisan Mayıs 1956, Cilt: XXX, Sayı: 4-5, (113-123) (*Davalı Şeyin*)
- Postacıoğlu, İlhan E.** : Davanın ve Kazıyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, (497-527) (*Hukuki Sebep*)
- Prütting, Hanns** : Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, (361 vd) (*Grundlagen*)
- Prütting, Hanns** : Die Strukturen des Zivilprozesses unter Reformdruck und europäische Konvergenz?, Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2001 (309-326) (*Strukturen*)
- Prütting, Hanns** : Die materielle Prozessleitung, Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, München 2004, (397-410) (*materielle Prozessleitung*)
- Prütting, Hanns/ Wesser, Sabine** : Die Erledigung des Rechtsstreits: nicht nur ein Kostenproblem, ZZP 116 (2003) (267-303)
- Putzo, Hans** : Die gewillkürte Parteiänderung, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966 (149-160)
- Püsküllüoğlu, Ali** : Türkçe Sözlük, 7. Bası, Ankara 2004
- Radbruch, Gustav** : Der Mensch im Recht, 3. Aufl., Göttingen 1957 (*Mensch*)
- Radbruch, Gustav** : Beş Dakika Hukuk Felsefesi (çev. Ökçesiz, Hayrettin) Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi 2 (der. Ökçesiz, Hayrettin), İstanbul 1998, (11-16) (*Beş Dakika*)
- Raiser, Ludwig** : Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, Summum Ius Summa Iniuria, 1963 (145-167)
- Raether, Joachim** : Das Prinzip des Rechtsstats in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts und der oberen Bundesgerichte, Dissertation, Hamburg 1967

- Rasehorn, Theo** : Reform der Juristenausbildung als Anfang einer Reform, NJW 1970 (1166 vd)
- Rechberger, Walter H.** : Avusturya Medenî Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (çev. **Kamil M. Yıldırım**), İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku (der. **Kamil M. Yıldırım**), 3. Bası, İstanbul 2003 (1-16) (*Yargılamanın Hızlandırılması*)
- Rechberger, Walter H.** : Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorular (çev. **M. Kamil Yıldırım**), İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku (der. **Kamil M. Yıldırım**), 3. Bası, İstanbul 2003, (67-81) (*Adil Yargılanma*)
- Rechberger, Walter H.** : Ein Rückblick auf das Prozessrecht des 20. Jahrhunderts, Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts (hrsg.. Gottwald), 2002 (*Ein Rückblick*)
- Rechberger, Walter, H.** : Zivilprozessordnung Kommentar (hrsg. Rechberger), 1. Bası, Wien-New York 1994 (*Rechberger Komm.*)
- Rechberger, Walter H./
Simotta, Daphne- Ariane** : Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts, 5. Bası, Wien 2000
- Reichel, Hans** : Kanun ve Kaza (çev. Sabri Şakir Ansay), AÜHFD 1951, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, (266-281)
- Reichold, Klaus** : Thomas/ Putzo ZPO Kommentar, 27. Bası, München 2005 (*Thomas/ Putzo Komm.*)
- Reinhard, Naumann** : Versuch zu einem Untersuchungsgrundsatz, Frankfurt 1974
- Reischl, Klaus** : Der Umfang der Richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu § 139 Abs. 1 ZPO-, ZZP 116 (2003), Heft: 1 (81–117) (*Umfang*)
- Reischl, Klaus** : Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozess, Tübingen 2002 (*objektiven Grenzen*)
- Renneke, Ursula** : Die qualitative Beschränkung des Rechtsmittels durch die Parteien im Zivilprozess, Paderborn 1984
- Rensen, Hartmut** : Die richterliche Hinweispflicht, Bielefeld 2002

- Rieß, Peter** : Prozeßmaximen und Ermittlungsverfahren, Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, (381-399)
- Rimmelspacher, Bruno** : Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, Göttingen 1970 (*Materiellrechtlicher*)
- Rimmelspacher, Bruno** : Die Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess, NJW 2002 (1897 vd) (*Berufungsgründe*)
- Rimmelspacher, Bruno** : Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1966 (*Zur Prüfung*)
- Rimmelspacher, Bruno** : Die Wirkungen des Rechtsmittelverzichts im Zivilprozess, JuS 1988, Heft: 12 (953-957) (*Wirkungen*)
- Rosenberg, Leo** : Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung, 5. Aufl., München-Berlin 1956 (*Beweislast*)
- Rosenberg, Leo** : Die gewillkürte Parteiänderung im Zivilprozess, ZZP 70 (1957), heft: 1/2 (1-7) (*gewillkürte Parteiänderung*)
- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter** : Zivilprozessrecht, 16. Bas., München 2004 (*Zivilprozessrecht*)
- Roth, Herbert** : Gewillkürter Parteiwechsel und Bindung an Prozeßlagen, NJW 1988, (2977-2984)
- Rödig, Jürgen** : Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin-Heidelberg-New York 1973
- Rüßmann, Helmut** : Die Bindungswirkungen rechtskräftiger Unterlassungsurteile, Festschrift Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag, München 1997 (675-699) (*Bindungswirkungen*)
- Rüßmann, Helmut** : Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH, ZZP 111 (1998), Heft: 4, Heft: 4 (399-427) (*Streitgegenstandslehre*)
- Saenger, Ingo** : Nomos Kommentar (Zivilprozessordnung- hrsg. Ingo Saenger), 1. Bas., Baden- Baden 2006.

- Sancar, Mithat/ Atılgan, Eylem Ümit** : Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar, İstanbul 2009
- Sauer, Wilhelm** : Allgemeine Prozesslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951 (*Prozesslehre*)
- Sauer, Wilhelm** : Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919 (*Grundlagen*)
- Schaad, Peter** : Grundlinien einer schweizerischen Zivilprozessordnung, ZRS 88 (1969) (21-135)
- Schellhammer, Kurt** : Zivilprozess, 10. Bası, Heidelberg 2003 (*Zivilprozess*)
- Schiedermair, Gerhard** : Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935
- Schilken, Eberhard** : Zivilprozessrecht, 4. Bası, Köln-Berlin-Bonn-München 2002 (*Zivilprozessrecht*)
- Schilken, Eberhard** : Veränderungen der Passivlegitimation im Zivilprozess, Köln-Bonn-München 1987 (*Veränderungen*)
- Schilken, Eberhard** : Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü (çev. Nevhis Deren-Yıldırım), İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2003, (43-66) (*Hâkimin Rolü*)
- Schilken, Eberhard** : Zum Handlungsspielraum der Parteien beim prozessualen Anerkenntnis, ZZP 90 (1977), Heft: 2 (157-184) (*Handlungsspielraum*)
- Schima, Hans** : Verfahrensgegenstand und Verfahrensgestaltung, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967 (463-478)
- Schlosser, Peter** : Einverstaendliches Parteihandeln im Zivilprozeß, Tübingen 1968 (*Einverstaendliches*)
- Schlosser, Peter** : Buchbesprechung (Isaak Meier, Iura Novit Curia, Zürich 1975), ZZP 90 (1977), Heft: 4 (437-441) (*Buchbesprechung von Meier*)
- Schlosser, Peter** : Die ZPO auf dem Wege zum Urteil mit vereinbartem Inhalt?, Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2001, (389-403) (*vereinbartem Inhalt?*)

- Schlosser, Peter** : Gestaltungsclagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966 (*Gestaltungsklagen*)
- Schlosser, Peter** : Buchbesprechung (Umfang und Grenzen der Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozeß- Würthwein, Martin), ZZP 91 (1978), Heft: 3 (361-363) (*Buchbesprechung von Würthwein*)
- Schmidt, Eike** : Handlungen im Zivilprozeß und Relationstechnik, Recht und Politik (RuP), 1980, (106-113) (*Handlungen*)
- Schmidt, Eike** : Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt am Main 1973 (*Zweck*)
- Schmidt, Eike** : Rezensionen (Andreas, Spickhof, Richterliche Aufklärungspflicht und materielles Recht), ZZP 113 (2000), Heft: 3, (381-389) (*Rezensionen*)
- Schönfeld, Klaus Eckhard** : Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß und in den übrigen Verfahrensarten, Frankfurt am Main-Bern 1981
- Schönke, Adolf,** : Das Rechtsschutzbedürfnis, Frankfurt-Berlin 1950 (*Rechtsschutzbedürfnis*)
- Schönke, Adolf,** : Das Rechtsschutzbedürfnis-Ein zivilprozessualer Grundbegriff, AcP 150 (1949), (216-234) (*Grundbegriff*)
- Schönke, Adolf/
Kuchinke, Kurt** : Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969 (*Zivilprozeßrecht*)
- Schönfeld, Klaus Eckhard** : Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß und den übrigen Verfahrensarten- Die Modifikationen des Prozeßrechts durch das Sozialstaatspostulat, Frankfurt am Main-Bern 1981
- Schreiber, Klaus** : Der Dispositionsgrundsatz im Zivilprozeß, Jura 1988, (190-197)
- Schumann, Ekkehard** : Stein/Jonas ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Bas., Cilt: 4, Tübingen 1998 (*Stein/Jonas Komm.*)

- Schumann, Ekkehard** : Die materiellrechtsfreundliche Auslegung der Prozeßgesetzes, Festschrift Für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, (571-604) (*materiellrechtsfreundliche*)
- Schumann, Ekkehard** : Fehltrteil und Rechtskraft, Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag, Berlin 1969 (289-320) (*Fehltrteil*)
- Schultzenstein, Max** : Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime nach den einzelnen Prozeßarten, ZZP 43 (1913) (301-347)
- Schwab, Karl Heinz** : Der Streitgegenstand im Zivilprozess, Berlin 1954 (*Streitgegenstand*)
- Schwab, Karl Heinz** : Die einseitige Erledigungserklärung, ZZP 72 (1959), Heft:1/2, (127-141) (*einseitige Erledigungserklärung*)
- Schwab, Karl Heinz** : Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, JuS 1965, Heft: 3 (81-86) (*Stand*)
- Schwab, Karl Heinz** : Probleme der Prozesshandlungslehre, Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln-Berlin-Bonn-München 1990, (503-513) (*Probleme*)
- Schwab, Karl Heinz** : Anmerkung, ZZP 91 (1978), Heft: 4, (493-494) (*Anmerkung (ZZP 91)*)
- Schwab, Karl Heinz** : Noch Einmal: Bemerkung zum Streitgegenstand, Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts - Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag- (Hrg. Hanns Prütting, Helmut Rüssmann), München 1997, (793-807) (*Noch Einmal*)
- Schwab, Martin** : Grundzüge des Zivilprozessrechts, Heidelberg 2005
- Schwander, Vital** : "Iura Novit Curia" und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs, Melanges En L'honneur de Wilhelm Schönenberger, Friborg 1968, (199-219)
- Schwarz, A. B** : Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1946
- Selçuk, Sami** : Yargıtayın (Bozma Mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaşması Sorunları, YD 1992 Ekim, Sayı: 4, (19-44)

- Sell, Reinhard** : Probleme der Rechtsmittelbegründung im Zivilprozeß, Köln-Berlin-Bonn-München 1973
- Semmelmayr, Johann** : Der Berufungsgegenstand, Berlin 1996
- Serozan, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (*Dönme*)
- Serozan, Rona** : Medenî Hukuk, Genel Bölüm Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008 (*Medenî*)
- Sevig, Vasfi Raşid** : Mukavelelerin Tasnifi ve B.K. Dışında Bırakılmış Olan Mukaveleler ve Bilhassa Sulh Mukavelesi, AÜHFD 1949, Sayı: 1, (136-156)
- Sivrihisarlı, Ömer** : Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978
- Smid, Stefan** : Verfahren und Kriterien der Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO, ZZP 97 (1984), Heft: 3 (245-313)
- Soliva, Thomas Ch.** : Die Klageänderung nach Zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss Zürich 1992
- Soner, Lütfü** : Sulh, Kabul ve Feragate Dair Bazı Sorunlar, ABD 1977/3, (439-448)
- Spellenberg, Ulrich** : Prozessführung oder Urteil, FS für Henckel Wolfgang, Walter de Gruyter Verlag, Berlin- Newyork, 1995
- Sprung, Rainer** : Die Grundlagen des österreichischen Zivilprozeßrechts, ZZP 90 (1977), Heft: 4, (380-394)
- Stachelin, Adrian,** : Dispositives Zivilprozessrecht, Freiheit und Zwang-Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Hans Giger, Bern 1989, (643-654)
- Stahlmann, Günther** : Zur Theorie des Zivilprozeßrechts (Von der Legitimation durch Erkenntnis zur Legitimation durch Verfahren), Athenäum 1979.
- Stadler, Astrid** : Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung; erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozeßrechtsreform, Festschrift für Kostas E. Beys dem Rechtsdenker in Attischer Dialektik, 2. Cilt, Athen 2003, (1625-1647) (*Inquisitionsmaxime*)

- Stadler, Astrid** : Musielak Zivilprozessordnung Kommentar, 4. Bası, München 2005 (*Musielak Komm.*)
- Stalev, Zhivko** : Sosyalist Avrupa Ülkelerinde Hukuk Yargılaması (çev. Ejder Yılmaz), AÜHFD 1976, Sayı: 1-4 (151-183)
- Studer, Paul** : Willensmängel bei Partei-handlungen m Zivilprozess unter Berücksichtigung der Zürcher zivilprozessordnung, Zürich 1976
- Stürner, Rolf** : Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976 (*Aufklärungspflicht*)
- Stürner, Rolf,** : Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, (647-666) (*Verfahrensgrundsätze*)
- Stürner, Rolf,** : Rechtskraft in Europa, FS für Schütze A. Rolf zum 65. Geburtstag, München 1999 (913-934) (*Rechtskraft*)
- Stürner, Rolf** : Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß, ZZP 98 (1985), Heft: 3 (237-256) (*Parteipflichten*)
- Sunar, Gülcan** : Şekli Anlamda Taraf Kavramını Kabul Etmenin İcra ve İflâs Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, Ergün Önen'e Armağan, İstanbul 2003 (333-355)
- Sungurbey, İsmet** : Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957
- Sungurtekin Özkan, Meral** : Medenî Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İzBD 2008 Ekim, (107-167) (*Yetki*)
- Sungurtekin Özkan, Meral** : İnşai Dava ve Özellikleri, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (553-576) (*İnşai Dava*)
- Sungurtekin Özkan, Meral** : Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER 2005, Sayı: 2 (353-369) (*Avukatlık*)
- Sungurtekin Özkan, Meral** : Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi, YD, Cilt: 16, Sayı: 4, (471-487) (*Karar Düzeltme*)
- Sungurtekin Özkan,**

- Meral/ Özdemir Türkoğlu,
Gökçe** : Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008
- Süzek, Sarper** : İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008
- Şahlanan, Fevzi** : İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları, Tekstil İşveren Hukuk Dergisi, Ocak 2007, Sayı: 324, (2-4)
- Tahiroğlu Bülent/ Erdoğmuş,
Berrin** : Roma Hukuku Dersleri (Usul), İstanbul 2001
- Tanrıver, Süha** : Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 1998 (*Derdestlik*)
- Tanrıver, Süha** : Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzenine Etkisi, Hukukî – Ekonomik Perspektiflerden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001 (*Yabancı Hakem*)
- Tanrıver, Süha** : Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, AÜHFD 2000, Sayı: 1-4, Cilt: 49 (67-83) (*Hukuk Yargısında*)
- Tanrıver, Süha** : Şartlı Hüküm Kavramı Ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu, Batıder 1998/2, (45-50) (*Şartlı Hüküm*)
- Tanrıver, Süha** : Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller, AÜHFD 1995/1-4, (221-232) (*Kabul*)
- Tanrıver, Süha** : Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Batıder 1994/1-2, (333-348) (*Sulh*)
- Tanrıver, Süha** : Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, (851-867) (*Kısmi Dava*)
- Tanrıver, Süha** : Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD 2004, Sayı: 53, (191-215) (*Adil Yargılanma*)
- Tanrıver, Süha** : Türk Medenî Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, TBBD 1993/2, (212-243) (*İkrar*)
- Tanrıver, Süha** : Adlîye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı

- Düşünceler, Batider 1995, Sayı: 1-2, (151-156) (*Adliye Mahkemeleri*)
- Tanrıver, Süha** : İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996 (*İlâmlı İcra*)
- Tanrıver, Süha** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi, AÜHFD 2008/3, Cilt: 57, (635-664) (*Tasarı*)
- Taşpınar, Sema** : Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 (*İspat*)
- Taşpınar, Sema** : Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağanı, Ankara 1999, (759-787) (*Amaç Sorunu*)
- Taylan Erbay** : Dava Konusunun Eldeğiştirmesi Üzerine Ayrık Düşünceler ve Yeni Usul Tasarısında Benimsenen Görüş, Adalet Dergisi, Ocak 1972, Sayı: 1, (920-929)
- Tempel, Otto** : Der Prozessvergleich - Die Bedeutung seiner Rechtsnatur für den Abschluss und seine Wirkungen, Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, München 1976, (517-543)
- Tercan, Erdal** : Medenî Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, SÜHFD 1996, Vilt:5 (Prof. Dr. Şakir Berki Armağanı), Konya 1996 (181-212) (*Gerçeği Söyleme*)
- Tercan, Erdal** : Medenî Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması, Batider Cilt: XIX, (115-133) (*İkrar*)
- Teziç, Erdoğan** : Anayasa Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007
- Thieme, Paul Hans** : Verhandlungsmaxime Richterliche Aufklärungspflicht und Wahrheitspflicht der Parteien im deutschen Zivilprozeß, Diss., Erlangen 1936
- Thiere, Karl** : Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß, Bielefeld 1980
- Thomas, Bernd** : Zur Doppelnatur von Klagenerkenntnis und Klageverzicht, ZZP 89 (1976), Heft: 1 (80-93) (*Zur Doppelnatur*)

- Thomas, Bernd** : Die Auswirkungen der im Aktinegesetz enthaltenen materiellen Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen auf Prozeßvergleich, Klaganerkenntnis und Klageverzichts, Diss, Göttingen 1974 (*Auswirkungen*)
- Tuluay, Metin** : Medenî Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi, DÜHFD 1983, Sayı: 1 (101-132) (*Dava İlişkisi*)
- Tuluay, Metin** : Medeni Yargılama Hukuku Ders Notları, Diyarbakır tarihsiz (*Ders*)
- Tuluay, Metin** : Delil Anlaşmaları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), tarihsiz yersiz (*Delil Anlaşması*)
- Tuna, Yalçın** : Usuli Muamelelerin Islahı Müessesesi, ABD 1954, Sayı: 1, (525-533) (*Usuli Muamelelerin*)
- Tuna, Yalçın** : Islah, ABD 1955, Sayı: 1, (595-604) (*Islah*)
- Turanboy, K. Nuri** : İbra Sözleşmesi, Ankara 1998
- Tüzel, Sadık** : Beyyineye Müteallik Mukaveleler, Adliye Ceridesi, 1938/10, (1601-1617)
- Ulukapı, Ömer** : Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, YD 1995/4 (395-442) (*Derdestlik*)
- Ulukapı, Ömer** : Medeni Yargılama Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991 (*Dava Arkadaşlığı*)
- Ulukapı, Ömer** : Medenî Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997 (*Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*)
- Uluslan, İlhan** : Maddî Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MUHAD 1971/7, (149-203)
- Umar, Bilge** : Kuru/ Yılmaz/ Arslan'ın "Medenî Usul Hukuku" Ders Kitabının 14. (Genişletilmiş) Basımı Üzerine, Yeditepe Üniversitesi HukFD, 2004/1, Cilt: I, (481-517) (*Ders Kitabının*)
- Umar, Bilge** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara), Ankara 2007 (87-129) (*Katkı*)

- Umar, Bilge** : Karar İncelemesi, İzBD 1991/1, (86–88) (*Karar İncelemesi*)
- Umar, Bilge** : İcra ve İflas Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973 (*İcra*)
- Umar, Bilge** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, TBBD 2007, Sayı: 68, (321-342) (*Değişikliklerin Başlıcaları*)
- Umar, Bilge** : Muhtevası ve Hukukî Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı, İÜHFM 1964 Sayı: 1–2, (244–263) (*İkrar*)
- Umar, Bilge** : Türk Medenî Usul Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHFM 1963, Sayı: 1–2, (261-298) (*İadei Muhakeme*)
- Umur, Ziya** : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975
- Uyar, Talih** : Türk Medeni Kanunu Cilt:2 Ankara 2002 (*Kanun*)
- Uyar, Talih** : İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davalarının Hukukî Niteliği ve Konusu, İBD C.58, Sayı: 10–12, (574–588) (*İcra*)
- Uygur, Gülriz** : Hukukî Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?, AÜHFD, 2003/3 Cilt: 52, (145-176)
- Ürcan, Gülümden** : Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Tespit Davaları, DEÜ Sosyal Bil. Enst., Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2009
- Üstündağ, Saim** : Medenî Yargılama Hukuku, Cilt: I-II, İstanbul 2000 (*Medenî*)
- Üstündağ, Saim** : İddia ve Müdafaaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967 (*İddia*)
- Üstündağ, Saim** : İflâs Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002 (*İflâs*)
- Üstündağ, Saim** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. Maddesinin 5. Bendine Dayanan Muhakemenin İadesi Talebine İlişkin Düşünceler, İÜHF 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973 (387- 401) (*445. Maddesinin*)

- Üstündağ, Saim** : Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtay'ı, Yargıtay Dergisi 1989, Özel Sayı (73-93) (*Mukayeseli*)
- Üstündağ, Saim** : 1711 Sayılı Kanunun Kanunyolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi, HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, (129-160) (*1711*)
- Üstündağ, Saim** : Bir Dava Ne Zaman Kısmi Davadır?, Yargı Dünyası 2005 Tanıtım Sayısı, (37-51) (*Bir Dava*)
- Üstündağ, Saim** : Kesin Hükmün Hukukî Haleflere Etkisi, İBD 1961, Sayı: 8-10, (227-235) (*Kesin Hükmün*)
- Üstündağ, Saim** : Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum, İÜHF 1962/1, Cilt: XXVIII (133-192) (*Temyizin Nakzından*)
- Üstündağ, Saim** : Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1971 (*Kanun Yolları ve Tahkim*)
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** : Medenî Hukukun Umumî Esasları, İstanbul 1945
- Von Hippel, Fritz** : Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Frankfurt am Main 1939
- Vogel, Oscar** : Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Bası, Bern 1995 (*Grundriss*)
- Vogel, Oscar** : Die Besprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1989, Bernischer Juristen Zeitschrift 1991, Band: 127, (277 vd) (*Besprechung*)
- Vollkommer, Max** : Zöller Zivilprozessordnung, 25. Bası, Köln 2005 (*Zöller Komm.*)
- Voßkuhle, Andreas** : Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003 (2193-2200)
- Wagner, Gerhard** : Prozeßverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998
- Walder (Richli), Hans Ulrich** : Die Offizialmaxime, Zürich 1973 (*Offizialmaxime*)
- Walder-Richli, Hans**

- Ulrich** : Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996
(*Zivilprozessrecht*)
- Walker, Wolf-Dietrich** : Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH, ZZP 111 (1998), Heft: 4 (429–454)
- Walter, Mende** : Die in den Prozessvergleich aufgenommene Klagerücknahme, Köln-Berlin-Bonn-München 1976
- Walther, Richard** : Klageänderung und Klagerücknahme, Köln-Berlin-Bonn-München 1969
- Wassermann, Rudolf,** : Der soziale Zivilprozess, Neuwied-Darmstadt 1978
- Weber, Friedrich** : Zur Problematik der Prozessführung des Konkursverwalters, KTS 1955
- Welzel, Hans** : Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, Berlin-Leipzig 1935
- Wertenbruch, Wilhelm** : Erwägungen zur materialen Rechtsstaatlichkeit, Festschrift für Hermann Jahrreis, Köln-Berlin-Bonn-München, (487–501)
- Weyers, Hans-Leo** : Über Sinn und Grenze der Verhandlungsmaxime im Zivilprozessrecht, Dogmatik und Methode, Festgabe für Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronberg 1975, (193-224)
- Wieczorek, Bernhard** : Zivilprozessgesetze und Nebengesetze, Berlin 1976
- Wieser, Eberhard** : Grundzüge des Zivilprozeßrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1986 (*Grundzüge*)
- Wieser, Eberhard** : Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, Bielefeld 1971 (*Rechtsschutzinteresse*)
- Windmann, Matthias** : Der Einfluß eines außergerichtlichen Vergleichs auf einen laufenden Rechtsstreit, Diss., Göttingen 2003
- Wolf, Manfred** : Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969 (*Anerkenntnis*)
- Wolf, Manfred** : Gerichtliches Verfahrensrecht, Hamburg 1978 (*Gerichtliches*)
- Wolf, Manfred** : Anmerkung, ZZP 103 (1990), Heft: 1 (79-84) (*Anmerkung (ZZP 103)*)

- Würthwein, Martin** :Umfang und Grenzen der Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozeß, Berlin 1977
- Yavaş, Murat** : Hükme Karşı Üçüncü Kişilerin Müracaat İmkânı, MİHDER 2008, Sayı: 11, (605-646)
- Yavuz, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996
- Yavuz, Nihat** : Uygulama ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Ankara 2001 (*Uygulama*)
- Yavuz, Nihat** : Sözleşmenin (Hukuksal İşlemle) Yüklenilmesi=Devredilmesi Kavramı Ve Bir Yargıtay Kararı, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Anlara 2009, (555-559) (*Sözleşmenin*)
- Yeşilirmak, Ali** : Amerikan Hukuk Enstitüsü Ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslararası Hukuk Usulü Prensipleri, MİHDER 2005, Sayı: 2, (391-407)
- Yıldırım, M. Kamil** : Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000 (*İstinaf*)
- Yıldırım, M. Kamil** : Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, Ankara 2005, (18-49) (*Çekişmesiz*)
- Yıldırım, M. Kamil** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'ndaki İlkeler ve Yargılamanın Yapısı Hakkında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008, (35-55) (*İlkeler*)
- Yıldırım M., Kamil** : Medenî Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri, MÜHF Huk. Araş. Der.1991, Cilt: 6, (23-50) (*Dava Konusu Teorileri*)
- Yıldırım, M. Kamil** : İcra ve iflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995 (*İptal Davaları*)
- Yıldırım, M. Kamil** : Medenî Usul Hukukunda Reformatio in Peius Yasağı, MÜHF 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, (145-177) (*Reformatio in Peius*)

- Yıldırım, M. Kamil** : Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (*Delillerin*)
- Yıldırım, M. Kamil** : Senetle İspat Kuralının Türk Medenî Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku (der. M. Kamil Yıldırım), (118-142) (*Senetle*)
- Yılmaz, Ejder** : Islah (medenî yargılama hukukunda), Değiştirilmiş 2. Bası, Ankara 2010 (*Islah*)
- Yılmaz, Ejder,** : Usul Ekonomisi, AÜHFD 2008, Sayı:1, (243-274) (*Usul Ekonomisi*)
- Yılmaz, Ejder** : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı” Üzerine Bazı Notlar, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara), (178-197) (*Notlar*)
- Yılmaz, Ejder** : Davada Taraf Değişikliği, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, 2009 Ankara, (569-596) (*Taraf Değişikliği*)
- Yılmaz, Ejder** : Avukatın Uzlaşma Yetkisi, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (843-856) (*Avukatın*)
- Yılmaz, Ejder** : Medeni Yargıda İnsan Hakları, TBBD 1996/2, (149-167) (*İnsan Hakları*)
- Yılmaz, Ejder** : (Medeni Yargılama Hukukunda) Yemin, Ankara 1989 (*Yemin*)
- Yılmaz, Ejder** : Savcılarının Hukuk Davalarındaki Görevleri, AÜHFD 1972, Sayı: 1-2, Cilt: XXIX, (255-288) (*Savcılarının*)
- Yılmaz, Ejder** : Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan (SÜHFD Sayı:1-2 1996), Konya 1996, (55-76) (*Hukuk Davaları Bakımından*)
- Yılmaz, Ejder** : Medenî Hukuk ve Usul Reformu (Aksak Adaletten İşleyen Adalet), Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı (Temmuz Ağustos 1996), Sayı: 10, (470-493) (*Medenî Hukuk ve Usul Reformu*)
- Yılmaz, Ejder** : Demokratik Alman Cumhuriyeti- Medeni Yargılama ve Takip Hukukunun Anahatları, AÜHFD 1980, Sayı:1-4 (327-420) (*Demokratik*)

- Yılmaz, Ejder** : Islah Yoluyla Dava Konusunun Artırılması, Özel Hukuk Ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu 11 Mayıs 2001, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, (95-111) (*Islah Yoluyla*)
- Yılmaz, Ejder** : Hukuk Davalarında Taraf Ehliyeti İle İlgili Bir İctihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri, Yargıtay'ın 120 inci Yılı Sempozyumu Özel Sayısı, YD Ocak-Ekim 1989, (202-232) (*Taraf Ehliyeti İle İlgili*)
- Yılmaz, Ejder,** : İstinaf, Ankara 2005 (*İstinaf*)
- Yılmaz, Ejder** : Hukuk Davaları Bakımından Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu, TBBD 1988/1, (131-155) (*Yasa Yollarına Başvuru Hakkı*)
- Yılmaz, Ejder** : Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 7. Bası, Ankara 2002
- Yücel, M. Tören** : Hukuk ve Hakikat, Ankara 2001
- Yüksel, Murat** : Hukukun Yönelimindeki Değişim, MÜHF-HAD 2007, Cilt: 13, sayı:1-2, (17-36)
- Zaluski, Wojciech** : Adalet Kavramı: Çözölmüş ve Çözölmemiş Sorunlar, Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008, Ankara 2009 (466-476)
- Zeiss, Walter** : Rechtskrafsterstreckung bei Teilklagen, BGH NJW 1968 (1305 vd) (*Rechtskrafsterstreckung*)
- Zeiss, Walter** : Die arglistige Prozeßpartei, Berlin 1967 (*arglistige*)
- Zeiss, Walter/ Schreiber, Klaus** : Zivilprozessrecht, 10. Bası, Tübingen 2003
- Zettel, Günther** : Der Beibringungsgrundsatz, seine Struktur und Geltung im deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin 1977
- Zeuner, Albrecht** : Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilstwirkung, (Karlsruhe 1974 (*Rechtliches Gehör*))
- Zeuner, Albrecht** : Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959 (*objektiven Grenzen*)

Zimmermann, Walter : Zivilprozessordnung, 6. Bası, Heidelberg 2002
(*Zimmermann Komm.*)

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
Ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009).

Duden, **Das Stilwörterbuch**, 7. Bası, Mannheim-Wien-Zürich 1988

Duden, **Das Herkunftwörterbuch**, 2. Bası, Mannheim-Leipzig-Wien-Zürich 1997

Türk Dil Kurumu, Mükemmel Osmanlı Lûgatı, Yayın No: 802, Ankara 2002,

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. Bası, Yayın No:549, Ankara 2005,

Türk Hukuk Lûgatı, Türk Hukuk Kurumu, 3. Bası, Ankara 1991,

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Cilt:2