

Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hâkimin Reddi

Cansu Aliye Cangızbay

Lisansüstü Eēitim, ēretim ve Araştırma Enstitüsüne Hukuk Yüksek
Lisans Tezi olarak sunulmuştur.

Doēu Akdeniz niversitesi
şubat 2023
Gazimaēusa, Kuzey Kıbrıs

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü onayı

Prof. Dr. Ali Hakan Ulusoy
L.E.Ö.A. Enstitüsü Müdürü

Bu tezin Hukuk Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarım.

Prof. Dr. Turgut Turhan
Hukuk Fakültesi Dekanı

Bu tezi okuyup değerlendirdiğimizi, tezin nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarız.

Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz
Tez Danışmanı

Değerlendirme Komitesi

1. Prof. Dr. Cumhur Rüzgaresen

2. Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz

3. Doç. Dr. Emel Hanağası

ÖZ

Gerçek adalet, yalnızca yargı yetkisini kullanan hâkimin tarafsızlığı, dürüstlüğü, güven verici tutum ve davranışları ile adalet duygusunun her birey için üstün tutulmasıyla gerçekleştirilebilir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 36 ile 44. maddeleri arasında düzenlenmiş olan hâkimin reddi kurumu, temelinde tarafsızlık ilkesiyle birlikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin birçok hususu içinde barındırır ve adil yargılanabilmenin temel güvencelerinden birini teşkil eder. Çalışmada, hâkimin reddedilmesine ilişkin hükümler, tarihsel gelişimi ile çeşitli hukuk çevrelerindeki yeri, önemi ve teorik temelleriyle ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Aynı zamanda tarafsızlık kavramının medeni yargılama hukukundaki yeri, reddin hukuki temelini aydınlatmaya yardımcı olacak şekilde ifade edilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda sayılan ret sebepleri ile hâkimin tarafsızlığından şüpheye neden olan diğer haller ve reddin bir hukuk davasına etkisi, işleyişi ve sonuçları, doktrinde tartışılan hususlar, uygulamada karşılaşılan sorunlarla değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Geçmişten bu yana bütün hukuk çevrelerinde var olan hâkimin reddi konusuna ilişkin iddia sahibi olmayan bu çalışma, yargılama hukukunda tarafsızlığın önemi ve reddin amaç dışı kullanımına dikkat çekebildiği ölçüde amacına ulaşmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ret, Hâkimin Reddi, Redd-i Hâkim, Yargıcın Reddi, Tarafsızlık, Hâkimin Tarafsızlığı, Hâkimlerin Tarafsızlığı, Yargı Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı.

ABSTRACT

Real justice can be achieved by the judge being impartial, honest, acting reassuringly and keeping the sense of justice superior for everyone. The institution of recusal of the judge, regulated between Articles 36 and 44 of Turkish Civil Procedure Code, contains many issues related to fundamental rights and freedoms, together with the principle of impartiality, and as an important element of the independence of the judiciary, it constitutes the basic guarantee of a fair trial and therefore the prerequisite for the state of law.

In this study, the institution of recusal of the judge, which is the reflection of the principle of impartiality, which is at the base of a trial, will be examined by the Turkish civil judiciary rules.

The subject will be examined with its historical development and theoretical foundations. At the same time, impartiality has been studied in a way to help illuminate the theoretical basis of the subject with its place in civil procedure law. Therefore, the motifs for recusal, which listed in the Turkish Civil Procedure Code and other situations that cause doubts about the impartiality of the judge, the effect of the recusal of judge on a legal case, will be examined with the results have been evaluated and the points in doctrine and practice.

This study on the institution of recusal, which has existed in all legal systems since the past, will have achieved its purpose as long as it draws attention to the importance of impartiality and the misuse of recusal in judicial law.

Keywords: Recusal, Refusal of Judge, Recusatio, Impartiality, Impartiality of the Judge, Impartiality of Judges, Bias.

TEŞEKKÜR

Annem Gül Cangızbay’a, babama ve ailem bildiğim Prof. Dr. Metin Gürkanlar ve Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz hocalarıma, derin sevgi, saygı ve minnetle...

Prof. Dr. Ramazan Arslan, Doç. Dr. Emel Hanağası, Doç. Dr. Arzu Alibaba, Dr. Emine Koçano Rodoslu ve Dr. Hakan Bilgeç hocalarıma ayrıca saygılarımı sunar ve teşekkürü borç bilirim. Ve tabi, Demet Onat Safaoğlu, Zalihe Hüdaoğluları ve Emine Oranlı’ya saygı ve sevgiyle.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
TEŞEKKÜR	v
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
1 HÂKİMİN REDDİ KONUSUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE HÂKİMİN REDDİNİN TEORİK TEMELLERİ	5
1.1 Hâkimin Reddi Konusuna İlişkin Düzenlemelerin Dayanağı	5
1.1.1 Roma Hukukunda Hâkimin Reddi	6
1.1.1.1 Genel Olarak	6
1.1.1.2 Iustinianus Dönemi	8
1.1.2 Kanonik (Canonishe) Yargılama Hukukunda Hâkimin Reddi	11
1.2 Hâkimin Reddine İlişkin Düzenlemelerin Tarihsel Gelişimi	14
1.2.1 Çeşitli Hukuk Sistemlerinde	16
1.2.1.1 Alman Hukuku	16
1.2.1.2 İsviçre Hukuku	20
1.2.1.3 Fransız Hukuku	25
1.2.2 Türk Hukukunda	29
1.2.2.1 Cumhuriyet Öncesi Dönem	29
1.2.2.2 Cumhuriyet Sonrası Dönem	34
1.2.2.2.1 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Hâkimin Reddi	36

1.2.2.2.2 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda Hâkimin Reddi.....	41
1.3 Hâkimin Tarafsızlığı ve Dava ve İşlere Bakamaması	47
1.3.1 Hâkim Kavramı	47
1.3.1.1 Tanım	47
1.3.1.2 Hâkimin Yargılamadaki Rolü ve Nitelikleri	50
1.3.2 Hâkimin Tarafsızlığı.....	53
1.3.2.1 Genel Olarak Tarafsızlık Kavramı	53
1.3.2.2 Tarafsızlığı Sağlayan Kurumlar Olarak Hâkimin Yasaklılığı ve Reddi.....	57
1.3.2.2.1 Yasaklılık Halleri	59
1.3.2.2.2 Tarafsızlığı Şüpheyi Düşüren Diğer Haller (Haklı Şüphe Nedenleri)	61
2 HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNA GÖRE HÂKİMİN REDDİ SEBEPLERİ.....	64
2.1 Genel Olarak	64
2.2 Ret Sebeplerinin Kaynağı: Hâkimin Tarafsızlığından Şüpheyi Gerektiren Önemli Sebep Bulunması.....	65
2.3 Kanunda Gösterilen Ret Sebepleri	67
2.3.1 Hâkimin Davada Taraflardan Birisine Yol Göstermiş veya Öğüt Vermiş Olması.....	67
2.3.2 Hâkimin Davada Taraflardan Birisine veya Üçüncü Kişiye Kanunen Gerekmediği Halde Görüş Açıklamış Olması	71
2.3.3 Hâkimin Davada Çeşitli Sıfatlarla Yer Almış ya da Uyuşmazlıkta Arabulucu veya Uzlaştırmacı Sıfatıyla Görev Yapmış Olması.....	77

2.3.3.1 Hâkimin Daha Önce Davada Tanık Olarak Dinlenmiş Olması	79
2.3.3.2 Hâkimin Davada Bilirkişi Olarak Görev Yapmış Olması.....	81
2.3.3.3 Hâkimin Daha Önce Davada Aynı Sıfatla Hareket Etmiş Olması	82
2.3.3.4 Hâkimin Daha Önce Davada Hakemlik Yapmış Olması.....	84
2.3.3.5 Hâkimin Uyuşmazlıkta Arabulucu ya da Uzlaştırıcı Olarak Görev Almış Olması	85
2.3.4 Davanın, Hâkimin Dördüncü Derece Dâhil Yansoy Hısımlarına Ait Olması.....	87
2.3.5 Hâkimin Taraflardan Birisiyle Arasında Düşmanlık veya Dava Bulunması.....	89
2.4 Diğer Sebeplerin Değerlendirilmesi.....	91
3 HÂKİMİN REDDEDİLMESİ USULÜ VE SONUÇLARI.....	98
3.1 Tarafların Hâkimi Reddetmesi	99
3.1.1 Ret Talebi İleri Sürebilecek Olanlar	99
3.1.1.1 Genel Olarak	99
3.1.1.2 İradi Temsil Halinde	100
3.1.1.3 Dava Arkadaşlığı Halinde	101
3.1.1.4 Davaya Müdahale Halinde.....	105
3.1.2 Ret Talebinin İleri Sürülmesi	108
3.1.2.1 Reddin Süresi	108
3.1.2.2 Ret Talebinin Şekli.....	109
3.2 Hâkimin Çekilmesi (Hâkimin Kendisini Reddetmesi).....	111
3.3 Ret Talebinin Geri Çevrilmesi	114
3.4 Ret Talebini İncelemeye Yetkili Mercii.....	116
3.5 Ret Talebinin Mercii Tarafından İncelenmesi.....	117

3.6 Ret Talebi Hakkında Karar Verilmesi ve Hâkimin Reddedilmesinin Sonuçları	120
3.6.1 Ret Talebinin Kabulü.....	120
3.6.1.1 Yargı Yerinin Belirlenmesi	120
3.6.1.2 İşlemlerin İptal Edilebilirliği.....	122
3.6.2 Ret Talebinin Reddi.....	125
3.6.2.1 Genel Olarak	125
3.6.2.2 Kötü Niyetle Yapılan Ret Talepleri ve Mercî Tarafından Verilecek Disiplin Para Cezası	126
3.7 Ret Talebini İnceleyen Yetkili Mercî Kararlarına Karşı Kanun Yolları	129
SONUÇ	133
KAYNAKLAR	139

KISALTMALAR

AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	Artikel / Article
bkz.	Bakınız
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CLJ	Code de l'organisation Judiciaire
CPO	Civilprozeßordnung
dpn.	Dipnot
E.	Esas
HMK	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK	Hâkimler ve Savcılar Kurulu
HUMK	1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
HUAK	6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
K.	Karar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov.	Novellae
OLG	Oberlandesgerichte
s.	Sayfa
S.	Sayı
StPO	Strafprozeßordnung
T.	Tarih

TMK	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZPO	Zivilprozeßordnung

GİRİŞ

Bilindiği üzere, hukuk kurallarını adaletli bir şekilde uygulamak ve toplumda düzeni bozmadan korumak görevi, millet adına yargı yetkisini kullanan bağımsız ve tarafsız hâkimlere verilmiştir (Anayasa m. 9). Hâkimler, tam bir tarafsızlıkla, Anayasa, kanun ve vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelidir (Anayasa m.138).

Kavram ve ilke olarak hâkimlerin tarafsızlığı, yargılamanın kendisi kadar eskidir. Geçmişten bu yana tüm toplum ve hukuk çevrelerinde, adaleti gerçekleştirebilmenin yanında adaletin sağlandığının görülmesi amacıyla herkesin tarafsız mahkeme/hâkim önünde hukuki himaye talep edebilmesi için muhtelif çabalar gösterilmiştir.

Hâkimin reddedilebilmesinin temelinde de, adalete olması gereken güvenin üst düzeyde tutulabilmesi amacı yer alır.

Medeni yargılama hukukumuzda hâkimin reddi konusundaki düzenlemeler, temelinde tarafsızlıkla birlikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin birçok hususu içinde barındırmasıyla tüm yargılamalar bakımından geçerlilik taşıyan ve vazgeçilmesi kabil olmayan adil yargılanma hakkı¹ çerçevesinde, doğru anlaşılabilmeli ve doğru yorumlanabilmelidir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, hukuk davalarının doğru şekilde yürütülebilmesi ve adil yargılanma hakkının herkes için eşit mesafede, ulaşılabilir bir hak olması, kanunların doğru şekilde anlaşılıp, uygulanması bir yana; her şeyden önce, zaten tarafsız olması gerektiği bilinciyle yetiştirilmiş ve kişisel tercihleri bir yana mesleğini gereği gibi ifa edebilmesine imkân verilmiş hâkimlere;

¹Adil yargılanma hakkının etik bir temeli bulunan, usule ilişkin genel bir şart olarak nitelendirilmesi hk. Tanrıver, S., “*Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.53, 2004, s. 192.

dolayısıyla da, yargının bütünüyle devletin yürütme organından bağımsız olabilmesine bağlıdır². Bunun için ülkemizde henüz, aşılması gereken başka meseleler yok değildir³.

Çalışmada, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nu ve ilgili mevzuatın yanı sıra konunun müşterek hukukun oluşumuna dayanan temeline ve tarihsel gelişimine de yer verilmeye çalışılmıştır. Böylelikle, öteden beri hâkimin tarafsızlığına duyulan ihtiyaçla konunun medeni yargılama hukuku bakımından önemi ve yeri ortaya koyulmak istenmiştir.

Birinci bölümde, hâkimin tarafsız olması gerektiği yönündeki anlayış ve bunun sağlanması için öngörülen esasların tarihsel gelişimi, müşterek hukuk kurallarının temelinde ortaya koyulacaktır. Bunun için, Roma yargılama hukukunda ve kanon (kilise hukuku) yargılama esaslarında; daha sonrasında ise 18. yüzyıl sonlarından itibaren İsviçre, Alman ve Fransız hukuk sistemlerindeki düzenlemelerde hâkimin reddedilebilmesine yer verilmiştir. Devamında, Cumhuriyet öncesi, Osmanlı döneminde uygulanan İslam hukuku ile Cumhuriyet sonrası çağdaş Türk hukukunda hâkimin reddi ve konunun her iki süreçteki gelişimiyle dayanakları incelenecektir. Türk medeni yargılama hukuku bakımından, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve bu kanunda yapılan değişiklikler yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabulüne kadar hazırlanan tasarılar çerçevesinde açıklama yapılmaya çalışılmıştır.

Birinci bölümün devamı, konunun teorik çerçevesinin, kavram ve meslek olarak hâkimin, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından olan tarafsızlık ilkesi çerçevesinde açıklanmasını içerir. Sırasıyla hâkim ve hâkimin yargılamadaki rolü ile

²Hukuk davalarının maddi gerçeğe ve adalete varır şekilde en çabuk ve etkili biçimde çözümlenmesi gerektiği ve alınabilecek tedbirler hk. Yılmaz, E., “*Aksayan Adaletten İşleyen Adalete*”, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996, s.470-493; Yılmaz, E., Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler, Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996 s.55-78.

³İlgilisi için bkz. Mumcu, U., Yolsuzluk Şiddet Bağımlılık, 1999.

hâkimde bulunması gereken niteliklere değinilecek, tarafsızlık kavramı, sübjektif ve objektif yönleriyle ele alınacaktır. Hâkimin tarafsız olması gereği ve tarafsızlık ilkesi, bölgesel ve uluslararası anlamda öngörülen yargısal etiğe ilişkin kurallarla değerlendirilmiştir. Bölümde son olarak, medeni yargılama hukukumuzda hâkimin tarafsızlığının mutlak şekilde zarar gördüğü kabul edilen yasaklılık sebepleri ile bu sebeplerin dışında kalan ancak tarafsızlıktan şüphe duyulmasına sebep olan, böylelikle hâkimin reddinin konusunu oluşturan haklı şüphe sebepleri tanımlanacak, hâkimin yasaklılığı ve reddini ayıran hususlara değinilecektir.

İkinci bölümde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 36. maddesine göre ret sebepleri incelenmiştir. İlk olarak ret sebeplerinin kaynağını teşkil eden "tarafsızlıktan şüpheyi gerektiren önemli sebep" kavramı açıklanacak, ardından, kanunda özel olarak sayılmak suretiyle varlığı tarafsızlıktan şüpheyi gerektirdiği kabul edilen haller incelenecektir.

Kanunda gösterilen ret sebeplerinin dışında kalıp hâkimin tarafsızlığı hakkında şüpheyi yol açabilecek diğer sebepler, ikinci bölümün son kısmında, 36. maddenin ilk cümlesi; "hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli sebebin bulunması" çerçevesinde özel olarak değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölüm, hâkimin reddi talebinin kim/kimler tarafından, nerede, nasıl ve ne şekilde ileri sürülebileceği, hangi koşullarda, hangi kurallar dâhilinde incelemeye tâbi tutulacağı ve hâkimin reddini gerektiren sebeplerin yargılamada öne sürülmesinin yargılamanın gidişatına etkisiyle birlikte sonuçlarıyla ilgilidir. Önce, yargılamada taraf kavramı ile ret talebini ileri sürebilecek olan süjeler incelenecek, daha sonrasında 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla⁴ birlikte değişikliğe uğrayan ret usulü ve ret talebinin

⁴RG 28.07.2020, S. 31199.

incelenmesine dair esaslar ortaya koyulacak ve son olarak da hâkimin reddedilmesi sonuçları ile ret talebi hakkında karar vermekle yükümlü merci hakkındaki kararlara karşı kanun yollarına değerdendirilecektir.

Çalışma, genel bir değerdendirmeyle sona erecektir.

Bölüm 1

HÂKİMİN REDDİ KONUSUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE HÂKİMİN REDDİNİN TEORİK TEMELLERİ

1.1 Hâkimin Reddi Konusuna İlişkin Düzenlemelerin Dayanağı

Ortaçağ sonlarından Fransız devrimine kadar Batı ve Orta Avrupa'nın bütününe egemen olan iki hukuk vardı; Roma hukuku ve kanonik hukuk⁵. Kökeni ve modeli Corpus Iuris Civilis⁶'e dayanan bu iki hukuk çevresi, 11. yüzyıldan itibaren Avrupa'da müşterek bir yasal düşünce bütünü ve hukuk eğitiminin temelini oluşturmuştur⁷.

Hâkimin reddi konusunun bugünkü anlamını doğrudan doğruya Roma-kanonik yargılama hukuku kuralları ile bu kuralların Iustinianus derlemesinde (Corpus Iuris Civilis) saptanan biçimiyle uygulanmasını temsil eden müşterek hukukun teori ve pratiğinden aldığı görülmektedir.

⁵Roma hukuku ve kanonik hukuk (kilise hukuku) temelleri, Avrupa'da ortaya çıkışı, yeri ve önemi, etkileri hakkında; Zimmermann, R., “*Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*”, *JuristenZeitung*, s. 8-20; Umur, Z., *Roma Hukuku: Tarihi Giriş*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982; Öztekin, S., “*Roma Medeni Usul Hukukuna Ana Hatları*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. (1-4), 1985, 335-372; Di Marzo, S., Çeviren: Umur, Z., *Roma Hukuku*, İstanbul 1954, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

⁶Corpus Iuris Civilis, M.S. 529'da Bizans imparatoru Iustinianus tarafından emredilen Roma hukukunun derlenmesine verilen isimdir.

⁷Zimmermann, s. 11; Roma hukuku ile doğal hukuk anlayışının bütünüyle modern hukuka yansımaları gösteren ilk çalışma, 631'de hazırlanan “Hollanda Hukukuna Giriş” eseridir. Aydınlanma çağına devamında; 1811'de Avusturya Medeni Kanunu, 1794'de Prusya ve 1804 Fransa Medeni Kanunu (Napolyon Kanunu) Roma ve kanonik hukuk gelenekleriyle şekillenmiş, bugünkü hukuk çevrelerine temel teşkil etmiştir.

Bu konudaki gelişmeleri, bugünkü hukuk çevrelerine nasıl yansıdığını ve bu konudaki düzenlemeleri ayrıntılı incelemek, günümüz yargılama hukukunda ve hukukumuzda hâkimin reddi kurumunun yerinin ve öneminin daha iyi ortaya koyulabilmesi için gereklidir.

1.1.1 Roma Hukukunda Hâkimin Reddi

1.1.1.1 Genel Olarak

Roma hukukunda haklar, zamanla değişen ihtiyaçlar karşısında birbirinin yerini alan iki yargılama sistemiyle tespit edilip korunmuştur⁸. Bu sistemlerden ilki, yargı fonksiyonunun tümüyle özel kişilere bırakıldığı özel yargılama sistemi⁹; diğeri, yargılama yetkisinin devlete ait olduğu, sistem dışı yargılama usulüdür.

Roma hukukunun gelişimini sağlayan özel yargılama sisteminde, seçimi ile görevlendirilmesi bizzat tarafların anlaşması esasına dayanan ve sorumluluğu vakıaları tahkikten öteye gitmeyen¹⁰ hâkimin, tarafsızlığından şüphe duyulduğu gerekçesiyle reddi söz konusu edilmemiştir¹¹. Nitekim taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek üzere seçecekleri hâkimin kim olacağı hususunda anlaşana dek

⁸ Tarihi gelişimi itibariyle Roma medeni yargılaması, *legis actio*'lar, *formula* ve sistem dışı yargılama usulleri olmak üzere üç farklı aşamadan geçmiştir. İlk iki sistemin ortak özelliği, davaların iki aşamada görülmesi ve uyuşmazlığı karara bağlayan hâkimin devlet memuru değil, özel kişi olmasıdır. Bu nedenle *legis actio* ve *formula* sistemleri, aynı isimle; özel yargılama sistemi olarak anılmaktadır. Öztek, Roma, s. 337- 338.

⁹ *Legis actio*, kanuni dava şekli olarak Türkçeye çevrilir. Uyuşmazlık içindeki taraflar, bu dava kalıplarından kendi uyuşmazlıklarına uygun olanı seçmekle görevlilerdi, bkz. Di Marzo s.112; Gaius tarafından sayılan, usul hukukuna ilişkin kalıplar hakkında bkz. Çelebican Karadeniz, Ö., Roma Hukuku, Ankara 2019, s. 283- 284.

¹⁰ Hâkimler, uyuşmazlık önlerine geldiği aşamada (*apud iucidem*) daha önce *Praetor* (taraflar arasındaki çekişmeli meseleyi çözmek değil, dava hakkının tanınıp tanınmayacağına karar verme yetkisine sahip olan makamı, Roma hukukunda yeni hakların ve yeni kuralların ortaya çıkmasında büyük rol oynamıştır, bkz. Özkan Sungurtekin, M., Özdemir Türkoğlu, G., Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008, s. 21- 22.

¹¹ Söğütlü Erişgin, Ö., “Roma Hukuku’nda Yargıcın Reddi”, AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 97. Aynı yönde, Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir, s. 27. On iki levha kanunu döneminde ve M.S. ikinci yüzyılda, hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi nedeniyle cezalandırılması değil, taraflar arasındaki durumu kendi lehine kullanması yasaktı. Bu nedenle hâkimin rüşvet alması, bir tarafı kayırması veya düşmanlık içinde karar vermesi kabul edilemezdi. Bu durum ise usuli bir araç değil, haksız fiil sorumluluğu altında düzenlenmiştir. Yetkisini kötüye kullanan hâkimin karşılaşıacağı sorumluluk halleri için bkz. Öztek, s. 345; Karakocalı, s. 128- 186.

birbirlerinin önerisine itiraz etme hakkına sahiptir¹². Bu bağlamda yapılan itirazın ise, hâkimin reddedilmesi anlamına gelmediği açıktır.

İlk imparatorluk dönemiyle benimsenen ve Iustinianus döneminde varlığını sürdüren sistem dışı yargılama usulünde ise devlet, yargı yetkisini bütünüyle üstlenmiş; davalar, başından sonuna dek doğrudan doğruya imparatora, yani devlete bağlı hâkimlerle yürütülmeye başlamıştır¹³. Diğer bir ifadeyle, adalet, devletle yargı örgütünün başında yer alan imparator ile onun atadığı hâkimler tarafından sağlanmaktadır¹⁴. Sistem dışı yargılama sisteminde imparator adına görev yapan hâkimlerin, davaların yürütülmesi ile taraflar üzerinde geniş bir otoritesi vardır¹⁵. Bu husus, yargılamada taraf iradesinin belirleyici olması unsurunu zayıflatmış; özel yargılama sisteminde yalnızca kendisine sunulanları belli bir çerçevede değerlendirmek zorunda olan hâkimler artık tarafları ve onların avukatlarını yönlendirme, tarafları sorgulama, delilleri inceleme ve dava hakkı ile dava koşullarının saptanmasından sonra ortaya çıkan yeni durumları değerlendirme yetkilerine sahip olmuştur¹⁶. Bu bakımdan hâkimin, kendisine tanınan yetki çerçevesinde tarafsızlığa aykırı davranabilmesi veya tarafsız olsa dâhi, aksinin iddia edilmesi mümkün hale gelmiştir.

Görüldüğü üzere, sistem dışı yargılamada hâkimin görevini iyi şekilde yerine getirememesi ve dava sonucunda haksız bir karar vermesi mümkündür ve bu, devlet iradesinin bir ifadesidir. Bu durumda, hâkimin değil, temsil ettiği otoritenin adaleti sorgulanabilir hale gelecektir¹⁷. Dolayısıyla ve kuşkusuz, tarafların dava sürecine

¹² Karakocalı, s. 67.

¹³ Karadeniz Çelebican, s. 314- 315.

¹⁴ Di Marzo, s. 110- 115; Söğütlü Erişgin, s. 103.

¹⁵ Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir, s. 27.

¹⁶ Codex Iustinianus 4.20.16; 4.1.12. ve 3.1.9; bkz. Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir, dpn. 23, 24. (Çalışmanın devamında, Codex ifadesi, “Cod.” kısaltmasıyla anılacaktır).

¹⁷ Söğütlü Erişgin, s. 105.

müdahalesinin sınırlı olması karşısında, olası bir “*iudex suspectus*”¹⁸ durumunun önlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Gerçekten de ilk olarak bu dönemde yargılamanın sonucunda verilen karara karşı *provocatio* yoluyla üst derece merciye başvuru hakkı; *appellatio* tesis edilmiş¹⁹; böylelikle taraflar, hâkimin kararıyla ortaya çıkan haksız ve adaletsiz durumdan “*appellatio*” aracılığıyla kaçınabilmiştir²⁰. Romalı hukukçular, sözü edilen kavramla yalnızca taraf menfaatinin değil, haksız kararlar birlikte ortaya çıkan düzensizlik tehlikesinin önlendiğini de düşünüyorlardı. İşte, “temyiz” ve “istinaf” kavramlarının temelinde de, sadece münferit hak sahibinin hakkına değil, kanun ve kanun koyucunun iradesine hizmet eden “*appellatio*” yer almaktadır²¹.

“*Appellatio*” ile hâkimin kararına karşı bir üst merciye itiraz edilebiliyor ve uyuşmazlığın mahkeme önünde yeniden sonuca bağlanması talep edilebiliyor olsa da, yukarıda açıklandığı üzere henüz, tarafsızlığından şüphe duyulan ve bu sebeple “*iudex suspectus*” olarak tanımlanan hâkimin, davadan alıkoyulması ve yargılamaya devam edememesi talep edilemezdi.

1.1.1.2 Iustinianus Dönemi

Roma hukukunda davaların başından sonuna dek adil bir şekilde gerçekleştiğinin görülmesi için hukuki bir kurum (*auxilium*) olarak hâkimin reddi; “*recusatio*” ilk kez, Iustinianus (527-565) tarafından hazırlatılan Corpus Iuris Civilis

¹⁸Kavram “şüphe uyandıran hâkim/yargıç”: “suspected judge” anlamına gelir, Marchant, J.R.V., Charles, Joseph F., Cassell's Latin Dictionary (Latin English and English Latin), New York 1929, Funk & Wagnalls Company, s. 555. Latince, “*iudex suspectus*”/şüpheli hâkim; taraflardan birine daha yakın olan veya önyargılı olan; taraflı olduğu görünümü çizen, rüşvet alan ya da sahtekarlık/dolandırıcılık yapan hâkim veya hakemi ifade etmektedir, Fellmeth, A. X., Horwitz, M., Guide to Latin in International Law, 2009, Oxford University Press, s. 146.

¹⁹Söğütü Erişgin, s. 105.

²⁰“*iudex suspectus*” durumunda, *appellatio* yolunun kullanılacağına dair İmparator Valentinianus döneminde de kurallar getirilmiştir; (Nov. Valentinianus III. 35.16).

²¹İmparator Augustus tarafından kabul edilen itiraz yolları, İmparator Valentinianus tarafından tam bir usul mekanizması haline getirilmiştir, Cod. 11. 30. 58, Monreal, A. A., “*The Recusatio Iudicis Suspecti In The Roman Law And Its Historical Fluctuations*”, Revista De Investigación De La Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III, C.1, S.1, 2015, s. 175.

ile kabul edilmiştir. Konu hakkındaki ilk ifadenin, Corpus Iuris Civilis'nin üçüncü bölümü olan Codex²² içerisinde, 3.1.12.1.'de yer aldığı kabul edilir.

Cod. 3.1.12.1.²³: "...Eğer taraflardan biri haklı sebeplere dayanarak *litis contestatio*'dan önce yargıcı²⁴ reddederse, bu durumda başvuru gereğince, en yüksek yargı organı ya yeni bir yargıç atar ya da mevcut yargıç ile birlikte görev yapmak üzere ortak bir yargıç belirler".

Metinde, görülmekte olan bir davanın taraflarına iddiaların ve karşı iddiaların dinlenmesi; *litis contestatio*²⁵ sona erinceye dek hâkimi reddetme hakkı açıkça tanınmıştır. Bu durumda, en yüksek yargı organı; imparator, yargılamayı yürütmek üzere başka bir hâkim ya da ikinci bir hâkim atar.

Hâkimin reddedilebilmesi için haklı bir sebebe ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Ancak metinde bu haklı sebebin ne olabileceği, başka bir deyişle, hangi sebeplerin hâkimin reddine yol açacağıyla ilgili herhangi bir bilgi verilmemiştir. Konuya ilişkin daha sonraki düzenlemelerde de hâkimin reddedilebileceği haklı sebeplere örnek verilmemiş; yalnızca “*suspicio*” ve “*iudex suspectus*” kavramları kullanılmıştır²⁶.

Iudex suspectus, tarafsızlığından şüphe duyulan/davranışlarına güvenilmeyen hâkim; *suspicio*, genel anlamda şüphe uyandıran kişi/şüpheli anlamına gelir²⁷. O halde, önemli olan, tarafsızlıktan şüphe duyulmasıdır ve şüphenin her bir olay için ayrıca değerlendirileceği, bundan hareketle sınırlı sayıda haklı sebep kategorisi belirlenmediği kabul edilmelidir²⁸.

²²Söğütlü Erişgin, s. 107.

²³Monreal, s. 176, madde çevirisi için Söğütlü Erişgin, s. 107.

²⁴Çevirilerde kullanılan “yargıç” ifadesi, çalışmanın bütününde kullanımı tercih edilen “hâkim” kelimesiyle değiştirilmemiştir.

²⁵Akıncı, Ş., Roma Hukuku Dersleri, Konya 2012, s. 356; Umur, s. 128 ve genel bilgi için Söğütlü Erişgin, s. 99 ve dpn. 7.

²⁶Söğütlü Erişgin, s. 103.

²⁷Yukarıda, dpn. 20.

²⁸Söğütlü Erişgin, s. 107.

Hâkimin reddedilmesi hakkında ayrıntılı bilgiye yer veren ve konuya netlik kazandıran bir sonraki ifadede (Cod. 3.1.16.) önce, hâkimin reddine ilişkin taleplerin yazılı bir şekilde yapılması, sonrasında bu taleplerin, iddiaların ve karşı iddiaların dinlenmesine dek ileri sürülmesi gereği dile getirilmiştir. Bu husus, yargılamaların makul sürede ve düzenli şekilde yürütülebilmesini hedefleyen ve çağdaş hukuk çevrelerinde önemle korunan usul ekonomisi ilkesini hatırlatmaktadır²⁹. Nitekim Cod. 3.1.16. ile açıkça belirtildiği üzere, yargılamanın her aşamasında tarafların hâkimi reddetmesine izin vermek, davaların sürüncemede kalmasına yol açar³⁰.

Cod. 3.1.16., hâkimin reddine ilişkin kurallarla birlikte Roma İmparatorluğu'nda hâkimin reddini mümkün kılan gerekçeyi, bütün bir yargılamanın hâkimin şüphe altında bulunmaksızın ve tarafların güven duygusu zedelenmeksizin yürütülmesi şeklinde açıklamaktadır³¹.

Reddin sonuçlanması bakımından ise, iki farklı seçenek öngörülmüştür. Bunlardan ilki, başka bir hâkimin davaya bakmak üzere atanması, diğeri; davaya mevcut hâkimle birlikte devam edecek ikinci bir hâkimin seçilmesidir³². Her iki seçenekte de karar verme yetkisi, en yüksek yargı organı olan imparatora aittir.

Dönemin daha sonraki metinlerinde davaya devam etmek üzere yeni bir hâkimin mi atanacağı yoksa ikinci bir hâkimin mi görevlendirileceği konusunda tercih yapmanın tarafların iradesine bırakıldığı görülmektedir³³. Cod. 3.1.12.1. aksine, artık davanın yeni bir hâkimle mi yürütüleceği yoksa mevcut hâkimin yanına ikinci bir hâkimin mi atanacağı konusunda karar verme yetkisi, davalıya aittir. Davalı bu süreçte,

²⁹Medeni yargılamada usul ekonomisi ilkesi hk. ayrıntılı inceleme için, Rüzgaresen, C., Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, 2013, Ankara.

³⁰Cod. 3.1.16., Söğütlü Erişgin, s. 109.

³¹Söğütlü Erişgin, s. 108.

³²Monreal, s. 181- 182.

³³Nov. 53.3, Söğütlü Erişgin, s. 110- 111.

karar verip vermemekte serbesttir. Davalıya, davacının iddiasını kabul etmek ve sulh yoluna gitmek üzere süre verilmiştir.

Zamanla, her iki tarafın da yargılamada hâkimi reddedebileceği kabul edilmiştir. Böylelikle yargılamada taraflar arasında hakkaniyete uygun bir denge sağlanmaya çalışılmıştır.

Hâkimi reddeden tarafın kendi talebi üzerine atanan hâkimi yeniden reddetmesine izin verilmemiştir³⁴. Bu kural, hem keyfi veya kötü niyetli davranışları engellemek, bu sayede tarafların mahkemeye güvenmesini sağlamak yanında yargılamanın uzamaması yönünden önem taşımaktadır.

Roma medeni yargılaması bakımından kabul edilen tüm bu kurallara baktığımızda, hâkimin reddedilebilmesinin zamanla değişen ihtiyaçlarla ortaya çıkan sistem dışı yargılama usulünün uygulanmasıyla kabul edildiği ve yargılamada hâkimin tarafsızlığının, henüz yargı bağımsızlığından söz edilemezken, adaletin sağlandığının görülmesi ihtiyacı doğrultusunda hukukun bütününe ilgilendiren bir mesele haline geldiği görülmektedir. Daha sonrasında müşterek hukuka yansıyan düzenlemeler, Iustiniaus kanunları çerçevesinde şekillenmiş ve temelleri, bu dönemde ortaya çıkan esaslara ve kurallara dayandırılmıştır.

1.1.2 Kanonik (Canonishe) Yargılama Hukukunda Hâkimin Reddi

Roma- kanonik yargılama hukuku ve uygulanış biçimi, bugünkü kıta Avrupası hukuk çevresiyle bu çevreyi oluşturan anlayışın temel kaynağını teşkil eder³⁵. Hâkimin

³⁴Nov. 53.4, Söğütlü Erişgin, s. 110- 111.

³⁵Helmholz, R., “*Canonists and Standards of Impartiality for Papal Judges Delegate, Traditio*”, S. 25, 1969, s. 386, 390 ve dñn. 38. Ayrıca bkz. Giancola, A., “*The Development of Recusation Iudicis and the Rise of Aequitas*”, Unbound: A Review of Legal History and Rare Books, S. 9, 2016, s. 13; 13. yüzyıldan önce, bir hâkimin davaya mutlak surette bakamayacağı haller belirtilmiş, bunlar doğadan; kanundan ve gelenekten olmak üzere üç sınıfta incelenmiştir. Doğadan kaynaklanan durumlar, hâkimin kişisel özelliklerine ilişkindir (örneğin; kör, sağır, dilsiz veya kadın olması gibi), tartışılmamıştır. Ancak kanundan ve gelenekten kaynaklanan durumlar, tartışmalara yol açmış, bu sayede şüphenin redde yol açması söz konusu olmuştur.

reddedilmesi, kanonik yargılama hukukuna Roma hukukuna uygun olarak “*recusatio iudicis*”³⁶ kavramı ile girmiştir³⁷.

Kanonik yargılamada “*recusatio iudicis*”, önceleri, davada hâkimin taraflı davranışını sınırlamak için kullanılan yargılamaya ilişkin bir araç olarak çalışılmış olsa da sıklıkla tarafları korumak ve mahkemede adaleti sağlamak için uygulanan adli bir yardım biçimi olarak kabul edilmiştir³⁸.

Hukuk tarihi ve konumuzun kökeni bakımından dönemin en dikkat çeken yanı, ortaçağ kanonistlerinin hâkimin reddedilmesini doğrudan doğruya tarafsızlığın ihlaliyle ilişkilendirmiş ve bir hâkimin hangi koşullarda davaya bakamayacağıyla, tarafsızlığın gereklerini tespit etmeye çalışmış olmasıdır. Öte yandan, hâkimin tarafsızlığının kayıtsızlıktan ibaret olmadığı; başka bir deyişle bugüne örnek olacak şekilde, bir hâkim hem gerçeği hem adaleti aramaya istekli olmadıkça, davada hakkaniyete uygun hareket edemeyeceği ve karar veremeyeceği vurgulanmıştır. Dolayısıyla, kanonik yargılamada “*recusatio*”, hâkimin görevini tarafsızlıkla yapmasının eşsiz bir yolu olarak görülmüştür³⁹.

İncelenen dönemde yargısal sürece ilişkin kuralları, başta Guilelmus Durantis’nin klasik dönem Roma ve kanon hukuku esaslarını içeren “*Speculum*” adlı eserinde, daha sonrasında hazırlanmış çeşitli kilise/papalık kararnamelerinde görmek mümkündür. Fakat bundan önce, İtalyan kanonistler, yalnızca tarafların hâkimden şüphe duymasını yeterli görmemiş ve bir hâkimin hangi koşullarda davaya

³⁶Giancola, s. 7.

³⁷Helmholz, s. 386- 387.

³⁸Giancola, s. 7- 8.

³⁹Giancola, s. 3.

bakamayacağıyla, tarafsızlığın gereklerini tespit etmeye çalışmışlar; ret taleplerinin konusunu oluşturan haklı şüphe sebeplerini incelemişlerdir⁴⁰:

İlk olarak bir hâkimin davaya mutlak surette bakamayacağı haller incelenirken, doğadan, kanundan ve gelenekten kaynaklanan sebepler olmak üzere üç kategori belirlenmiştir⁴¹. Doğadan kaynaklanan sebepler hâkimin statüsüne ilişkindir ve bu sebeplerle hâkimin davada bakmaması gerektiği herkes tarafından kabul görmüştür. Ne var ki kanundan ve gelenekten kaynaklanan haller, birçok fikir ayrılığını; dolayısıyla da, hâkimin tarafsızlığından duyulan haklı şüphe sebeplerini beraberinde getirmiştir⁴². Örneğin, bir hâkim, daha önce, ayrı ama benzer bir davada taraf olduysa; tanık sıfatıyla yer aldıysa veya benzer bir davada görüşünü bildirdiyse⁴³, *Recusatio* devreye girecektir. Tüm bunlar sonucunda, metinlerde, hâkimin reddedilme ihtimalinin nasıl ortaya çıktığı ve şüphe sebebinin gösterilmesi gerektiği öngörülmüştür⁴⁴.

Ret sebeplerinin belirlenmesi çabaları sonucunda, ilk kez kanonik yargılama esaslarında hâkimle taraflar arasındaki akrabalık bağı, hâkimin reddi için haklı sebep kabul edilmiş; geçerli bir evlilikten oluşan 4. derece kayın hısımlığına kadar hâkimin davaya bakamayacağı, daha sonrasında ise yakınlık derecesi ne olursa olsun, tarafsızlık zedelendiği takdirde reddin talep edilebileceği ifade edilmiştir⁴⁵.

Hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesine sebep olan durumlar, reddedilen hâkimle birlikte başka bir hâkim önüne sunulacak, şayet haklı bulunursa davaya

⁴⁰Bernard of Parma hakkında bkz. Kuttner, S., Smalley, B., “*The 'Glossa Ordinaria' to the Gregorian Decretals, The English Historical Review*”, C. 60, S. 236, 1945, Oxford University Press, s. 97-105.

⁴¹Hemholz, s. 391.

⁴²Giancola, s. 13.

⁴³Giancola s. 20 ve dpn. 66.

⁴⁴Celestino III Karamamesi (X. 2. 28. 41), Monreal, s. 190.

⁴⁵Glossa Ordinaria 2.28.36, Giancola, s. 15 ve dpn. 42.

bakmakta olan hâkim davaya bakmaktan vazgeçecektir⁴⁶. Ayrıca, söz konusu sebep belirli sürede açıklanmadığı ve kanıtlanmadığı takdirde, kendisinden şüphe duyulan hâkime itirazın intikal ettirileceği, haklı bulunduğu başka bir hâkimin davaya devam edeceği belirtilmiştir⁴⁷.

Kanonik yargılamada, bir hâkimin reddinin zamanlamasına ilişkin olarak reddi isteyenlere getirilen kısıtlama, genişletilmiş; Roma'da yerleşmiş uygulamanın aksine, hâkimin, *litis contestatio*; davacının iddialarının ve davalının savunmasının dinlenmesi aşaması sona erdikten sonra dâhi, reddi mümkün kılınmıştır. Kanonistler bu hususu, hâkimin reddedilmesinin yalnızca talepte bulunanlar için bir güvence değil, aynı zamanda hâkimin ahlaki yükümlülüğünün vazgeçilmez bir garantisi olması yönüyle açıklamışlardır. Bu sebeple de bir hâkim, her aşamada makamının kendisine yüklediği sorumluluğa tâbi kılınmaktadır⁴⁸. Öte yandan, yargılama sürecinde hâkimin tarafsızlığından şüphe edilirse, (örneğin, rüşvet olaylarında) davaya müdahale edilmesi kaçınılmaz görülmüştür⁴⁹.

1.2 Hâkimin Reddine İlişkin Düzenlemelerin Tarihsel Gelişimi

Gurvich, hukuk ve toplumun bir arada doğup bir arada süregeldiğini belirtir. Her toplumun mevcut ideolojisi ve bu ideolojiden doğan siyasal sistem mutlak şekilde hukuk düzenini; dolayısıyla hukuksal kaynakları ve egemen ilkeleri etkiler. Her kanun gibi medeni yargılamaya ilişkin kanunlar da az veya çok dönemin genel siyasal sistemini ve hukuk politikasını yansıtabilir. Örneğin 19. yüzyıl üzerinde egemen olan liberal hukuk, toplumdaki hiyerarşi ve eşitsizlik üzerinedir. Bu anlayışın yargılama

⁴⁶Monreal, s. 190; Celestino III (X. 2. 28. 41).

⁴⁷Celestino III (X. 2. 28. 41) ve Inocencio III (X. 2. 28. 61) metinler için bkz Monreal, dpn. 26. Yazar, hükümleri açıkladıktan sonra, itiraz edilen hâkimin sürekli olarak reddedilerek yargılama sürecinin sekteye uğratılmasını vurgulamıştır, s. 192.

⁴⁸Giancola, s. 25.

⁴⁹Giancola, s. 25 ve dpn. 89 ilâ 90.

hukukuna yansması, hâkimlerin yetkisinin önemli ölçüde sınırlandırılması ile etkinliğin tamamen taraflara bırakılması olmuştur⁵⁰. Bu devrede “şekli gerçek”, medeni yargılamanın amacıdır. Çünkü klasik liberal anlayışla şekillenen normatif bireycilik, toplumun onu oluşturan bireylerden ayrı bir varlığı olmadığını savunur. Her kişi, potansiyelini ve değerini belirleyebileceği geniş bir alana sahip olmalıdır.

19. yüzyıl sonlarına gelindiğinde, yargılama kurallarının hâkimlere daha fazla yetki tanınması ve serbest delil sisteminin benimsenmesiyle maddi-şekli gerçek ayrımının ortadan kalkması, hukuk yargılamasının tarafların mücadelesi olmaktan çıkıp sosyal barışı ve toplumu yakından ilgilendiren bir süreci ifade etmesine sebep olmuştur⁵¹. Sosyal yargılama anlayışının gelişmesi, sosyal yapıyı korumakla görevli hâkime tanınan yetkileri de aynı oranda genişletmiştir. Çünkü bu anlayış, yargılamanın asıl amacını hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi ve bu yolla sübjektif menfaatlerin de sağlanması olarak tanımlamaktadır⁵².

Yargılamanın yürüyüş biçimiyle birlikte taraflara ve hâkime düşen görev ve yetkilerle doğrudan ilgili olan hâkimin reddi kurumuna ilişkin düzenlemeleri daha iyi anlatabilmenin diğer bir yolunun da, Roma ve kilise hukuku temellerinde şekillenen 17, 18 ve 19. yüzyıl Kara Avrupası ülkeleri yargılama kurallarında reddin nasıl ortaya çıktığı ile güncel anlayışın yansıtılması olduğu kanaatindeyiz. Bunun için Türk hukukunda mer’i ve pozitif düzenlemelerin incelenmesinden önce, bazı ülkeler medeni yargılama hukuklarında hâkimin reddedilmesini inceleyeceğiz.

⁵⁰Taşpınar Ayvaz, S., “*Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (Amaç Sorunu), s. 776, 777 vd.; Börü, L., Dava Konusun Devri, 2012, s.34- 35.

⁵¹Börü, s. 34 ve dpn. 140.

⁵²Taşpınar Ayvaz, Amaç Sorunu, s. 775; Hanağası, s. 47. Taşpınar Ayvaz’a göre, medeni yargılamanın asıl amacı olarak hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi “bireyin hukuk için var olduğu” sonucunu ortaya çıkarır.

1.2.1 Çeşitli Hukuk Sistemlerinde

1.2.1.1 Alman Hukuku

Davaların tarafsız hâkimle yürütülmesini sağlama çabalarının Roma hukukunda ve kanonik hukukta olduğu gibi, Alman hukukunda da olduğu görülür. Konu hakkındaki kanunlaştırma hareketleri, tam anlamıyla 19. yüzyıldan itibaren gerçekleşmeye başlamıştır. 17. ve 19. yüzyıl arasında ise Alman devletlerinde geçerli olan medeni yargılamaya ilişkin kanunlarda hâkimin kaçınması gereken davranışlar ve sahip olması gereken nitelikler yer almıştır.

İlk kez 1793’de hazırlanan Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten- AGP ile hâkimin, kendisine gerçeği araştırmak üzere verilen yetkiyi kötüye kullanmaması gerektiği; vatandaşların haklarının onun keyfi ve taraflı tavrıyla değerlendirilmesinin hukuka aykırı olduğu dile getirilmiş (AGP Art. 37 ve 38); hâkimin görevini gereği gibi yerine getirmediğini düşünen tarafın, kendisi veya avukatı aracılığıyla bir üst merciye başvurabileceği ifade edilmiştir. Şayet üst merci, başvurunun haklı olduğunu düşünürse, davaya bakan mevcut hâkimin yerine başka bir hâkim davayı yürütmek üzere görevlendirilir (AGP Art. 52- 54). Ayrıca, tarafların (veya avukatlarının), hâkimin görevini gereği gibi yerine getirmediği iddiasını davayı sürüncemede bırakacak şekilde kötü niyetle ileri sürmeleri yasaklanmıştır.

18. yüzyıl Alman devletleri kanunlarında hâkimin reddine ilişkin doğrudan bir ifadeye yer verilmemişken, 30.01.1877’de yürürlüğe giren Alman Medeni Usul Kanunu’nun (Civilprozeßordnung- CPO) 42. ilâ 48. paragrafında, tarafsızlığından şüphe duyulan hâkimin yasaklılığı (Ausschließung) ve reddi (Ablehnung) öngörülmüştür⁵³. Aynı zamanda, Alman hukukunda taraflılık/önyargı şüphesiyle bir

⁵³CPO §42 ve §48’de tüm yargı personeli aynı düzenlemeye tâbi tutulmuştur.

hâkimin reddedilmesi olasılığına tüm usul kurallarına yer verildiği görülür (CPO §41, StPO §22, VwGO §54, BVerfGG §18).

Alman medeni yargılama kurallarında, bir hâkim, hem kanunda düzenlenen yasaklılık hallerinde⁵⁴ hem de önyargılı/tafaflı olduğu gerekçesiyle taraflarca reddedilebilir; tarafsızlıktan duyulan şüphe sebebiyle ret, şüpheyi haklı çıkaracak bir sebep/haklı şüphe olduğunda gerçekleşir (CPO §42/ZPO §42). Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren haklı sebebin varlığı, ret sebebi olarak, günümüzde de halen geçerli olduğđ şekliyle kabul edilmiştir. 27.07.2001’de yapılan değişiklikle 42. paragraf başlığı yasaklılıktan ayrı olarak, “hâkimlerin reddi” olarak değiştirilmiştir⁵⁵.

Kanunda, yasaklılık sebeplerinin ötesinde, ret talebinin haklı bulunacağı şüphe sebeplerine örnek verilmemiştir. Her bir ret talebi, üçüncü bir kişinin bakış açısıyla öne sürüldüğü zaman ve koşullara göre değerlendirilmektedir. Uygulamada ve doktrinde genellikle redde neden olan davranışlar, üç grupta toplanmıştır:

Hâkimin ideolojik tutumu ve kişisel tercihleriyle yargılamadaki ifadeleri⁵⁶, hâkim ve taraflar arasındaki yakınlık/bağıllık ilişkisi⁵⁷ ile hâkim tarafından daha önce

⁵⁴Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO) §41, hâkimlik görevinin icrasını engelleyen (yasaklılık) halleri düzenler. Hükme göre özet olarak hakim, ‘kendisiyle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan davalardan’; ‘eski dâhi olsa eşine ait ve ortak yaşamları sonlansa dâhi partnerinin davasından’; ‘kendi veya eski eşi ile arasında üçüncü derece dahil kan hısımlığı ve ikinci derece dahil kayın hısımlığı olanların davasından’; ‘taraflardan birisinin vekili veya temsilcisi ya da önceden tanık ya da bilirkişi olarak hareket ettiğı davalardan’; ‘alt derece yargılamasında hakim ya da hakem görevlerini yaptığı ya da esas hakkında karara katılmış olduğđ davalarda’; ‘kanun yolu incelenmesine ve bu nedenle uzamaya ilişkin tazminat aşamasına katıldığı dava konularından’; daha önce arabuluculuk ya da başka alternatif çözüm yolunda bulunduğu davalardan’, yasaklıdır.

⁵⁵Gesetz zur Reform des Zivilprozesses Art. 2.

⁵⁶OLG Hamburg, 23.03.1992; hâkimin davacı tarafın iddialarına karşı “artık bu hile/oyunlar üzerinde duracak vaktim yok” diyerek reddetmesi, tarafsızlığın ihlali sayılmıştır. Bir taraf veya davaları hakkında resmi olmayan lehte veya aşağılayıcı ifadeler, OVG Koblenz NJW 1959, 906.

⁵⁷Kural olarak hâkimin taraflardan biriyle geçici arkadaşlık ilişkisi veya uzaktan tanışıklığı, ret için yeterli sebep değildir; OLG Hamburg, 15.05.2012. Ayrıca, Federal Adalet Divanı’na göre yakın veya yoğun olmayan iş ilişkisi de tarafsızlığın ihlali edildiğı anlamına gelmemektedir, BGH, 07.02.2011 ve 15.04.2012 - V ZB 102/11; NJW 2012, 189010. Zöller/Vollkommer, ZPO, §29, BGH, 10.08.2013.

dava konusu veya tarafları hakkında görüş belirtilmiş olması⁵⁸, tarafsızlıktan haklı olarak şüphe edilmesine yol açabilir.

Alman hukukunda yargılamada dejavantajlı olduğunu hisseden tarafın ne zaman başka bir hâkimle yargılanması gerektiği; bunun için hangi davranışın ret talebinin konusu yapılabileceği “kanuni hâkim ilkesi” çerçevesinde tartışılmıştır. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın (Grundgesetz) 101. maddesi gereğince, hâkimin her davranışı redde neden olmamalıdır⁵⁹. Aksi takdirde, anayasaya aykırılık ortaya çıkar⁶⁰. Öte yandan, tüm koşullar değerlendirildikten sonra taraflardan birinin hâkimin tarafsızlığından şüphe etmek için haklı nedeninin olduğuna kanaat getirilirse, gerçek önyargı olsun veya olmasın, mahkemenin sunmuş olduğu görünüm yani tarafsızlığın ihlal edildiği görüntüsü hâkimin reddedilmesi için yeterli sayılır⁶¹. Nitekim hâkimin reddedilebilmesi, doktrine ve Anayasa Mahkemesine göre Anayasanın 101. maddesinin bir tezahürüdür ve daha önce kanunen belirlenmiş mahkeme ve hâkim önünde adalet arayan kişilerin, belirli nedenlerle gerekli tarafsızlık ve mesafeyi göstermeyen bir hâkimle karşı karşıya gelmesinin önlenmesi gerekir.

Hâkim hakkında duyulan şüphe ve redde ilişkin talep, gerekçesiyle birlikte öne sürülmelidir (ZPO §44/2). Burada, önyargının/taraflılığın kabul edilebilirliği çerçevesinde yaklaşık ispat (Glaubhaftmachung) aranmış, ispatına çalışılan olgunun itirazı inceleyecek hâkimde ‘kuvvetle muhtemel’ görünmesi istenmiştir. İspat hakkındaki bu kabul, ret kurumunun tarafsızlığın temini ve mahkemenin tarafsızlığına duyulan güveni koruma amaçları bakımından isabetli olmakla birlikte, İsviçre hukuku ve daha sonra detaylarıyla incelenecek olan hukukumuzda da benimsenmektedir.

⁵⁸LSG Kuzey Ren-Vestfalya, 16.08.2003; hâkim, henüz karar aşamasına gelinmeden, davalı tarafın savunmasını saçma bulduğunu dile getirmiştir.

⁵⁹Bir şikâyeteye yanıt vermek için son tarihin uygun şekilde uzatılmaması, BVerfG NJW 1980, 1379; adli yardım talebinin onaylanması OLG Hamburg; NJW 1976.

⁶⁰25.09.2012, 2 BvR 615/11, 1-19.

⁶¹BGH, 28.02.2018, 234/16; BVerfG, 21.11.2018, 1 BvR 436/17, 1-26.

Taraflar ve tarafların yanında hâkimi reddetme hakkına sahip olan müdahil (ZPO §66) veya kanuni temsilci, hakkında ret sebebi bulunduğu iddia edilen hâkimle, ret talebinde bulunmaksızın daha sonraki bir yargılama aşamasında bulunur, örneğin, bir duruşmaya girer veya işlemde bulunursa, ret hakkı kaybolur⁶² (ZPO §43).

Alman hukuk doktrininde, reddi talep edilen hâkimin talebin kabul edilebilirliğini inceleme ve kabul edilemez olduğuna karar verme sürecine ne ölçüde katılacağı tartışma konusudur⁶³. Anayasa Mahkemesinin genel itibariyle kabul gören görüşüne göre, hâkim yalnızca talebin baştan ve açıkça kabul edilemez olduğu durumlarda karar sürecine katılabilir⁶⁴. Örneğin, aynı hâkim hakkında tekrar tekrar ret talebi yapılır veya mahkemenin tamamı veya tüm yargı bölümü veya üyelerinin çoğunluğu, geciktirme niyetiyle veya açıkça kötü niyetli bir şekilde reddedilirse davalarda ilgili mahkemenin talebi reddetmesine izin verilmiştir⁶⁵. Ret talebinin kabul edilemez olduğu durumlar hâricinde, §45 gereği yetkili mahkeme, reddedilen hâkim katılmaksızın talep hakkında karar verir. Bölge mahkemesindeki bir hâkim reddedilirse, bölge mahkemesindeki başka bir hâkim tarafından karar verilir (ZPO §45/2). Ancak, reddedilen hâkim bizzat talebi haklı buluyorsa, bu geçerli değildir.

Ret talebine ilişkin karar, ZPO §46 çerçevesinde verilir. Talebin haklı gerekçeyle yapıldığını ve hâkim hakkındaki şüphenin yerinde olduğunu bildiren karara karşı temyiz başvurusu yapılamaz. Kanun'un 46. paragrafının 2. cümlesi, başvurunun asılsız olduğunu ilan eden karara karşı derhal itiraz hakkını (ZPO §567) açmaktadır.

⁶²Kimlerin ret talebinde bulunabileceğine ilişkin olarak; Rosenberg, L., Schwab, K., Gottwald P., Zivilprozeßrecht, s. 143.

⁶³Ignor, A., Befangenheit im Prozeß, ZIS 5/2012, Berlin, s. 230 ve dpn. 15.

⁶⁴BVerfG NJW 2005, 3410; BGH NJW 1974, 55.

⁶⁵Hukukumuzda bu durum, geri çevrilme başlığıyla işlenmektedir. Ayrıca bkz. NJW 1993, 1278. Aynı zamanda, Alman ceza yargılamasında, kabul edilemez ret talepleri StPO §26 ifadesiyle düzenlenmiştir. Maddeye göre, ret zamanında yapılmaz; yeterli bir sebep sunulmaz; reddin açıkça kötü niyetle ve amaç dışı kullanılır ise mahkeme talebi kabul etmeyecektir. Mahkeme, reddedilen hâkim dâhil olmak üzere bu gerekçelere dayanarak karar verir, §26/2 StPO. Ret kabul edilemez bulunmazsa mahkeme, reddedilen hâkimin katılımı olmadan ret talebine karar verir, §27/1 StPO.

Ayrıca, temyiz işlemlerinde yüksek bölge mahkemesi ve bölge mahkemesi kararlarına karşı dava açılması, yalnızca münferit davalarda mümkündür (ZPO §574). Diğer hallerde, yüksek bölge mahkemesi ve bölge mahkemesinin temyiz sonucundaki kararları kesindir. İş ve idare mahkemelerinde ret sonucunda verilen karara itiraz etmek mümkün değildir (ArbGG §49/3 ve VwGO §146/2). Bunun nedeni, hâkimin tarafsızlığı ve usul ekonomisi arasındaki dengeyi sağlamak olarak ifade edilmiştir.

1.2.1.2 İsviçre Hukuku

İsviçre’de yargılama hukukunun ana kaynağını, İsviçre Medeni Usul Kanunu (01.01.2011) ile bu kanunun kabulüyle uygulama alanları oldukça daralan kanton kanunları oluşturur. Ancak, ulusal anlamda tek bir usul kanunu hazırlanıncaya dek yargılama hukukuna ilişkin esaslar kanton kanunlarında düzenlenmiş ve kanton hukuklarıyla varlığını sürdürmüştür⁶⁶. Kaldı ki halen, yürürlükte bulunan federal usul kanunun 3. ve 4. maddesiyle, kantonlara mahkeme teşkilatları konusunda birtakım özgürlükler verilmiştir⁶⁷. Örneğin, farklı hukuk davalarında mahkemelerin oluşumu, konuya ilişkin kanton kurallarına tâbidir.

İsviçre hukukunda hâkimin reddi konusuna ilişkin düzenlemelerin tarihsel gelişimine baktığımızda, kanton hukuklarında ve kantonların usul kanunlarının büyük bir çoğunluğunda hem hâkimin davaya mutlak surette bakamayacağı hem de reddedilebileceği hallerin yer aldığı görülür⁶⁸. Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, her

⁶⁶Kavasoglu, A., Çon, Ö., “İsviçre Usul Hukukuna Genel Bir Bakış”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.8, 2018, s. 49-58.

⁶⁷Hâkimlerin ve hakemlerin mesleğe uygunluk şartları ve atanmaları dâhil olmak üzere mahkeme ve mahkeme personeline ilişkin kurallar, aynı zamanda görev kuralları kantonlar kanunlarında yer alır. Örneğin, Cenevre Kantonu için, hakemler için uygunluk koşulları (Art. 5 ve 10; LOJ GE); hâkimlerin atanma şekli (Art. 122); iş mahkemesi ve özel mahkemelerin görevleri (Art. 88 ve 110; LOJ GE); mesleki mahkemeler (Art. 97, 119, 127; LOJ GE) ve tek hâkimli mahkemeler; (Art. 85 ve 95; LOJ GE) kanton hukukuna tâbidir.

⁶⁸SZPO Art. 47; Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau §3, 4, 5; Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern Art. 11; Zivilprozeßordnung für den Kanton Jura Art. 10; Zivilprozeßordnung für den Kanton Neuchâtel (Neuenburg) Art. 70; Zivilprozeßordnung für den Kanton Tessin Art. 27; Vaud Art. 42. Fribourg ve Geneve (Cenevre) Kantonları Kanunlarında (Zivilprozeßordnung für den Kanton Genf ve Zivilprozeßordnung für den Kanton Freiburg) ise, hâkimin reddi konusunun mahkemeler teşkilatı kanunlarında düzenlendiği anlaşılmaktadır.

bir kanton etkilendikleri hukuk çevrelerine göre öngördükleri kuralların bütününde hâkimin reddine benzer şekilde yer vermiştir. Nitekim İsviçre doktrini, yargılama kurallarının bütününde yer alan bu kurumun yargının ve yargının güvenilir otoritesinin hâkimin gerçek tarafsızlığına duyulan güvene bağlı olması ile açıklamakta; reddetmenin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının ihlal edilmesi karşısında öngörülen usuli bir koruma mekanizması teşkil ettiğini ifade etmektedir.

Bazı kantonlar usul kanunlarında yer alan kurallarda hâkimin reddi açıkça ayrı bir kurum olarak düzenlenmişken, bazı kanton usul kanunlarında, hâkimin reddedilmesi, yasaklılık kavramının devamında, ek bir seçenek olarak yer almıştır. Bazı kantonlarda, ret sebepleri dışında, redde ilişkin tüm kural ve unsurların usul kanunlarında düzenlendiği, ret sebeplerinin ise mahkemeler teşkilâtı kanununda yer verildiği görülmektedir. Örneğin Cenevre ve Freiburg kantonlarında hâkimin tarafsızlığından duyulan şüpheyeye ilişkin ret sebepleri, özellikle Cenevre Kantonunda fazla sayıda örnek verilmek suretiyle, mahkemeler teşkilatına ilişkin kanunda düzenlenmiş ve usul kanununda bu hükme atıfta bulunulmuştur. Cenevre Kantonu yargılama kurallarına göre; uyuşmazlık hakkında daha önce tartışmada bulunan, herhangi bir metinde buna yer veren, karardan önce görüşünü sunan, yargılamanın taraflarından birisiyle daha önce yemek yiyen, hediye alan, taraflara bir şekilde iyilik veya nefret gösteren, tanık olarak ifade veren, taraflarla veya altıncı dereceye kadar taraflardan biriyle ilişkili olan hâkim, tarafların talep ileri sürmesi koşuluyla reddedilebilir (LOJ CE Art. 89-95).

Medeni yargılama hukukumuzun kaynağı olan 1925 tarihli Neuchatel Kantonu Medeni Usul Kanunu (Zivilprozeßordnung für den Kanton Neuchâtel (Neuenburg) / Canton de Neuchâtel Code de Procédure Civil - CPCN) “De la r cusation” başlığıyla, önce hâkimin görevden re’sen uzaklaştırılacağı, başka bir deyişle hâkimin mutlak

surette davaya bakamayacağı halleri⁶⁹; daha sonrasında madde 19 ve devamı ile tarafların hâkimi veya hâkimin kendisini bizzat reddetmesi ile buna ilişkin esasları düzenlemiştir; Aargau Kantonu Medeni Usul Kanunu ise, hâkimin reddedilebilmesini, yasaklılık sebeplerini açıkladıktan sonra “bunlara ek olarak” ifadesiyle her durumda aynı işleyişin geçerli olacağını belirtmiştir.

Ticino/ Tessin Kantonu Medeni Usul Kanunu’nun 27. maddesi, hâkimin reddedilebileceği veya davadan çekilebileceği halleri, taraflarla arasındaki özel dostluk, düşmanlık veya yükümlülük hali ile önyargıya/tarafsızlıktan şüpheye sebep olan ciddi sebeplerin varlığıyla ifade etmiştir. Neuchatel ve Tessin Kantonları yargılama kuralları, hâkimin reddine ilişkin sebepleri genel olarak açıklarken, Bern Kantonu Medeni Usul Kanunu’nun 11. maddesi, sonucunda hâkimin tarafsızlığından şüpheye sebep olan ciddi sebeplerin varlığı ifadesi yer alan beş bentle ret sebeplerini saymış; hâkimin davaya bakmasının yasak olduğu halleri ise, kilise (kanonik esaslara) kurallarına benzer şekilde hâkimin kişisel özelliklerinden; doğasından kaynaklanan sebeplerle sınırlamıştır⁷⁰. Bern Kantonuna benzer olarak, Kanton Jura Medeni Usul Kanunu’nun da son olarak genel bir sebebe yer verdiği beş bentle ret sebeplerini açıkladığı görülmektedir.

19.12.2008’de kabul edilen ve 01.01.2011’de yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usul Kanunu (SZPO), genel hükümler kısmının 47. maddesinde hâkimin yasaklılığını ve reddini bir nevi aynı çatı altında düzenlemiştir. Maddede, önce, hâkimin davadan uzaklaştırılması gereken dört tipik durum, ardından son fıkrayla, ilk dört fıkra

⁶⁹Mahkemenin re’sen dikkate alacağı üzere; davayla doğrudan veya dolaylı ilgisi olan; davanın taraflarıyla dördüncü dereceye kadar yakınlığı bulunan; taraflardan biriyle evli veya nişanlı olan ve daha önce aynı davada başka bir sıfatla hareket eden hâkim, davaya bakamayacaktır, (1925 tarihli CPCN Art. 18, 1991 tarihli Art. 64).

⁷⁰Bern Kantonu Usul Kanunu’nun dili, Almancadır. Yasaklılık, Außtand; ret; Ablehnung başlığı altında düzenlenmiştir. İki kavram arasındaki fark, Außtand, yani yasaklılığın, mahkeme tarafından re’sen de dikkate alınması gereken halleri ifade etmesidir.

sayılan sebepler dışında kalıp; hâkimin genel olarak davadan uzaklaştırılabilmesine sebep olan gerekçe gösterilmiştir⁷¹:

Buna göre hâkimin, dolaylı ya da doğrudan menfaatinin bulunduğu davalarda; daha önce başka bir konumda, özellikle bir kurumun üyesi, avukat, bilirkişi, tanık veya arabulucu olarak görev aldığı davalarda⁷²; ayrılmış olsa dâhi eşinin veya birlikte yaşadığı kişinin davasında; kan ile kayın hısımlarının (üçüncü derece) davasından, hısımlarının davasından, taraflardan birinin temsilcisi veya ilk derece mahkemesinde çalışan bir yargı görevlisiyle evliyse ve fiilen ortak yaşam sürdürüyor ya da sürdürmüşse, uzaklaştırılabileceği öngörülmüştür. Bir diğer sebep ise hâkimin, taraflardan birinin temsilcisi ile veya ilk derece mahkemesinde birlikte çalıştığı biriyle taraflardan birinin ikinci dereceye kadar kan veya kayın hısımlığı bulunmasıdır.

Genel itibariyle hâkimi davadan alıkoyabilecek olan durum, ‘f’ fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; hâkim, diğer nedenlerle ve özellikle taraflardan biriyle veya temsilcisiyle dostluk ya da düşmanlık halindeyse davadan uzaklaştırılabilecektir⁷³. Son bende ilişkin olarak doktrinde ve yerleşik yüksek mahkeme kararlarında, hâkimin gerçekten önyargılı/tafıllı olup olmadığı bir yana, nesnel olarak bakıldığında tafıllı bir görünüm sunulması aranmaktadır⁷⁴.

⁷¹SZPO, Art. 47/1.

⁷²“Aynı konuda farklı bir konumda görev alma” kavramının aynı konuda ayrı ve önceki işlemleri içerip içermediği tartışılmaktadır, BGer 2C_755/2008, 07.01.2009; BGE 120 Ia 82 §6; BGE 126 I 168 §2.

⁷³Hâkim ile bir tarafın kanuni temsilcisi arasında sürmekte olan yargısal süreç/ıdari süreç mevcutsa, ret sebebi doğar, BGer 502/1986, 01.23.1987 §2; hâkimle bir tarafın aynı derneğe veya siyasi parti koluna üye olması, toplantılarda siyasi sohbetle bulunmaları ret sebebi olarak kabul edilmemiştir, BGer 5A_253/2010, 10.05.2010 ve BGer 1B_262/2010, 16.09.2010 §2 ve BGer 4A_306/2011, 19.01.2012 §3.3; hâkimin, belirli bir yargılamaya atıfta bulunmaksızın, soyut olarak, görevi dışında bilimsel bir görüş ifade etmiş olması, kendi başına önyargıyı haklı çıkarmaz, BGer 4A_377/2014, 25.11.2014 §6.2; askerlik veya komşuluk ilişkileri önyargı için yeterli değildir, BGer 9C_366/2013, 02.12.2013 E. §5.2.1'den itibaren.

⁷⁴Tarafsızlığın ihlali için, nesnel olarak bakıldığında yargılama sürecine etki eden bir kriterin bulunması gerekir; Kiener, R., Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habilitationßchrift, Bern 2001, s.133; BGer 1B_164/2009, 31.08.2009 §2.1; BGer 1P.473/2000, 20.01.2000, §3c ve ayrıca bkz. 23.07.2013, PC130031-O, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer (Hukuk Dairesi).

47. maddede ayrıca, usul ekonomisine verilen önem doğrultusunda daha önce aynı konuda başka işlemde bulunan hâkimin açıkça tarafsızlık ihlal edilmediği takdirde davadan uzaklaşmasının istenemeyeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, kanunda, yargılamaların uzamaması ve davanın sürüncemede bırakılmaması için önceki işlemlere katılımın bağımsız bir ret nedeni oluşturmadığı sebepler de düzenlenmiştir. Hükme göre, hâkim, uyuşmazlığın uzlaştırma sürecinde, uzlaştırmacı olarak yer almışsa, adli yardım ve ihtiyati tedbir kararı vermişse, tek başına bu gerekçelerle davadan çekilemeyecektir (SZPO Art. 47/2). Elbette hâkim, asıl davada başka yönde karar veremeyeceği şüphesiz olduğu takdirde, kendisi çekinebileceği gibi tarafların da bunu talep etmelerine izin verilecektir⁷⁵. Örneğin, hâkimin uzlaştırmacı olarak aynı uyuşmazlık üzerinde çalışmış olması başlı başına tarafsızlığın ihlali sonucunu oluşturmaya da, hâkim, delil ikamesinden sonra taraflara bir öneri hazırlamış ve sunmuşsa bundan sonra o davada hâkimlik yapamaz. Buna karşılık, bundan önceki bir aşamada sadece bir uzlaşma önerisini hazırlamış olması tek başına sebep teşkil etmez⁷⁶.

Bir hâkimin davada tarafsız olmadığını düşünen ve iddia eden taraf, bu iddiasını oluşturan sebebi öğrenir öğrenmez ileri sürmelidir. Bu kural, hem tarafın fiilen bildiği hem de gerekli dikkati göstererek bilebileceği durumları kapsar. Aksi takdirde, Federal mahkemenin yerleşik kararlarında, öğrenildikten uzun süre sonra öne sürülen sebepler ve buna bağlı olarak hâkimin davadan uzaklaştırılması taleplerinin davaya bağlı olarak, kötü niyetli bir hareket olarak görülebileceği belirtilmiştir⁷⁷.

⁷⁵‘Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozeßordnung’.

⁷⁶Weber, M., Spühler, K. (ed.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozeßordnung, Basel 2013, Art. 47, s. 311; Kurzkomentar, s. 206.

⁷⁷BGer, 20.04.2008, 4A_506/2007, §4.1.

Hâkimin taraflı olduğu iddiası, kişisel niteliktedir ve sadece hakkında bu iddiaya sebep olan durum bulunan kişiler reddedilebilir; yani mahkemeye yönelik böyle bir talepte bulunulması mümkün değildir⁷⁸. Yüksek mahkeme kararlarında, mahkemeye yöneltilen talepler, kötü niyet göstergesi olarak kabul edilmiştir⁷⁹. Söz konusu kurallar, iyi niyet ilkesi ve dürüstlük kuralının bir tezahürünü teşkil etmektedir.

Sonuç olarak İsviçre hukukunda, hâkimin davadan uzaklaştırılması kalıbıyla anlatmayı tercih ettiğimiz ve yasaklılıkla birlikte düzenlenen ret kurumunun, İsviçre Federal Anayasası'nın 30. maddesi ve yargılama makamının tarafsızlığını öngören AİHS'in 6. maddesinin gereği olarak ele alındığına şüphe yoktur. Diğer yargılama hukuklarından farklı olarak, hâkimin somut olaydaki tarafsızlığı bakımından yasaklılık ve ret ayrımı yapılmamıştır. Kanun koyucunun bu yaklaşımı, tarafsızlığın zedelendiği her halde hâkimin davadan çekilmesini gerektirmekte, taraflara da her halde hâkimin davadan alıkoyulmasını isteme hakkı vermektedir. Öte yandan, konunun düzenlenmesinde, reddi haklı kılacak sebeplerin yanında, daha önce aynı uyuşmazlık hakkında adli yardım ve ihtiyati tedbir konularında karar veren veya uyuşmazlığın uzlaştırma sürecinde yer almış hâkimin, tek başına belirlenen bu gerekçelerle reddedilmesinin mümkün olmadığına yer verilmiştir. Böylelikle hâkimin kanunen vermekle yükümlü olduğu kararların, yargılamanın sonucunda verilecek nihai kararın göstergesi olmadığı tartışmasız şekilde kabul edilmiş ve sözü edilen şekilde yapılan ret taleplerinin baştan itibaren geçersiz sayılması dolayısıyla süreç hızlandırılmıştır.

1.2.1.3 Fransız Hukuku

Fransa'da 1789-1799 yıllarında, yani devrimden önce uygulanan hukuk, Roma- kanonik yargılama esaslarına dayanıyordu. 19. yüzyıldan itibaren ise, 1804'de

⁷⁸Basler Kommentar, Art. 47; BGE 105 Ia 157 §6; BGer 5A_205/2017, 11.05.2017 §3.

⁷⁹BGer 5A_269/2012, 13.11.2012, §4.2; BGer 5A_316/2012, 17.10.2012, §4.1; 6B_1027/2010, 04.04.2011, §2; BGE 129 III 445, §4.2.2.

kabul edilen Fransız Medeni Kanunu (Code Civil des Français/ Code Napoléon) öncülüğünde, çağdaş Fransız hukukunun ana hatlarıyla tespitini mümkün kılan kanunlaştırmalar gerçekleştirilmiştir⁸⁰. Dönemin hâkimin reddi konusundaki düzenlemelerine, Fransız Medeni Kanunu’nu takiben 1806’da kabul edilen Fransız Medeni Usul Kanunu’nun 378 ilâ 396 maddelerinde (Code de Procédure Civile- CPC) yer verildiği görülür. Kanunda, hâkimin reddedilebileceği haller gösterilmiş⁸¹, (CPC Art. 378), tarafların ret talebinde bulunmasıyla yargılamaya (gecikmesinde sakınca olan haller dışında) ara verileceği ifade edilmiş (CPC Art. 387) ve talebin, tahkikat aşamasına geçilmeden önce, ret sebebi daha sonra öğrenilirse; derhal yapılması gerektiği belirtilmiştir (CPC Art. 382).

Fransız medeni yargısında, İsviçre, Alman ve ileride ayrıntılarıyla değinecek olduğumuz Türk yargılama hukuklarında kabul edilenin aksine, sınırlı sayıda ret sebebi öngörülmüş; hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulan diğer hallerde uygulanabilecek genel bir kurala yer verilmemiştir. Bu husus, geçmişten bu yana kabul edilen tüm kanunlarda geçerliliğini korumaktadır. Ne var ki 28.04.1998’de Yüksek mahkemenin vermiş olduğu kararla, sınırlı sayıdaki sebeplerin, tarafsızlığından gerekliklerini karşılamadığı konusunda birlik oluşturulmuş,

⁸⁰Fransız hukuk tarihi hakkında bkz. Üçok. R (çev.), Besnier, C., “*Fransa’da Fransız Hukuku Tarihi Kürsüsünün Gelişmesi*”, AÜHFD, C.7, S. 3, 1950, s. 521-533. Napolyon kanunlarının tam metni için; Bacqua, N., Codes Napoléon, Paris 1856, A. Durand.

⁸¹Fransız yargılama hukukunda; hâkim, uyuşmazlık hakkında tavsiyede bulunmuşsa, görüş beyan etmişse; uyuşmazlıkta daha önce hâkim, hakem veya tanık olarak yer almışsa; davanın başlangıcından itibaren taraflardan biri veya birkaçıyla aynı sofrada oturmuş, yemek yemiş, taraflardan birinin evine gitmiş veya taraflardan birinden hediye almışsa; kendisi veya eşi taraflardan birinin üçüncü dereceye kadar akrabası, vasisi, kayyımı, muhtemel varisi, bağışçısı, yardımcısı ya da davaya taraf olan bir kuruluşun veya şirketin yöneticisi/üyesi ise; taraflarla arasında husumet veya alacak/borç ilişkisi varsa v.d. reddedilebilir. CPC Art. 378 ile sayılan bu hallerin dışında kanun, genel bir ret sebebi öngörmemiştir.

hükümün AİHS'in 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ve tarafsızlık şartının önceden belirlenen sekiz sebeple tüketilemeyeceği kesinlik kazanmıştır⁸².

Çağdaş Fransız medeni yargılama hukukunun ana kaynağını, 1975'de yürürlüğe giren Fransız Medeni Usul Kanunu⁸³ (Nouveau Code de Procédure Civile-NCPC) oluşturur. Yeni Medeni Usul Kanunu; NCPC ile hâkimin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümler CPC'e benzer şekilde düzenlenmiştir. Kanunun 341. maddesinde sayılan ret sebepleri, 23.01.2012'de yapılan değişiklikle, Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'na (CLJ) taşınmıştır. Sözü edilen kanun değişikliğinin en önemli kısımlardan biri, daha önce ilke olarak mahkemenin tüm üyelerine karşı bir ret sebebi olduğunu varsayan Meşru Şüphe Nedeniyle Görevden Alma (Le renvoi pour cause de suspicion légitime) kurumu ile daha bireysel nitelik arz eden, başka bir deyişle mahkeme heyetinin tamamını değil tek bir hâkimin reddedilmesinde rol oynayan ret kurumunun aynı çatı altında birleştirilmesidir⁸⁴.

CLJ Art. L111-6'da gösterilen sebepler, kanundaki şekliyle sınırlı tutulmuştur (CPC Art. 341). Buna göre hâkim, kendisi veya eşinin menfaati bulunan davalarda; kendisi veya eşinin taraflardan birinin alacaklısı, borçlusu, muhtemel mirasçısı veya bağışçısı olduğu davalarda; kendisi veya eşinin taraflardan biriyle dördüncü dereceden hısımlığı mevcut ise; kendisi veya eşi ile taraflardan biri veya eşi arasında bir dava varsa veya açılmışsa; davada daha önce hâkim ya da hakem olarak yer almışsa veya

⁸²Öngörülen sekiz ret sebebinin dışındaki hallerde de reddin mümkün olduğu, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin AİHS'in 6. maddesi göz önünde bulundurularak, bir yargının gerektirdiği tarafsızlık şartının önceden belirlenen sınırlı sayıdaki ret gerekçesiyle tüketilemeyeceği yönünde verilen kararlar ifade edilmiştir, Cour de Cassation Chambre Civile, 28.04.1998, 96-11.637; Mahkemenin 05.12.2002'deki kararıyla, bilirkişi-uzmanların reddi için de aynı esas kabul edilmiştir.

⁸³Kanun, 1806'da kabul edilen CPC tamamen yürürlükten kaldırılana dek 'yeni' Medeni Usul Kanunu (NCPC) olarak adlandırılmıştır.

⁸⁴Kanunda yer alan ret hükümleri, son halini 2017 yılında "Medeni Usulü Modernize Etmek ve Basitleştirmek İçin Çeşitli Önlemler hakkında 06.05.2017, 2017-892 sayılı Kararname" ile almıştır. Daha önceki düzenlemeler ve kapsamlı değişikliklerin yapıldığı bu kanunla ilgili olarak kanun metninin içeriği ve nedenler için bkz. 2017-892, 06.05.2017.

taraf­lardan birine tavsiyede bulunmuşsa⁸⁵; kendisi veya eşinin taraf­lardan biriyle arasında vesayet ya da vekâlet ilişkisi bulunuyorsa; kendisi veya eşinin taraf­lardan biri ya da eşiy­le tabiiyet (astlık/bağımlılık) ilişkisi ya da taraf­lardan biriyle düşmanlığı bulunuyorsa reddedilebilir. Daha önce belirtildiği gibi, ayrıntılı olarak sıralanan bu nedenlerin yanı sıra, her halükarda, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğunu öngören AİHS'in 6. maddesinde hatırlatılan tarafsızlık gerekliliği, reddi haklı çıkarabilir⁸⁶.

Hâkimi reddetmek isteyen taraf ret sebebini öğrenir öğrenmez ret talebinde bulunmalıdır (CPC Art. 342). Ayrıca, aynı hâkimi daha önce reddedip ret sebepleri haksız bulunan taraf, sebep göstermeden yeniden ret talebinde ısrar ederse talebi hem zaman hem de esas yönünden kabul edilmez olarak değerlendirilmiştir⁸⁷. Buna ek olarak, ret talebi yargılamanın sonuna kadar, karar verilene dek ileri sürülebilir (CPC Art. 342). Ret taleplerine ilişkin kararlar her halde en çok bir ay içinde sonuca bağlanır. Ancak, ceza davalarında, tutukluluk gibi hürriyeti sınırlandırılan durumlar olduğunda derhal karar verilmesi gerekir (CPC Art. 346).

Yüksek mahkeme, ret söz konusu olduğunda hâkimlik statüsünün ötesinde genel olarak yargılama işlevini dikkate almaktadır. Örneğin, bir disiplin cezasının verilmesi çerçevesinde görev yapan kişiye karşı da; örneğin, disiplin cezası verme yetkisine sahip noterler hakkında da ret söz konusu olabilir⁸⁸. Benzer şekilde, CPC

⁸⁵İçtihat, daha önce hâkim olarak görev almış hâkimin ilk müdahalesinin türüne göre değerlendirme yapar; Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 20.11.2003, 01-13.974; Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 21.07.1989, 88-13.759. Ayrıca, henüz davanın esasına girilmeden ihtiyati tedbir hakkında karar veren hâkim hakkında bkz. Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 06.11.1998, 95-11.006.

⁸⁶Ancak, bir hâkimin bir uyuşmazlıkta daha önce hüküm vermiş olması, kendi başına tarafsızlığını etkileyecek nitelikte değildir, Cour de Cassation, 2ème Chambre Civile, 07.04.2016, 15-16.092.

⁸⁷Cour de Cassation, 2ème Chambre Civile, 02.12.2004, 04-01.469.

⁸⁸La Belgique Judiciaire, Gazette Des Tribunaux Belges Et Étrangers, Bruxelles 1852, s. 595-597.

1461'e göre hakemlere karşı veya CPC 341'e göre, bir hukuk davasına katılan cumhuriyet savcısına karşı da ret hakkı kullanılabilir.

Hâkim hakkındaki talep kabul edilirse, kabule ilişkin karardan önce reddedilen hâkim tarafından gerçekleştirilen usul işlemleri sorgulanmaz; ancak, tarihi ne olursa olsun daha önceki hâkim veya mahkeme tarafından esas talebin tamamına veya bir kısmına yönelik verilen kararlar geçersiz ve hükümsüz olur (CPC Art.347). Şayet ret talebi haksız bulunursa, talepte bulunan kişi kötü niyetli ise, kötü niyetli taraf hakkında 10.000€ 'ya kadar para cezasına hükmedilebilir (CPC Art. 348).

Görüldüğü üzere, Fransız hukukunda, diğer kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi hâkimin reddedilmesi ilk kez Fransız devriminden sonra başlayan kanunlaştırma hareketleriyle tarafların kullanabileceği usuli bir araç olarak kabul edilmiştir. Bugün, Fransız hukukunda hâkimin reddedilmesi, AİHS'in uygulanması ve sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının unsurlarında belirtilen tarafsızlık şartı ölçüt alınarak değiştirilmiştir. Geçmişte, Fransız yargılama hukuku kuralları, ret için kapsamlı bir gerekçe listesi sunmakta, bunlar dışındaki olasılıklara yer vermemekteydi. Ancak, zamanla, CPC 341'de belirtilen sebeplerin eksiksiz olmadığı içtihatla kararlaştırılmış, her halükarda, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda ciddi şüphelere yol açabilecek unsurların bulunması halinde, ret talebinin kabul edilebilir olduğu kesinlik kazanmıştır.

1.2.2 Türk Hukukunda

1.2.2.1 Cumhuriyet Öncesi Dönem

Cumhuriyetimiz ilan edilmeden önce Osmanlı devletinde İslam Hukuku yürürlükte bulunuyordu⁸⁹. Yargılamaya dair her kural, özellikle Tanzimat dönemi öncesinde, her tür dava bakımından uygulanan şer'i hukuk hükümleriyle fıkıh

⁸⁹İslam hukukunda yargılama kuralları için: Bayındır, A., İslâm Muhakeme Hukuku, İstanbul 2015; Ansay, S. Ş., Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1954.

kitaplarına dayanan esaslardan oluşmakta ve adli teşkilat, siyasi teşkilat ile paralellik göstermekteydi⁹⁰. Bu düzende yargı bağımsızlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak, yargılamayı yürüten hâkimin/kadının (şer’i hukuk kurallarını uygulayan hâkime, ‘kadı’ denmekteydi) görevini ifa ederken uyması gereken davranış ve kurallar bilimi anlamına gelen “edebül- kâdi ilmi”⁹¹ ve bu ilme ait hazırlanmış eserler mevcuttur⁹².

Edebül-kâdi ilmine ait eserler, hâkimlerin niteliklerine ilişkindir ve onların hem sahip olması, hem de yargılama faaliyetinde uyması gereken etik ilkelerle değerlerin ortaya koyulması şeklindeydi⁹³. Hâkim, adalet dağıtmak haksızlığı gidermek taraflı olmamak zorundaydı⁹⁴. Hâkimin, rüşvet alması, hediye kabul etmesi, bir şekilde bir taraftan çıkar sağlaması ve hatta yargılamada öfkelenmesi onun tarafsızlığını etkileyeceğinden kaçınması gereken davranışlar olarak kabul edilirdi⁹⁵. Ve dâhi bir görüşe göre, hâkimin rüşvet veya hediye kabul ettiği davada vereceği hüküm, geçerli değildi⁹⁶.

Özellikle hâkimin töhmet altında kalacağı, diğer bir ifadeyle verdiği veya vereceği kararlar görevini objektif ve tarafsız şekilde yerine getirdiğinden şüphe edileceği; örneğin, kendisi için düzenlenen davete gitmek, yargılama sırasında

⁹⁰Hanağası, E., Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2011, (Silahların Eşitliği), s.77.

⁹¹Topuz, G., Konan, B., “Geçmişten Gümümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı”, AÜHFD, S. 66, 2017, s. 765.

⁹²Yıldırım, Ş., “İslam Hukukunda Yargıç Etiği”, e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, S.7, 2012, s. 34.

⁹³İslam hukukunda adli teşkilat için; Üçok, C., Mumcu, A., Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1985, s. 73 vd.; Ayrıca, hâkimin öznel tarafsızlığına ilişkin; hâkimin rüşvet almasının engellenmesi, yargılamada bir nevi denetim sağlayan “Şühûdül Hal” kavramı ve genel olarak Tanzimat öncesi uygulamaları için bkz. Topuz/ Konan, s. 768- 771.

⁹⁴Bayındır, s. 109, dpn. 123.

⁹⁵Topuz/Konan, s. 769.

⁹⁶Bayındır, s. 111, dpn. 133. Hâkim, ancak üç halde hediye kabul edebilirdi: Kendisini tayin eden makamın hediye vermesi; daha önce hediye verdiği birinden hediye alması (daha önce hediye alanın miktarını aşmamalıydı); yakın bir akrabasının hediye vermesi. Ne var ki bu istisnalar da, mevcut davada sözü edilen kişilerin taraf olmamasını gerektirmekteydi, Bayındır, s. 110.

tarafından birisiyle gizli konuşmak ya da baş başa kalmak gibi davranışlardan kaçınması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁷.

Tanzimat dönemine kadar ve bu dönemde her ne kadar batı kanunlarının resepsiyonuna ve genel anlamda kanunlaştırmalara gidilmişse de, yargılama hukukuna ilişkin esasların edebül-kâdi ilmine ait eserlerden ibaret olduğu kabul edilir⁹⁸. Ancak, 1869-1876 yıllarında, temelde Medeni hukuk alanında, ancak medeni yargılama hukukuna ait esaslarının da bir araya getirildiği, Mecelle/ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye adıyla genel bir kanun yürürlüğe girmiştir⁹⁹.

Mecelle’de hâkimin, taşıması gereken özelliklerin yanında yargılama sırasında nasıl hareket edeceği, hangi tutum ve davranışlardan kaçınması gerektiği bazı örnekler verilerek ayrıntılı şekilde gösterilmiştir. Özellikle, yukarıda da belirttiği üzere, hâkimin yargılamada itham ve şüpheyne neden olabilecek davranışlarda bulunmaması gerektiği vurgulanmış, fıkıh kitaplarında yer alan yargılamaya ve yargılamada hâkimin rolü ve niteliklerine ilişkin ifadeler toplu halde gösterilmiştir¹⁰⁰. Sözü edilen kurallar günümüzde de anlaşılır şekilde yargılamada hâkimin rolü ve tarafsızlığıyla yakından ilgilidir. Keza, hâkimin, lehine hüküm veremeyeceği ve davasını dinleyemeyeceği

⁹⁷Mecelle, 1789 ve 1799 ve bazı fetvalar bkz. Bayındır, dpn. 133 ve dpn. 134.

⁹⁸Durhan, İ., s. 58 vd.; Yıldız, A., Yargının Tarafsızlığı, İstanbul 2020, s. 93- 98. Tanzimat döneminde yasama ve yargının bir nêvi ayrılması olarak nitelendirilen “Şurâ-yı Devlet” ve “Divânı Ahkâm-ı Aliyye” kurumlarının oluşumu ile yargının yürütmeden ayrılığı hüküm altına alınan Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye’nin Cevdet Paşa tarafından hazırlanan nizamnamesi için bkz. Yıldız; s. 95; Yıldız, dpn. 239. Kanunlaştırma hareketlerinin etkisiyle Osmanlı adli teşkilatı ve yargılama usulünün laiklik yönünde gelişme göstermesi hakkında, Tanör, B., Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 1998, s. 98- 99.

⁹⁹Karaahmetoğlu, s. 83- 85.

¹⁰⁰Hâkimin hediye kabul etmeyeceğine, iki tarafın da verdiği davete gitmeyeceğine ya da iki taraftan biriyle yalnız kalamayacağına ilişkin; Mecelle, 1796, 1797 ve 1798. İlgili maddelerin asılları için Akcan, s. 13-19.

kişiler belirtilerek, bu kişilerin arasındaki uyuşmazlık dava olarak önüne geldiğinde o davanın, başka bir hâkim tarafından görüleceği ifade edilmiştir¹⁰¹.

Hâkim, lehine karar veremeyeceği kişilerin davasını dinleyebilecek ancak onlar lehine karar veremeyecek; şayet yargılama sonucunda hak sahibi diğer tarafısa; diğer taraf lehine karar verebilecektir. Çünkü böyle bir durumda, hâkimin, önyargılı veya taraflı sayılmadığı ifade edilmiştir¹⁰². Fakat hâkim, yargılama sonucunda hakkında karar veremeyeceği kişinin hak sahibi olduğuna kanaat getirirse, orada başka bir hâkim varsa davayı ona devretmesi, yoksa uyuşmazlığın hakemle çözülmesi gerektiğini tavsiye etmelidir¹⁰³.

Mecelle’de hâkimin karar veremeyeceği haller lehine hükmedemeyeceği kişilerle sınırlıyken, bazı mezhepler fıkıh kitaplarında hâkimin, kendisiyle düşmanlığı bulunan kişinin aleyhine hükmedemeyeceği de ifade edilmiştir. Buna göre, böyle bir karar verildikten sonra taraflardan biri hâkimin kendisine düşmanlığını ispat edebilirse, karar batıdır¹⁰⁴. Düşmanlığın tanımı ise, tarafla hâkim arasında meydana gelen iftira, yaralama veya yakınlarından birini öldürme gibi durumlarla açıklanmaktadır¹⁰⁵.

Tanzimat dönemini izleyen Meşrutiyet döneminde Kanun-i Esasi’nin kabulü, hak ve özgürlükler açısından ulusal anlamda birtakım güvenceler getirmiştir. Kanun önünde eşitlik ve tabîî hâkim kavramlarına yer veren 17. ve 23. maddeler, sözü edilen güvencelerden sayılabilir¹⁰⁶. Bu düzenlemelerden mahkemelerin her türlü

¹⁰¹Mecelle, 1808; 1809: Günümüz Türk dili kuralları esas alınarak yapılan çeviri ve karşılaştırma için bkz. Sancak/Kıyak, s. 68- 69; ilgili maddelerin asılları için Akcan, s. 18-19. Ayrıca bkz. Yıldız, s. 96.

¹⁰²Bayındır, s. 118.

¹⁰³Bayındır, s. 119.

¹⁰⁴Bayındır, s. 119 ve dpn. 170.

¹⁰⁵Bayındır, s. 119 ve dpn. 170.

¹⁰⁶Aktepe Artık, S., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 9-11.

müdahaleden korunması ile hâkimlerin mevcut görevleri dışında devletin maaşlı hiçbir memuriyetini kabul edemeyeceklerine ilişkin 86. ve 90. maddeler yargının bağımsızlığıyla hâkimlerin tarafsızlığını sağlama yolundaki hükümlerdir¹⁰⁷.

Dönemin son kanunlaştırma hareketlerinde hâkimin reddi konusuna yer verildiği görülmektedir. Tanzimat’la birlikte adli teşkilatta meydana gelen değişikliklerin bir sonucu olarak 1879’da hazırlanan Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanûn-u Muvakkati’nin 62. maddesi, “redd-i a’zâ” kavramını içerir. Hükme göre taraflar, dört belirli sebeple; “doğrudan veya dolayısıyla bulunan menfaat bağı”, “üçüncü dereceye kadar kan hısımlığı”, “evlilik bağı” ve “derdest dava bulunması” hallerinde herhangi bir mahkeme üyesine karşı onun yargılamada bulunmamasını talep etme hakkına sahiptir¹⁰⁸. UMHK m. 62’deki şartları sağlayan hâkimlerin davadan çekilme zorunluluğu yoktur, yalnızca tarafların talebi olduğu takdirde, yani “ret talebi” söz konusu olduğunda davaya bakamayabilir¹⁰⁹.

Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, Cumhuriyet öncesi yargılama esaslarında hâkimin reddedilmesine ilişkin öngörülen ve yukarıda izahına çalışan sebepler, çağdaş medeni yargılama hukuku kurallarına hâkimin mutlak surette tarafsız kalamayacağı haller kapsamında, diğer ifadesiyle “yasaklılık” sebepleri olarak dâhil edilmiş ve kabul edilmiştir.

¹⁰⁷Tanör, s. 144- 145.

¹⁰⁸UMHK m. 62: “*Esbâb-ı erba’a-i âtiyeden biri mevcûd olur ise müddeî veyâhut müddeâaleyh mahkeme a’zâsından birini red edebilir. Ya’nî onun mahkemede bulunmamasını talebe hak ve salâhiyyeti olur. Birincisi ol a’zânın da’vâ-i vâkıada doğrudan doğruya veyâhut dolayısıyla menfaati mâliyyesi olması. İkincisi hasmından birinin usûl ve fîrûundan ya’nî âbâ ve ecdâd ve ebnâ ve ahfâdından biriyle karındaş ve amuca ve dayı ve dâmâd ve kayınpeder ve damadın babası gibi ikinci ve üçüncü ve dördüncü dereceye kadar karâbet-i sihriyeti bulunması. Üçüncüsü tarafeynden biriyle adâvet-i dünyevîyesi bulunması. Dördüncüsü tarafeynden biriyle derdest muhâkeme-i ber da’vâsı bulunduğu hâlde ol esnâda diğer tarafın muhâkeme-i da’vâsına mübâşeret edilmiş olmasıdır. Da’vânın hükmüne kadar redd-i a’zâ istid’ası makbûl olup vuku’u anda bittedkik sihhati tebeyyün eylediği hâlde ol a’zânın muhâkemede bulunmamasına ve sihhati tebeyyün eylemediği takdirde müsted’iden yüz kuruşdan beş yüz kuruşa kadar cezâ-i nakdî alınmasına karâr verilir*”, ve diğer UMHK maddeleriyle incelemeleri için; Özkan, Y., 1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanûnu Muvakkati’nin Modern Usul Hukukuna Etkileri, İstanbul 2021, dpn. 278 ve s.69-77 vd.

¹⁰⁹Özkan, dpn. 277.

1917 yılında kabul edilen Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îyye Karâr-nâmesi, 53. maddesinde hâkimin reddine ilişkin doğrudan düzenlemelere yer verir. Önce, hâkimin reddi sebepleri, UMHK'nın 62. maddesine atıf yapılarak belirtilmiştir. Daha önce bahse konu kanunda belirtilen sebeplerle taraflar, hâkimin reddini talep edilebilir (UMŞK m.53)¹¹⁰. Aynı zamanda kararnamede, tarafların UMHK'nın 62. maddesinde yer alan sebeplere dayanarak en geç davanın hükme bağlanmasına kadar temyiz mahkemesine başvuruda bulunarak ret talebinde bulunabileceği; “redd-i kadı” kavramıyla ifade edilmiştir (UMŞK m. 53). Eğer ret talebi kabul edilirse, davanın görülmesine başka bir mahkemede devam edilecektir¹¹¹. Bunun sebebi, şer'i mahkemelerde tek hâkimin olması, dolayısıyla davaya bakacak başka bir hâkimin bulunmamasıdır. Ancak, toplu hâkimle yargılama yapılan yerlerde, davanın aynı mahkemede görülmesine devam edilmesi mümkündür¹¹². Ret talebinin haksız çıkması halinde reddi talep eden taraf hakkında para cezasına hükmedileceği de, UMŞK ile öngörülen düzenlemeler arasında yer alır (UMŞK m. 53/2).

1.2.2.2 Cumhuriyet Sonrası Dönem

Cumhuriyetin ilanından sonra Türk hukuku, yabancı kanunların tümüyle benimsenmesi (resepsiyon¹¹³) yoluyla İslam hukuku çerçevesinden çıkıp kıta Avrupası hukuk çevresine dâhil olmuştur¹¹⁴. İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasıyla başlayan

¹¹⁰UMŞK m. 53: “*Tarafeynden biri Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanûnu'nun 62 inci maddesinde münderic esbâba istinâden da'vânın hükmüne kadar temyîze mürâcaatla reddi kadı talebinde bulunabilir.*” Özkan, s. 59 ve dñn. 280.

¹¹¹Akman, A., 1917 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îyye Kararnâmesi ve Tahlili, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1985, s. 83.

¹¹²Akman, s. 82-83.

¹¹³Toptan benimsemeler, çoğu kez “hukuk devriminin” (Rechtsrevolution) göstergesidir. Özsunay, resepsiyon kavramını; ‘belli bir hukuk sisteminde yer alan bir ulusal hukuk düzeninin, bağlı bulunduğu hukuk sisteminden alınarak, başka bir hukuk sistemine yerleştirilmesi’ olarak tanımlamıştır: Özsunay, E., “Yabancı Hukukun Benimsenmesi Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler”, Atatürk'ün Hukuk Devrimi, İstanbul, 1983, s.16.

¹¹⁴Konu hakkında bkz. Hanağası, E., Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun Tarihîsel Gelişimi, 2001, (Tarihîsel Gelişim) s. 15-22 vd.

kodifikasyon sürecinde hâkimin reddi kurumu 04.10.1927’de yürürlüğü gerçekleşen 1086 sayılı HUMK m. 28. ve devamı maddelerinde hükme bağlanmıştır. HUMK hükümleri çoğunlukla İsviçre’nin Neuchâtel Kantonunun 1925 yılında kabul edilen Medeni Usul Kanunu’ndan alınmıştır. CPCN’in iktibası sırasında, bazı bölümler için Fransız¹¹⁵ ve Alman hukuku yargılama kurallarından da yararlanılmıştır¹¹⁶.

HUMK yürürlüğünden bu yana medeni yargılama hukukumuzda hâkimin reddine ilişkin hükümler, hem HMK’nın kabulüne dek bazı değişikliklere uğramış, hem de HMK’da yeniden ele alınmıştır. HMK’nın hazırlanma sürecinde, hâkimin reddi konusuna ilişkin düzenlemeler bakımından 1086 sayılı Kanun’un değiştirilmesi amacıyla hazırlanan tasarıların etkili olduğu şüphesizdir¹¹⁷. Bu tasarıların hepsinde, davaların sürüncemede kalmasına sebebiyet veren hususların tespitine ve çözümüne çalışılmış; geciken yargılamayı hızlandırmak ile davaların hızlı bir şekilde çözümünü sağlayabilmek amaçlanmıştır. Bu tasarılar da, hâkimin reddi konusundaki düzenlemeler hakkında da değişmeyen iki gerekçe göze batmaktadır; “hâkimin reddi taleplerinin kötü niyetle ileri sürülmesini engelleyebilmek” ve böylelikle, “yargılamaların gecikmeden yürütülmesini sağlamak”.

Bununla birlikte, 1086 sayılı Kanun’da değişiklik yapan 2494 sayılı Kanun yürürlükteki düzenlemelere de aynen yansıdığı şekliyle, son olarak HMK’yı değiştiren 7251 sayılı Kanun’la birlikte, hâkimin reddi konusundaki en kapsamlı revizyonu

¹¹⁵Örneğin, ispat araçları ve senetler konusu Fransız Medeni Kanunu’nun iktibasıyla düzenlenmiştir.

¹¹⁶Yılmaz, E., “Cumhuriyetimizin Yetmiş beş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra İflâs Kanununu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler”, Cumhuriyet ve 75 Yıllık Hukuk Uygulaması Semineri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.3, 1998, s. 872.

¹¹⁷1086 sayılı HUMK’u değiştiren kanunlar ile değiştirilen HUMK maddeleri gösterir cetvel için; Kuru, B., Arslan R., Yılmaz, E., En Son Değişikliklere Göre Notlu-Gerekçeli-Sözlüklü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2010, s. 23-25. Ayrıca bkz. Pekcanitez, H., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008, s. 17; Taşpınar Ayvaz, S., Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 135. Tasarılar için bkz. Özer, T., HUMK’tan HMK’ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları, İstanbul 2012, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 7-8 vd.

içerir. Açıklananlar doğrultusunda, aşağıda önce 1086 sayılı Kanun'da hâkimin reddine ilişkin düzenlemelere, daha sonrasında da genel itibariyle HMK'da hâkimin reddiyle ilgili hükümlerle bu hükümlerin hangi şekilde 1086 sayılı Kanun hükümlerinden ayrıldığı ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

1.2.2.2.1 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Hâkimin Reddi

HUMK'un redde ilişkin hükümlerinde, CPCN 19, 21 ve 22. maddeleriyle birlikte ispata ilişkin hükümlere uyum sağlanması açısından da, ZPO'nun örnek alındığı görülür¹¹⁸. Kanunda ret sebeplerine, 29. maddede, önce özel olarak ret sebebinin var olduğu hallerin belirtilmesi ardından son fıkrada, genel olarak redde neden olacak gerekçenin ifade edilmesi yoluyla yer verilmiştir. Buna göre hâkim, davada taraflardan birine öğüt (nasihat) vermiş ya da yol göstermişse; ihsas- ı reyde bulunmuşsa; davada tanık (şahit), bilirkişi (ehlihibre), hakem ya da hâkim sıfatlarıyla dinlenmiş veya hareket etmişse; dava, dördüncü dereceye kadar ve bu derece dâhil yansoy (civar) hısımlarına aitse; taraflardan birisiyle arasında dava ya da düşmanlık varsa ve “genel olarak (umumiyetle) hâkimin tarafsızlığından (bitaraflığından) şüpheyi gerektiren (mucip) önemli sebep/ öneme sahip gerekçe (esbabı mühimme) bulunuyorsa” reddedilebilecektir (HUMK m. 29).

Görüldüğü üzere kanun koyucu, önce ret sebebi teşkil eden özel halleri saymış, ardından genel bir ifadeye yer vermiştir. İlk beş durum dışında, tarafsızlıktan şüphe edilmesi halinde, son fıkradaki ifadeye başvurulacaktır. Madde, HMK'nın kabulüne dek; kaldı ki yürürlükteki haliyle maddenin yalnızca şekli anlamda yeniden düzenlendiği kabul edilir; ret sebeplerinin sayıldığı ilk beş bendiyle CPCN, son ve altıncı bentteki genel ret sebebiyle de ZPO kökenlidir.

¹¹⁸Özkan, s. 57-58 ve dpn. 273; “Reddi hâkim sebepleriyle aşağıdaki şehâdet faslındaki iknâ' sebepleri arasında insicâmı te'mîn için her iki fasıl Alman Usûl-i Hukukiyyesi'ne göre te'lif edilerek o sûretle kaleme alınmış ve bu fasılda zâid ve tekrâr görülen mevâd ve fıkârât tayyolunmuştur”.

HUMK m.31, ret sebepleri olduğu halde bunu bildirmeyen veya taraflarca reddedilmeyen hâkimin davaya bakmaya devam edeceğine yer verilmiştir. Aynı zamanda düzenlemeye, iki tarafın muvafakati halinde hâkimin davaya bakabileceği ifade edilmiştir. Kural, CPCN m. 21'e tekabül eder.

Tarafların hâkimi reddetmediği ancak hâkimin bizzat davadan çekildiği hallerde ret sebeplerinin yetkili mercice inceleneceği HUMK m. 32 ile hükme bağlamıştır. Düzenlemeye göre, hâkim, hakkındaki ret sebeplerini bildirerek davadan çekilir ise reddi incelemekle yetkili merci, bu kararın yerine olup olmadığına karar verecektir (HUMK m. 32)¹¹⁹. Başlangıçta CPCN 22. maddesinden aynen alınan hüküm, 2494 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle köklü bir değişikliğe uğrayarak yürürlükteki halini almıştır. Değişiklikten önce ise hâkimin kendisini reddetmesi, çekinme kararıyla bir tutulmuş ve bu husus ret sebeplerinin tahkik edilmemesi yönünde eleştirilmiştir¹²⁰.

Hâkimin reddi taleplerini incelemeye yetkili merciler, HUMK m. 33'de gösterilmiştir. Talepler, reddi istenen hâkim katılmaksızın mensubu bulunduğu mahkemede incelenir, mahkeme tek hâkimden oluşuyorsa veya reddi istenen hâkim katılamadığından heyet toplanamıyorsa, aynı çevrede aynı görevde başka hâkimce ret talebi incelenecektir. Eğer aynı çevrede aynı görev ve yetkide başka hâkim de

¹¹⁹1086 sayılı Kanun'un 2494 sayılı Kanun'la değiştirilen 32. maddesinin tezahürü olan bu kural, değişiklikten önce, husus ret sebeplerinin tahkik edilmemesi yönünde doktrinde öteden beri eleştirilmiştir. Postacıoğlu, konu hakkında (Kuru, Bilge, Üstündağ tarafından da farklı gerekçelerle aynı görüşün benimsendiğini de belirterek bkz. dpn. 48-49) hâkimin kendisini reddetmesi durumunda tarafların da onayına ihtiyaç olduğunu ve hâkim kendiliğinden çekilebilseydi buna ihtiyaç olmayacağını; Almanya ve Fransa'da hukuk davalarında hâkimin kendisini reddinin tahkike tabii tutulduğu ve bunu kendisini reddeden hâkimden başka bir merciin değerlendirdiğini; reddin tahkik edilmemesi halinde bu yönde serbestliğin ortaya çıkacağını özellikle vurgulamaktadır: bkz. Postacıoğlu, s. 82- 83. 2494 sayılı Kanun değişikliği için de ayrıca bkz. Hanağası, Tarihsel Gelişim, s. 135- 136.

¹²⁰2494/3 ile yapılan değişiklikten önce, "hakkında ret sebebi bulunduğunu öğrenen hâkimin çekilme isteğini derhal mahkeme kalemine bildirmesi gerektiğini" öngören HUMK m.32, şu şekildedir; "*Reddini mucip sebebe vakıf olan hâkim derhal istinkâfını mahkeme kalemine tahriren bildirir. Mahkeme başkâtibi de bunu hemen iki tarafa bilâhare tebliğ eder*".

bulunmuyorsa, ret talebi, örneğin, asliye hukuk hâkimi bulunmadığında; önce asliye ceza, o da yoksa en yakın asliye hukuk hâkimliğince incelenir (HUMK m. 33/2).

Reddi istenen hâkim sulh hukuk hâkimi ise eğer, ret talebi, diğer sulh hukuk mahkemesi hâkimince, başka sulh hukuk hâkimi yoksa sırasıyla; aynı yerdeki sulh ceza; asliye hukuk; asliye ceza mahkemesi hâkimlerince incelenir. Bunlar da yok ise, talep, en yakın yerde aynı görevdeki hâkimce incelenecektir (HUMK m. 33/3).

Bölge adliye mahkemesi başkan ve üyelerinin reddedilmesine ilişkin talepler, reddedilen hâkim katılmaksızın görevli olduğu daire tarafından karara bağlanacaktır¹²¹ (HUMK m. 33/4). HUMK m. 33 ilk fıkrasında ayrıca, tarafların temsili söz konusu olduğunda, tarafsızlığından şüphe edilen hâkim hakkında ret talebinde bulunabilmesi için vekilin vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerektiği ifade edilmiştir (HUMK m. 33/1). Daha sonrasında da ifade edeceğimiz üzere, hâkimin reddinin tarafların temsilcisi tarafından ileri sürülmesinin özel yetki gerektirdiğine ilişkin HUMK hükmü, HUMK'nın ilgili maddesinde ve hâkimin reddine ilişkin diğer düzenlemelerinde yer almamaktadır.

Hâkimin reddi talebinin ileri sürülmesine ilişkin esaslar, HUMK m. 34'de düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, hâkim hakkındaki ret taleplerinin “bilinmesi” durumunda en geç ilk duruşma yapılması gerektiği, eğer taraf hâkim hakkındaki ret sebebini yargılama sırasında “öğrendiyse”, yeni bir işlem yapılmadan, hemen bu isteğini bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir (HUMK m. 34/1).

Hâkimin reddedilmesine ilişkin talebin dilekçeyle yapılması gerektiği, yani reddin yazılı şekilde yapılmasına ilişkin geçerlilik şartı HUMK m. 34/2'de yer almıştır. Ayrıca yazılı şekilde yapılan talebe, ret talebinin dayandığı delillerin ve varsa belgelerin açıkça eklenmesi gerektiği aynı fıkra da ifade edilmiştir (HUMK m. 34/2).

¹²¹26.09.2004, 5236/3.

Tarafların hâkimin reddine ilişkin talep ileri sürdükten sonra bundan feragat edemeyecekleri; ileri sürülen ret talebinin geri alınamayacağı HUMK m. 34’de belirtilmiştir. Aynı maddede, hâkimin reddi talebi ileri sürüldükten sonra bu talebe ilişkin dosyanın karşı tarafın beş gün içinde cevap vermesinin beklenmesi suretiyle reddedilen hâkime gönderileceği, akabinde de yine beş günlük sürede hâkimin hakkındaki talebini inceleyip, düşüncesini yazıyla bildirerek talebi inceleyecek merciye göndermesi için mahkeme başkatibine vereceği ifade edilmiştir (HUMK m. 34/3 ve 4).

Ret taleplerinin ileri sürülmesi hakkındaki HUMK m. 34, aynı zamanda ret sebeplerinin yazılı delillerle ileri sürülmemesi durumunda ret taleplerini inceleyecek olan merciin ret talebini buna dayanarak reddedebileceğini veyahut bu sebeple tanık dinleyip karar verebileceğini öngörmüştür (HUMK m. 34/5).

HUMK, 2494 sayılı Kanun’la hâkimin reddi konusundaki düzenlemeler bakımından kapsamlı bir değişikliğe uğramıştır. Söz konusu kanunla birlikte HUMK’un 35. maddesi olarak kanunda yer verilen kurumlardan biri de, hâkimin reddi taleplerinin reddi istenen hâkim tarafından bizzat geri çevrilmesidir. Bu hallerde ret talepleri, yetkili merci incelemesine tâbi tutulmaksızın, reddedilen hâkimin bizzat kendisi tarafından reddedilir. HUMK’da da aynı şekilde yer verilmiş olan düzenlemeye göre; ret talebi zamanında yapılmamış ise, talepte hâkimin reddedilmesine neden olan sebep veya deliller öne sürülmemişse, istemin yargılama sürecini uzatma yönünde yapılması söz konusuysa ve bu anlaşılıyorsa, hâkim hakkındaki talep, kendisi tarafından geri çevrilecektir (HUMK m. 35/1).

Ret taleplerinin geri çevrilmesi kararları karşısında ancak hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabileceği hususu, 5236 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle ilgili hükme eklenmiştir¹²².

Ret taleplerine ilişkin kararın duruşma yapılmadan verilebileceği dolayısıyla da ret talebinin incelenmesi usulüne HUMK m. 36'da yer verilmiştir. Bu süreçte hâkim, yetkili merci ret talebi hakkında karar verene dek, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında dava veya işe bakamayacaktır. Aynı zamanda, reddi istenen hâkim, daha önce hakkında aynı sebeplere dayanılarak ret talebinde bulunulduysa ve talep, yetkili merci tarafından reddedilmediyse, davaya veya işe bakmaya devam edebilecektir (HUMK m. 36/ 2 ve 3).

HUMK m. 36/4, ret taleplerinin kötü niyetle ileri sürülmesi durumunda kötü niyetle talep ileri süren tarafa/taflara uygulanacak disiplin para cezasını öngörmüştür. Fıkra, yürürlüğünden bu yana hâkimin tarafsızlığını ve dava taraflarının hâkimin tarafsızlığına tamamen güvenmelerini sağlama amacıyla yer verilen ret hükümlerinin uygulamada asıl amacından saptırılarak, kötü niyetli taraflarca suiistimal edilmesi gerekçesiyle ve davanın aleyhlerine gelişen tarafları dürüstlük kuralına aykırı şekilde talepte bulunmaktan caydırmak amacıyla pek çok kez değişikliğe uğramıştır (HUMK m. 36/4)¹²³. Ancak bu noktada belirtmemiz gerekir ki, HMK'nın kabulüne kadar hazırlanan tasarıların hepsinde hüküm yeniden ele alınmış ve davanın aleyhlerine geliştiğini gören tarafların verilen bu para cezasını zaten göze aldıkları, öte yandan maddi imkânları bulunmayan kişilerin para cezasının öngörülmesiyle birlikte kanunun kendilerine tanıdığı bu hakkı kullanmaktan çekindikleri ifade edilmiştir.

¹²²26.09.2004, 5236/4.

¹²³HUMK m. 36/4, kanunda doğrudan değişiklik yapan kanunlardan sırasıyla 1582; 2494; 5236 ve 5278 sayılı Kanunlarla değişikliğe uğramıştır. 23.02.1930 tarihli Adliye Encümeni mazbatasında para cezalarına ilişkin ana değişiklik nedeni; dava taraflarının hâkimin tarafsızlığına tamamen güvenmeleri ile birlikte bazı kimselerin aleyhlerindeki davayı uzatıp durumu lehlerine çevirmek amacıyla kötü niyetli kullanımlarının önüne geçmek olarak ifade edilmiştir.

36. maddenin devamında ek olarak düzenlenen 36/A ve 36/B hükümleriyle, hâkimin reddi talepleri karşısında başvurulabilecek kanun yolları ve taleplerin taleplerinin kabulü halinde ortaya çıkacak sonuçlar öngörülmüştür.

HUMK m. 36/A'ya göre, esas hüküm bakımından istinaf yolu kapalı bulunan dava veya işlerde ret talebine ilişkin merci kararları kesindir. Esas hüküm bakımından istinaf yolu açık bulundan dava veya işlerde ise, ret talebine ilişkin yetkili merci kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde istinafa başvuru yapılabilir. Şayet tarafların ret talebi ve hâkim hakkındaki ret sebepleri haklı bulunursa, ret sebebi doğduğu andan itibaren reddedilen hâkimin yaptığı esasa ilişkin işlemler, ret talebinde bulunan tarafça itiraz edilmiş olma koşuluyla, davaya devam edecek hâkim tarafından iptal olunur (HUMK m. 36A/1,2 ve 3).

Temyiz yoluna başvuru için, bölge adliye mahkemesi başkan ve üyelerinin reddi aranmış, istinaf yoluyla aynı koşullar öngörülmüştür. Yine yedi gün içinde temyiz yoluna başvurulabilecek ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin reddine ilişkin talep kabul edilir ve kesinleşirse, daha önce yapılan esasa ilişkin işlemler, yargılamayı sürdürecektir hâkim tarafından iptal edilecektir (HUMK m. 36B/1,2 ve 3).

1.2.2.2.2 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda Hâkimin Reddi

01.10.2011'de yürürlüğe giren HMK'da hâkimin reddine ilişkin düzenlemeler, 36. ve 44. maddeler arasında yer alır. Kanun koyucu, tarafsızlığından şüphe duyulan hâkimin reddedilebiliyor olmasını, yargılamaya ilişkin temel haklardan adli yargılanabilmenin ve bunu mümkün kılan unsurların sağlanmasıyla, yani kişilerin, kanuni, bağımsız, tarafsız mahkeme önünde hukuki himaye talep edebilmesiyle açıklamaktadır. Bu bağlamda hâkimin reddedilmesine ilişkin düzenlemeleri genel

itibariyle, tüm yargılamaların olduğu gibi medeni yargılamanın da amacı¹²⁴ olan kamu düzenin korunmasıyla sosyal refahın sağlanması çerçevesinde, hakların korunmasına, tespitine ve gerçekleştirilmesine hizmet eden temel bir yargılama hukuku kurumu olarak nitelendirmek mümkündür.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden ve aşağıda ayrıntılarıyla incelenecek HMK'nın 36 ile 44. maddelerinde ve bu maddeler arasında yer alan hâkimin reddedilebilmesine ilişkin hükümler, bazı yönleriyle yukarıda ifade edilen HUMK düzenlemelerinden ayrılmaktadır. Bunun için özel olarak HMK hükümlerinin incelenmesinden önce, genel itibariyle HMK ile öngörülen kurallardan ve mülga düzenlemeler ile farklılıklarına değineceğiz.

Öncelikle, HMK'nın ret sebeplerini düzenleyen 36. maddesinde önce hâkimin reddedilmesine sebep olacak genel gerekçe gösterilmiştir. Buna göre, hâkimin tarafsızlığından şüphe edildiğinde, hâkim reddedilebilecektir. Reddin gerçekleşmesi için, HUMK'da olduğu gibi, önemli bir sebep aranmaktadır. Akabinde özel olarak,

¹²⁴Genel olarak medeni yargılama hukuku amacı hakkında bkz. Jauernig, naklen Alangoya, s. 72-73; Taşpınar Ayvaz (Amaç Sorunu); Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 44-54; Börü, s. 32, 33 vd. Ayrıca, Medeni yargılama amaç üzerine ortaya çıkmış görüşler, görüşlerin içeriği ve detaylı açıklamalar için (sırasıyla; “kendiliğinden hak almayı ikame etme”, “hukuk barışını gerçekleştirme veya koruma”, “gerçeğe ulaşma veya gerçek hukuki durumun tespiti”, “adaletli karar verebilme”, “ hukuk düzenini gerçekleştirme” ve “ hakları koruma, tespit etme ve gerçekleştirme”) bkz. Taşpınar Ayvaz, s. 764- 782. Özel olarak Türk hukukunda medeni yargılamanın amacı hakkında; Alangoya, gerçeğe ulaşmak (Alangoya, s. 84- 93); Kuru, itiraza uğrayan hakların gerçekleştirilmesi yoluyla hukuk barışını sağlayabilmek (El kitabı); Arslan, sübjektif hakların saptanması ve sağlanması ile bu sayede hukuksal güvenlik ile barışı koruyabilmek (Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 38-39, yazar, mahkemelerin yargı faaliyeti ile birlikte bir yandan objektif kuralların geçerli olacağını bir yandan medeni usul hukukunun sübjektif hakların saptanması ve sağlanması amacına ulaşılacağını belirtmiş bunun yanında hakların tespit edilip gerçekleşmesinin sağlanmasıyla usulün diğer amacı olan hukuk güvenliğinin ve barışın korunacağını ifade eder); Yılmaz, adaletle ulaşmak ve adaletli karar verebilmek (Yılmaz, Islah, s. 30-31, yazar, maddi gerçekte birlikte çabuk ve etkili yargılama aracılığıyla adaletle ulaşmayı ve adaletin sağlanmasını amaç olarak görmüştür), Taşpınar Ayvaz; hakları korumak tespit etmek ve gerçekleştirmek (Taşpınar Ayvaz, Amaç Sorunu, s. 786- 787, böylelikle tali olarak nitelendirdiği amaçlara da ulaşılacağı (hukuk güvenliği, toplumsal barış...) ayrıca medeni usulün karakterini en iyi yansıtan kuramın bu olduğunu ifade etmiştir.); Hanağası, amaçlar bütünüünün bulunduğuyla günümüzde şeklen bireysel hukuki korumanın sağlanması değil etkin hukuki korumanın sağlanmasını gerekli ve yeterli görmüştür (Hanağası, amaçlar ve silahların eşitliği konusunda inceleme için bkz. Silahların Eşitliği, s. 44-54).

daha önce sayıldığı şekliyle, önemli sebeplere örnekler verilmiştir. Bu bakımdan hükmün yalnızca şekli anlamda yeniden düzenlendiği söylenebilir.

HMK, ret sebepleri olduğu takdirde “çekilme”nin söz konusu olduğunu ifade eder. Bu durum mülga 38. maddede kullanılan “çekinmeye davet” ibaresinden hareketle getirilen önemli farklılıklardan biridir.

HMK’nın hâkimin bizzat çekilmemesi hali başlıklı 37. maddesi, 1086 sayılı Kanun’un 31. maddesinin ilk fıkrasına tekabül eder. Düzenlemeye göre, hâkim, reddini gerektiren sebebi bildirip bizzat çekilmezse, iki taraftan biri onu reddedinceye kadar davaya bakmaya devam eder. Ne var ki, 1086 sayılı Kanunun ilgili düzenlemeye ait ikinci fıkrası, HMK’ya alınmamıştır. Buna göre, hakkında ret sebebi bulunan veya davaya bakmaktan yasaklı olan hâkim, iki tarafın muvafakati ile davaya devam edebiliyorken; HMK’da özellikle tarafların bu konudaki tasarrufuna izin verilmemiş, söz konusu hükmün hâkimin yargılamadaki rolüyle yargı bağımsızlığı kavramıyla bağdaşmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Hâkimin reddi usulü, HMK m. 38’de düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 7251 sayılı Kanun’la birlikte ret talebinin incelenmesi hakkındaki mülga 6 ve 7. fıkraları, kanunun ilgili 42. maddesine 2. ve 3. fıkralar olarak eklenmiş ve maddelerin devamı bu değişikliğe göre teselsül ettirilmiştir. Bunun dışında, 7251 sayılı Kanun’la, 38. maddenin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle, kaldırılan “hâkimin reddine ilişkin kararlar aleyhine ancak hükümle birlikte kanun yollarına başvurulabileceği” ifadesi ile talebe karşı kanun yollarının düzenlendiği 43. maddenin “esas hüküm bakımından istinaf yolu mümkün olan dava ve işlerde ret talebi hakkındaki merci kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulabileceği” ifadesi arasındaki çelişki giderilmiştir. Çünkü bir tarafta ret talebi sonucunda verilen merci kararının hükümle birlikte kanun yoluna

götürülebileceğinden bahsedilmiş, diğer tarafta ise ret talebine karşı hemen kanun yoluna gidilebilmesi söz konusu edilmiştir.

HUMK'un ret usulünü düzenleyen 34. maddesinde, hâkimin reddi halinde karşı tarafın vereceği cevabı ve hâkimin dosyayı incelemesi için yazılı beşer günlük sürenin HMK ile birlikte bir haftaya çıkarıldığı görülmektedir.

Son olarak, HUMK'da yer verilmiş olan yazılı delil gösterilmeyen ret talepleri hakkında mercice tanık dinlenebileceği ifadesi, ret sebeplerinin ispatı bakımından geçerli olan serbest delil sistemi karşısında HMK'nın ret usulünü düzenleyen 38. maddesine alınmamıştır.

Kanun koyucu, hâkimin davada kendisini bizzat reddetmesi ve bu durumun tarafların ret talebinde bulunması halinde olduğu gibi yetkili merci incelemesine tâbi tutulacağını 39. maddede, “çekilme kararının incelenmesi” başlığıyla düzenlemiştir. HUMK'un 32. madde hükmüne tekabül eden kural, yukarıda izah edildiği üzere 2494 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklerdendir.

Ret taleplerini incelemeye yetkili merciler HMK m. 40'da yer alır. Söz konusu hüküm, ilk fıkrası hariç olmak üzere HUMK 33. maddenin yeniden düzenlenmiş halidir. Tarafların vekilinin hâkimi reddedebilmesi için özel yetki sahibi olması gerektiği hususunu düzenleyen eski ilk fıkra hükmü (HUMK m. 33/1), HMK'ya alınmamıştır. HMK'da davaya vekâlette özel yetki verilmesi gereken halleri öngören 74. madde hâkimin reddinin özel yetki gerektirdiği açıkça düzenlemektedir.

Hâkimin reddi taleplerinin reddedilen hâkim tarafından bizzat geri çevrileceği haller HMK'da, “ret talebinin geri çevrilmesi” başlığı altında 41. maddede düzenlenmiştir. HUMK'a 2494 sayılı Kanun'la getirilen ve HMK'da aynı şekilde yer verilen düzenlemeye göre, zamanında yapılmayan; inandırıcı delil ve emare gösterilmeyen; davayı uzatmak amacıyla yapılan ret talepleri, toplu mahkemelerde; ki

yalnızca ilk derece mahkemeleri bakımından asliye ticaret mahkemesinin görev alanına giren bazı davalar bakımından; reddedilen hâkimin incelemeye katılması ile, diğer hallerde ret talebinin bizzat reddedilen hâkim tarafından geri çevrilmesine karar verilir.

Hâkimin reddi taleplerinin incelenmesi hakkındaki usul, HMK'nın 42. maddesinde düzenlenmiştir¹²⁵. Biraz önce belirtildiği üzere maddedeki son değişiklik 7251 sayılı kanunla yapılmış olup, daha önce kanunun 38. maddesinde yer alan “ret sebebi sabit olmasa bile, merci bunu muhtemel görürse, ret talebini kabul edebilir” ve “ret sebepleri hakkında yemin teklif olunamaz” ifadeleri hükme ikinci ve üçüncü fıkralar olarak dâhil edilmiştir. Maddenin kötü niyetle ret talebinde bulunanlar için öngörmüş olduğu para cezası, hukukun her alanında geçerli olan dürüstlük kuralının görünümünden biridir. Aynı zamanda çalışmanın ilerleyen kısımlarında inceleneceği üzere, söz konusu hükümle ret talepleri bakımından basit yargılama usulünün ve serbest delil sisteminin kabul edildiği görülmektedir.

Son olarak, ret talepleri hakkındaki kararlara karşı başvurulabilecek kanun yolları, HMK'nın 43. ve 44. maddelerinde düzenlenmiştir¹²⁶.

Taleplere karşı başvurulabilecek olağan kanun yolları açısından, esas hüküm bakımından istinaf ve temyize elverişli olma; esas hüküm bakımından istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulabilme şartı aranmış ve ilk derece mahkemesi hâkimlerinin reddi ile istinaf merci hâkimlerinin reddi hakkındaki kararlara karşı farklı kanun yolları öngörülmüştür. Hem istinaf hem de temyize başvuru süresi, kanunun 345. ve 361.

¹²⁵ 1086 sayılı Kanunda kötü niyetle ret talebinde bulunanlar için öngörülen disiplin para cezası (HUMK m. 36/4) ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aynı konu hakkındaki 42/6 maddesi, nitelik itibarıyla birbiriyle örtüşen hükümlerdir. Zira 1086 sayılı Kanun'un ilgili hükmü 6100 sayılı Kanun'un hazırlandığı 2008 yılında değişikliğe uğramış ve ret taleplerinin usul veya esas yönünde reddi arasındaki ayırım kaldırılmıştır. Öte yandan, hükümde öngörülen iki haftalık süre, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına uyum sağlanması amacıyla getirilmiştir.

¹²⁶ 1086 sayılı Kanun'a istinaf kanun yolunun kabul edilmesi doğrultusunda eklenen 36/A ve 36/B'nin karşılığıdır.

maddelerinde öngörülenden farklı olarak, iki hafta değil, bir hafta olarak belirlenmiştir. Öte yandan, her iki durumda da, kanunun 347. maddesinde öngörülen dilekçeler aşaması söz konusu değildir.

HMK'nın kabulüyle getirilen ve önem arz eden bir diğer değişiklik ise, olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın iadesi hakkındadır. HMK, hakkında ret sebebi haklı bulunan hâkimin davaya bakmaya devam etmesi ve yargılamaya katılması durumunda yargılamanın iadesinin söz konusu olabileceğini düzenlemiştir (HMK m. 375/1-b). HUMK döneminde yargılamanın iadesi, olağanüstü kanun yolu olarak yalnızca yasaklı hâkimin yargılamaya katılması hakkında öngörülmüşken, HMK ile birlikte tarafsız olmadığına kesin olarak kanaat getirilen ve hakkında ret sebebi bulunmasına rağmen ve bu ret sebebi yetkili mercice haklı bulunmasına rağmen o hâkimin yargılamaya katılabilmesine izin verilmemiştir.

Özetle ifade edilirse, hâkimin reddi kurumuna ilişkin düzenlemeler hem HMK'nın kabulü ve yürürlüğüne dek bazı değişikliklere uğramış, hem de HMK'da yeniden ele alınmıştır. HMK'nın hazırlanma sürecinde, hâkimin reddi konusuna ilişkin düzenlemeler bakımından HUMK'un değiştirilmesi amacıyla hazırlanan tasarıların etkili olduğu şüphesizdir. Bununla birlikte, HUMK'da değişiklik yapan 2494 sayılı Kanun yürürlükteki düzenlemelere de aynen yansıdığı şekliyle, son olarak HMK'da değişiklik yapan 7251 sayılı Kanun'la birlikte, hâkimin reddi konusundaki en kapsamlı revizyonu içerir.

HUMK'ta redde ilişkin düzenlemeler bakımından tercih edilen sistematik, bazı yönleriyle HMK'da tercih edilenden ayrılmaktadır. Örnek verilecek olursa, HUMK'da hâkimin kendisi hakkında ret sebeplerini bildirmesi ve davadan çekilmesi, ret talebini incelemeye yetkili merciler ile ret usulünden daha önce düzenlenmiş, ret talebinin ileri sürülmesiyle ilgili esaslar ise, ileri sürülen ret talebini incelemeye yetkili mercilerden

önce gelmiştir. Bu bakımdan HMK, önce ret usulünü, ardından, ileride açıklanacağı üzere kısmen aynı usule tabi olan çekilme kararı ile bu kararın incelenmesini (ki kanaatimce çekilme kararının yetkili mercice inceleneceğine ilişkin ifade, yetkili mercilerin belirtilmesi ardından gelmelidir), sonrasında ise ret talebini incelemeye yetkili mercileri öngörmektedir.

HMK’da redde ilişkin düzenlemelerin hukukumuzdaki yerini ve önemini şüphesiz en açık şekilde belli eden husus, hakkında ret sebebi bulunan hâkimin yargılamaya katılması durumunda kesinleşen kararlar karşısında yargılamanın yenilenmesinin mümkün olmasıdır. Kanun koyucu, mutlak şekilde tarafsızlığı etkilediği kabul edilen yasaklılık halleri dışında, yetkili mercinin hem taraf bakış açısı hem de mahkemenin tarafsız görünümü doğrultusunda değerlendirmekle yükümlü olduğu ve belli olay veya olgularla taraflarca ileri sürülen ret sebeplerini de haklı bulundukları takdirde yargılamanın iadesi konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir.

1.3 Hâkimin Tarafsızlığı ve Dava ve İşlere Bakamaması

1.3.1 Hâkim Kavramı

1.3.1.1 Tanım

Türk milleti adına yargı yetkisini kullanmak görevi, bağımsız ve tarafsız hâkimlere verilmiştir (Anayasa m. 9). Mahkemeler, bir uyuşmazlık veya iş söz konusu olduğunda, yargı görevini yerine getirmek üzere devlet tarafından kurulan, bağımsız olması gereken mercilerdir.

Hâkimler ise, devleti temsil eden, tarafsızlığına ve adilliğine güvenilerek bir uyuşmazlığı çözüme ulaştırmak için yetkili kılınan kimselerdir.

Arapça “h-k-m” kökünden türetilmiş, eski ve bugünkü Türkçe’de de halen kullanılan “hâkim” kelimesi; hüküm veren, karar veren, egemenliğini buyruğunu

yürüten, söz geçiren anlamlarına gelir. Bir görüşe göre ise, hâkim, hak kelimesinden türetilmiş olup, hak sahibine hakkını veren kişiyi ifade etmektedir¹²⁷.

Toplumda devletin temeli olan adaleti gerçekleştirebilen ve bunu temin edebilen hâkimlerin yargılamadaki önemi açıktır¹²⁸. Mesleğin gereklerini iyi şekilde öğrenmiş ve öğretilmiş, herhangi bir iradenin altında kalmaksızın, objektif ve tarafsız, dürüst ve toplumu tanıyabilen, tek kaygısı adaletli karar verebilmek olan hâkimle, doğru ve adil bir yargılama yapılabilir. Bunun için esasında kamu görevlisi olan hâkimlerin statüsü diğer kamu görevlilerinden ayrı tutulmuş, yalnızca kendilerine ait olan bazı teminatlara sahip kılınmışlardır.

Hâkimlerde bulunması gereken nitelikler, hâkimlerin görev yerlerine ilişkin esaslar, haklarındaki disiplin işlemleri, meslek öncesi eğitimleri ve adaylık süreçleri ayrıca emeklilik, izin gibi özlük hakları bağımsızlık ve hâkimlik teminatı esaslarına göre, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda düzenlenmiştir (Anayasa m. 140).

Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda yer alan esaslarla, hâkimlerin görevini gerektiği gibi yapıp yapmadıklarını ve görevleri esnasında, görev gereği veya görev esnasında suç teşkil eden eylemde bulunup bulunmadıklarını denetleme; davranış ve tutumlarının mesleklerine/görevlerine uyup uymadığını araştırma ve gerekirse, haklarında inceleme yapmak suretiyle soruşturma süreçlerini yürütme yetkilerine sahiptir. Nitekim yargının bağımsızlığı gereği, yargı görevini ifâyla yükümlü kişiler hakkındaki hususların incelenmesi, temini veya bu kişilerin mesleklerine başlaması veya görevlerinin sonlanması, bağımsız bir organca

¹²⁷ Sezer, Y., Ermumcu, O., Bilgin, H., “Yeni Düzenlemeler Işığında İdari Yargıda Hâkimin Çekinmesi ve Reddi”, Adalet Akademisi Dergisi, 2011, s. 126.

¹²⁸Kuru, B., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019, s. 19; “Hakim; öncülleri (topikleri) doğru seçmesini, öncülleri olaya uygulamasını ve doğru sonuç çıkarmasını iyi bilen kişidir”, Karayalçın, Y., Yongalık, A., Hukukta Metod- Problem Çözme, s. 22, 130 ve dñn. 7.

yerine getirilmelidir¹²⁹. Ülkemizde HSK'nın içyapısı ve denetim mekanizmalarını yargı bağımsızlığı gerekleri düşünülerek ayrıca incelemek gerekir, ancak konumuz itibarıyla bu hususu sadece vurgulamakla yetiniyoruz¹³⁰.

Hâkimlerin yargı yetkisi kullanmaktan başka bir görev yapabilmeleri ancak özel bir kanun hükmüyle mümkün olabilir (Anayasa m. 79; 2980 sayılı Kanun m. 10-20). Hâkimler, görevlerinden başka hiçbir resmi ve özel görevde veya kazanç getiren bir faaliyette bulunamaz; hakemlik yapamaz; hükümet komiseri veya iflâs idare memuru tayin edilemez, vasiyeti yerine getirme görevlisi olamazlar. Öte yandan, bazı genel yükümlülüklerden de muaf tutulmuşlardır. Örneğin, hâkim olanlar, vasilikten kaçınabilen kişiler arasındadır (TMK m. 407).

Yukarıda açıklananlar ışığında genel olarak hâkimi, tarafsız biçimde yargılamayı yürütme, uyuşmazlıklar hakkında karar verme yetkisine sahip; statüsü diğer kamu görevlilerinkinden ayrı tutulmuş; mesleğe başlaması belirli şartlara bağlanmış ve başta özlük hakları olmak üzere hakkındaki temel hususlar Anayasada güvence altına alınmış yargı mensubu olarak tanımlamak yerinde olur¹³¹.

¹²⁹Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, 1998, 1,3.

¹³⁰HSK'nın iç yapılanması, adalet bakanı ve müsteşarının tabii üye sıfatı, meclis genel kurulunca seçilecek olan yedi üyenin meclis çoğunluğu yani günümüz şartlarında koalisyon partilerince seçiliyor olması, kurulun denetiminde bakanlığın müsteşarlığının rol alması ve bunlarca tutulan raporun birinci kaynak sıfatını haiz olması ve zaten belli bir siyasi partiyle ilişkisi olan Cumhurbaşkanı'nın kurul üzerinde üye seçimine ayrıca yetkiye sahip olması unutulmamalıdır. Yargı bağımsızlığı konusunda uluslararası hukuk ve içtihatlar, öneriler ve hukukun üstünlüğü ilkesi bakımından uygulanması gereken yükümlülükler hakkında bkz. Türkiye'nin Yargı Reformu Stratejisi ve Yargı Bağımsızlığı, Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Gêneve (GE), 2019.

¹³¹Tanımlar için, Yılmaz, E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 2004, s. 936; Selçuk, S., “Yasalar ve Yargıçlar”, Ankara 1999, s. 224; “Uyuşmazlıkların çözümü için görevlendirilmiş kişidir”, Akcan, R., Hâkimin Vasıfları, Ankara 2013, Adalet Yayınevi, s. 67; Sezer/Ermumcu/Bilgin, s. 126; “Hâkim yargılama sanatının usulleriyle adalet denen kültürü değerleri gerçekleştiren kişidir”, Özen, M., Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 55; “Hâkim, başkalarının ilişkilerini değerlendirmek üzere hukuk normlarını somut olaya uygulayan özel statüye sahip kimsedir”, Taştan, A. Z., Hâkimin Tarafsızlığı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, s.9.

1.3.1.2 Hâkimin Yargılamadaki Rolü ve Nitelikleri

Hâkimin temel yükümlülüğü, yargı işlevini üstlenen devlet adına, hakkı ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesi bulunan ve bu nedenle hukuki koruma talep eden kişilere etkin ve etkili bir hukuki koruma sağlamaktır¹³². Bu bağlamda hâkimler, hukuka aykırılık iddialarını ve uyuşmazlıkları yargısal usullere uyarak, yürürlükteki kuralları uygulamak suretiyle kesin olarak çözüme ulaştırır ve karara bağlarlar.

Hukuk yargılamasında dava açılmasıyla birlikte taraflar ve mahkeme arasında başlayan sürecin şekli ve maddi anlamda yürütülmesinden ve taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde tarafların ikame ettiği delillerin toplanmasından; öte yandan dava konusu hakkında gerekli kararın verilmesinden, hâkim sorumludur (HMK m. 31 ve 32). Böylece, hem yargılamayı sevk ve idare etme hem de uyuşmazlıkları nihai olarak çözme görevine sahip olan hâkimler, kendilere tanınan soru sorma ve aydınlatma görevleri çerçevesinde, gecikmeksizin, tarafların bildirdikleri vakıaların hukuki niteliğini belirleyip, Türk hukukunu uygulamalı; hükmünü vermelidir.

Hâkimlik mesleğinin özellikleri ve hâkimin yapacağı görevler dikkate alındığında, hâkimin sahip olması gereken bazı nitelikler bulunmaktadır. Hâkimin taşınması gereken bu niteliklerin çoğu, yukarıda da belirttiği üzere; Cumhuriyetin ilanından önce hazırlanan Mecelle’de oldukça duru bir şekilde ifade edilmiştir. Kısaca, Mecelle 1792’ye göre:

“Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn¹³³; uyuşmazlıklara ve yargılama usulüne vâkıf, davaları onlara uygulayarak sonuçlandırmaya muktedir olmalıdır. Mecelle’de, hâkimliğin kültür ve yüksek bilgi işi olduğu da belirtilmiştir¹³⁴.

¹³²Özel olarak medeni yargılamada hâkimin rolü, davayı aydınlatma ödevi, hukuku uygulama yetkisi için; Hanağası, Silahların Eşitliği, s.303 vd.

¹³³Mecelle m. 1792-1794 hâkimin vasıfları ile ilgili olup; hâkimin sırasıyla; bilgin; zeki; doğru; güvenilir; temkinli ve dayanklı olması gerektiği belirtilmiştir. Konu hakkında bkz. Berki, A., Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1982, s. 407- 408, 411; Yılmaz, Sözlük, s. 254, 570- 571, 635; Akcan, s. 13-19.

¹³⁴Avcı, s. 46- 49.

Günümüzde, hâkimlerin sahip olması gereken nitelikler ve yargı sistemleri hakkında iç hukuk düzenlemelerini aşan bazı uluslararası metinler oluşturulduğu görülmektedir. Uluslararası veya bölgesel düzeyde benimsenen bu metinlerin ortak özelliği; belli aşamalardan geçerek günümüzdeki şeklini alan etik değerler ve prensipleri içermeleridir. Bunlar hâkimler için bağlayıcı olan meslek kurallarını ve hukuki unsurları yeniden ele almak için değil; onları tamamlayıcı nitelikte düzenlenmişlerdir.

Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun kabul ettiği Bangolare Yargı Etiği İlkeleri¹³⁵, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusundaki Tavsiye Kararı”, Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi’nin sunduğu 3 Sayılı Görüş, “Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, Venedik Komisyonu’nun 2007 yılında hazırlanan “Yargısal Atamalar Raporu” ve “Yargıçların Bağımsızlığı Raporu” ile 2010’da Avrupa Hâkimler Danışma Konseyi tarafından kabul edilen “Hâkimlerin Magna Carta’sı (Temel İlkeler)” bahsedilen metinlerdendir.

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, üye devletleri yargı mensupları için Bangalore Yargı Etiği İlkeleri’ni benimsemeye çağırmış ve bundan hareketle, Türk hâkimlerine ilişkin hazırlanan ilk metin, “Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri” olmuştur (08.12.2017). Yargı etiği ve tarafsızlık konusunda Bangalore Yargı Etiği İlkeleri temelinde hazırlanan metinde, bağımsızlıktan sonra ikinci ilke değer olarak kabul edilen tarafsızlık; yargılama faaliyetinde vazgeçilmez bir unsur ile

¹³⁵İlkelerin 2. başlığında, Tarafsızlık ilkesine ve hâkimin uyması gereken davranışlarla birlikte adil yargılanma hakkını zedeleyebilecek dolayısıyla hâkimin davadan reddiyle sonuçlanacak durumlara; özellikle hâkimin davanın taraflarından biriyle iletişim halinde olması, davada daha önce farklı sıfatlarla yer almış olması veya dava hakkında daha önceden bazı bilgilere sahip olması bakımından makul bir gözlemcinin bakış açısıyla yer verilmiştir. Aynı zamanda söz konusu başlık altında, hâkimin kişisel menfaatini ilgilendiren her türlü durumdan, özenle kaçınması gerektiği aksi halde adil karar verilemeyeceği ile adil yargılanma hakkının zedeleneyeceği vurgulanmıştır.

yargılamanın her sürecinde geçerli olması gereken ilke olarak ifade edilmiş ve tarafsızlık çerçevesinde hâkimlerin uyması gereken kurallar öngörülmüştür. Metne göre hâkimler, özet olarak; yargılamada, dava hakkında taraflarla özel olarak iletişim kurmaz, genel olarak yargıya olan güveni sarsacak davranışta bulunmaz, herkese eşit şekilde açıklama fırsatı tanır, kendisini yargılama sürecinden alıkoyacak tutum ve davranışlardan özenle kaçınır, kendisini ve ailesini ilgilendiren işlerde görev almaz. Öte yandan, ülkemizde yargı etiği alanında ilk kez faaliyet gösteren Yargıtay Etiği Danışma Kurulu, söz konusu ilkeler gereği kurulmuş ve 09.07.2018’de göreve başlamıştır. Yargıtay Etiği Danışma Kurulu kararlarıyla Yargıtay Etik ilkeleri, özellikle hâkimin reddinin konusunu oluşturan tarafsızlıktan şüpheyi haklı kılan sebepleri, yargısal etik çerçevesinde ortaya koymaktadır.

Daha sonrasında, Birleşmiş Milletler Bangolare Yargı Etiği kurallarını benimseyen ve uygulanması hususunu bir genelge ile Türk hâkim ve savcılarına duyuran HSK, “Türk Yargı Etiği Bildirgesi¹³⁶” adı altında bir metin yayımlamıştır. 14.03.2019’da Resmi Gazete’de yayınlanan Türk Yargı Etiği Bildirgesi, tarafsız mahkeme ve bağımsız yargıyı temin eden yargısal etik ilkeleri bağlayıcı şekilde belirtmiştir. Söz konusu bildirgede, hâkimin kişisel tarafsızlığı yanında toplumda ve taraflarda bıraktığı izlenimin dikkate alınmıştır¹³⁷.

HSK tarafından hâkimin tarafsızlığı ve tarafsız görünümü dikkate alınarak yayımlanan son metin “Türk Yargı Etiği Bildirgesi Kapsamında Sosyal Medya Kullanım Rehberi” dir (08.03.2022-2022/639).

¹³⁶RG 14.03.2019, S. 30714.

¹³⁷Yılmaz, bildirgenin, iyi ifade edilmiş ve çağın gereklerini yansıtan, yargı etiği için oldukça önemli bir metin olduğunu kabul ederken, aynı zamanda haklı şekilde Mecelle’de bulunan ifadelerin bu bildirgede bulunmasına anlam verememekte, Türkçe’nin uygulanması kanaatindedir. Yılmaz, E., “*Yargı Etiği*”, Public and Private International Law Bulletin, C. 40, S. 2, 2020, s. 1293-1311.

Rehber, hâkimlerin sosyal medya kullanımlarında nelere dikkat etmesi gerektiği, tarafsızlık görünümünün etkilenebileceği yaşanabilecek sakıncalı durumları, bunlardan kaçınmak amacıyla ne yapılması gerektiğini belirtmek, hâkimlere ve savcılara yol göstermek ve tereddütleri gidermek amacıyla oluşturulmuştur. Rehberde ayrıca, ifade özgürlüğü ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlık ilkeleri arasındaki dengeyi koruma hedefi vurgulanmaya çalışılmıştır¹³⁸.

1.3.2 Hâkimin Tarafsızlığı

1.3.2.1 Genel Olarak Tarafsızlık Kavramı

Sözlük anlamıyla tarafsızlık, yansız, tarafsız olma, bitarafılık demektir. Hukuk alanında evrensel olarak paylaşılan bir ilke olarak tarafsızlık; hâkimliğin zorunlu koşullarından, temel niteliklerindendir; sadece kararın verileceği zamanda değil kararın oluşması için geçirilen tüm süreç için geçerlidir, herkesin yasa önündeki eşitliğini sağlar¹³⁹.

Yargılamada hâkim, yasa karşısında herkesin eşitliğini, tarafsızlıkla mümkün kılabilir¹⁴⁰. Hâkimin tarafsızlığı, hem genel bir ilke hem de temel bir hak olarak nitelendirilebilir¹⁴¹.

¹³⁸Rehberde hâkim ve savcıların başta kendileri sonrasında eşi ve/veya akrabaları da dâhil olmak üzere sosyal medya üzerinde kurdukları/kurabilecekleri arkadaşlık, etkileşim ve ilişkiler, tarafsızlık ilkesinde tartışmaya mahal verebilecek her türlü etkenden uzak tutulmaya çalışılmış ve hatta hâkimlerden, “etik davranış modeli” başlığı altında ileride önlerine gelebilecek uyumsuzluklar hakkında (burada kişiden salt bir öngörü beklenmektedir) ihsas-ı rey olarak algılanabilecek kişisel kanaat, içerik, değerlendirme paylaşımamaları istenmiştir.

¹³⁹Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Basım, İstanbul 1975, s. 3; Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, s. 61 ve dpn 1.

¹⁴⁰Yargılamada hâkimin tarafsızlığı yerine “objektifliği/nesnellığı” kavramlarının kullanımının daha yerinde olacağı görüşü için bkz. Kunter, N., “*Madde itibariyle Yetkisizlik Kararı ve Hakimın Oyunu Belli Etmesi*”, İÜHFİM, C. 43, S. 1-4, 1977, s. 346- 357. Kunter tarafsızlık yerine objektiflik teriminin kullanılması gerektiğini tarafsızlığın aslında objektifliğin bir yönü olduğu hususuyla açıklamakta; hâkimin kişiliğinden sıyrılmasını ayrı bir başlık altında değerlendirmektedir. Selçuk, s. 675- 677. Selçuk’a göre de, Kunter ile aynı paralelde, yargıcın kendisine ve yanlara karşı tarafsız olması “nesnellik” olarak birleştirilmeli ve iki ortak payla incelenmelidir. Öden ise hâkimin kişiliğinden sıyrılmasını da tarafsızlığın bir unsuru olarak değerlendirmiştir; Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, dpn. 4.

¹⁴¹Kunter, s. 345- 346, Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, s. 61.

Hâkimin tarafsız olması, genellikle, onun, yargılama faaliyetinde taraflardan birini herhangi bir şekilde tutmaması, hiç kimseyi kayırmaması; taraflara davranması, kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesi ve her türlü önyargıdan sıyrılabilmesini ifade eder¹⁴².

Hâkimlerin tarafsızlığı iki farklı yönüyle ele alınır. Bunlardan ilki, hâkimin mevcut davadaki birey olarak, kişisel tarafsızlığına ilişkindir¹⁴³. Bazı yazarların özerklik (düşünsel bağımsızlık) bazısının “sosyal ve politik yansızlık” veya “kişisellikten arınmışlık” olarak adlandırdığı “sübjektif tarafsızlık”; doğrudan doğruya hâkimin kendisine ilişkin olup, hâkimin bizzat kendisine karşı tarafsız ve kayıtsız kalabilmesidir. Bu anlamda hâkim, “ben”i bütünüyle elemelidir¹⁴⁴. Diğer bir anlatımla, hâkim, yargılama faaliyetinde kendine karşı yabancı olabilmeli ve kalabilmeli, her türlü önyargı ve inançtan arınabilmelidir¹⁴⁵.

Hâkim, kendisinin seçmiş olduğu ve normal bir vatandaşa göre sosyal yaşamı da dâhil olmak üzere, birtakım kişisel sınırlamaları gerektiren mesleğinin icrasında bu sınırlara uygun davranmakla yükümlüdür. Bunun için, kendisi hakkında tarafsız olmadığına dair önyargı oluşturabilecek durumlardan kaçınmanın yanı sıra, kendi içinde de mesleğini gereği gibi yapmaya, kimseyi, sosyal politik veya kişisel tercih veya yaşam tarzına göre değerlendirmemeye özen göstermelidir. Aksi halde, kendi duygularının, önyargılarının etkisinde kaldığında artık olaya ve taraflara yabancı kişi

¹⁴²Tanrıver, S., Medenî Usûl Hukuku, 3. Basım, Ankara 2020, s. 267; Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, s. 61; Tanrıver, Tabii Hâkim, s. 17. Ayrıca bkz. Tahir Gökatalay, 2013/1780, 20.03.2014.

¹⁴³İnceoğlu, Adil Yargılanma, s. 188; Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 128.

¹⁴⁴Selçuk, s. 678.

¹⁴⁵Doktrinde hâkimin taraflar ve kendinden uzak nesnel kişi olmasına; “yabancı/uzak ya da üçüncü olmak” veya “yanlar üstü (*super partes*)” ifadeleriyle değinilmektedir, Selçuk, s. 654; Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, s. 62-64 ve dnpn. 4.

değildir; hâkim olmaktan çıkar¹⁴⁶. O nedenledir ki kimse kendi davasının yargıcı/hâkimi olamaz (*Nemo Iudex In Causa Sua*)¹⁴⁷.

Öte yandan sübjektif tarafsızlığın sağlanabilmesi, hâkimin hukuk kurallarını eşit, düzenli ve rasyonel şekilde uygulamasının bir ölçüsü olarak kabul edilmelidir¹⁴⁸. Çünkü hâkim, kendi duygu düşünce ve önyargısından sıyrılabildiği ölçüde hukuka uygun karar verebilir. O halde hâkimin sübjektif tarafsızlığı yargı yetkisinin keyfi kullanılamayacağını da belirtir.

Tarafsızlığın diğer yönü, objektif/nesnel tarafsızlık olarak adlandırılır ve bu hâkimin dışarıdan nasıl algılandığıyla ilgilidir; kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı tarafsızlık görünümünü ele alır. Hâkimin tarafsız ve dürüst olmasının yanında, bunun görüntü olarak ortaya koyulması da önem taşımaktadır.

AİHM, tarafsızlık kavramını sübjektif/özel ve objektif/nesnel yönleriyle ayırırken; “kişisel hükmün değerlendirilmesini” özel yönde yaklaşımla, “tarafsızlık konusundaki korkuyu yok edecek düzeyde güvencelerin oluşturulup oluşturulmadığını” nesnel yönde yaklaşımla ele almaktadır¹⁴⁹.

Kurum olarak mahkemenin güven veren, tarafsız bir görünüme sahip olması, esasında mahkemelerin bağımsızlığıyla ilgili bir konudur; hâkimleri (mahkemeleri) yasama, yürütme, medya gibi dıştan gelen etkilerden korunmasını gerektirir. Demokratik bir toplumda bağımsızlığın yalnızca yürütme ve idari yapılar karşısında değil, tüm kurum ve kuruluşlar çerçevesinde sağlanması gerekir¹⁵⁰. Bağımsızlığın

¹⁴⁶AİHM de AİHS 6. maddede sözü edilen tarafsız mahkemede yargılanmanın çoğunlukla hâkimin taraflara karşı önyargı olmamasını ifade ettiğini, ancak bunun iki yönünün bulunduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, tarafsızlığın sübjektif görünümü, hâkimin kendi yaklaşımıyla, taraflara karşı önyargı olup olmaması ile ilgilidir; bu tür tarafsızlık aksi kanıtlanmadıkça olduğu varsayılan tarafsızlıktır. Aynı zamanda özel ve nesnel tarafsızlık adıyla geçen ayrım için bkz; Piersack, 01.10. 1982; De Cubber, 26.10. 1984; Demicoli, 27.08. 1991; Sainte-Marie, 16.12. 1992.

¹⁴⁷Selçuk, s. 677.

¹⁴⁸Kunter, s. 354- 357; aynı yönde Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, s. 63.

¹⁴⁹Piersack/Belçika, 01.10.1982; karar için, Aktepe Artık, s. 217.

¹⁵⁰AYM, 30.03.2012, 2011/29 - 2012/49.

gereği, başka bir kişiden, organdan veya merciden emir veya teminat almamak, devletin diğer organlarının etkisinden tamamen soyutlanmak ve herhangi bir baskı hissetmemektir ki bunlar, tarafların da etkisi altında kalmamayı kapsar.

Anayasamızın 9. maddesinde açıkça, yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmiştir. Daha önce belirttiğimiz üzere, mahkemelere verilen bu bağımsızlık ve tarafsızlık niteliği, aslında hâkimlere tanınmaktadır. Zira yargı görevini hâkimler yerine getirmekte; yargı yetkisini hâkimler kullanmaktadır. Maddedeki tarafsızlık ibaresi, 21.01.2017 gün ve 6771 sayılı Kanun’la Anayasaya eklenmiştir. Mahkemelerin bağımsızlığının yanında tarafsızlığından söz edilmesinin nedeni, yargı bağımsızlığı kavramının tarafsızlığı da içeriyor olmasıyla açıklanmıştır.

Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma, hukuk devleti olabilmenin temel koşullarından ve adil yargılanabilmenin temel güvencelerinden biridir. Bu nedenle tarafsızlığın Anayasa’nın 9. maddesi içinde yer almamış olması durumunda dâhi, başta, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile bu ilkenin bir gereği olan hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddedeki “adil yargılanma hakkının” özünde yer aldığı şüphesizdir. AİHS’in 6. maddesinde ifade edilen ve genel olarak, herkesin, kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkemede/hâkim hukuki himaye talep edebilmesini güvence altına alan adil yargılanma hakkı, sadece kararın adil olmasının değil yargılamanın bütünüyle adil yürütülmesinin teminatıdır. Bu hakkın ihlal edilmesi, hem kanunyolu incelemelerinin hem de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruların, sonrasında ise AİHM’e yapılacak olan başvuruların konusunu teşkil eder¹⁵¹.

¹⁵¹Gözübüyük, A. Ş., Gölcüklü F., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Basım, Ankara 2016; İnceoğlu, S., İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2013, (Adil Yargılanma).

Tüm bunlarla birlikte, Anayasa'nın 138. maddesi hükmü, hâkimin bağımsızlığının yanı sıra, tarafsızlığını da vurgulamaktadır¹⁵². Söz konusu maddenin herhangi bir makam, kişi veya merci tarafından hâkimlere/mahkemeye hiçbir şekilde emir, talimat, tavsiye verilemeyeceğini ifade eden ikinci fıkrası da, hâkimleri dıştan gelebilecek türlü müdahale karşısında koruma amacına sahiptir. Tarafsızlık ilkesinin açıkça dile getirilmediği tüm bu ifadelerin gerekçelerinde ise, hâkimlerin tarafsız olması gerektiğinden bahsedilmekte, tarafsızlık açıkça bağımsızlıkla birlikte düşünülmektedir¹⁵³.

Şüphesiz, yargılamada hâkimin tarafsızlığına duyulan güven, yalnızca hâkimin tarafsız olması gerektiğini dile getirmekle temin edilemez. Bunun için hem hâkimin kişisel olarak tarafsız olabilmesini mümkün kılmak hem de bundan hiçbir şekilde şüphe edilmemesini temin etmek gerekir¹⁵⁴. Bu yönde öngörülen yollardan belki de en önemlisi, tarafsızlığından şüphe edilen hâkimin bakmakta olduğu davadan alıkoyulmasıdır. Hâkim, tarafsızlığının şüpheye düştüğü bir alanda olmamalı, başka bir deyişle, o yargılamada yer almamalıdır¹⁵⁵. Aşağıda, hâkimlerin hangi hallerde dava ve işlere bakamayacağı ve bunun hangi yollarla, nasıl sağlanacağı görülecektir.

1.3.2.2 Tarafsızlığı Sağlayan Kurumlar Olarak Hâkimin Yasaklılığı ve Reddi

Yukarıda bir hâkimin en temel niteliklerinden olan tarafsızlığı, aynı zamanda davada tarafların temel haklarından birinin tarafsız bir mahkeme önünde hukuki himaye talep etmek olduğunu açıklamaya çalıştık. Buna göre, davaya bakacak olan hâkimin, dava taraflarına eşit mesafede, önyargısız ve tarafsız tutumuyla, etki altında

¹⁵²Tahir Gökatalay, 2013/1780; Nihat Karagöz, 2019/21436, 03.02.2022.

¹⁵³İnceoğlu, Adil Yargılanma, s. 166.

¹⁵⁴Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, s. 65.

¹⁵⁵Bunun için öngörülen diğer tedbir ve düzenlemeler şunlardır; hâkimlerin bağımsızlığı ve teminatı, hâkimlerin kanunda belirtilenden başka hiçbir özel veya resmi görev alamamaları, hâkimin şahsi bilgisini kullanması yasağı, hâkimlerin sorumluluğu devlete yöneltilecek olan tazminat davası, özel durumlarda atama (Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 46), yer değiştirme cezası (Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 68).

kalmaksızın, hukuk kuralları çerçevesinde ve vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir; Anayasa ve kanunlar gereği hâkimden beklenen budur¹⁵⁶.

Öte yandan, taraflar, hâkimin herhangi bir etki altında kalmaksızın, objektif şekilde karar verdiğine inandıkları takdirde ve herkes, tarafsız mahkeme önünde hukuki himaye talep edebildiği takdirde toplumda hukuka ve adalete olan güven korunmuş olur.

Hâkimlerin bazı durumlarda tarafsız kalmaları güçleşir. Örneğin hâkim, bir tarafa karşı aynı veya farklı sosyal çevreden olmaları, giyimi, kişiliği, tarzı ya da siyasi görüşü sebeplerinden biri/birkaçı sonucunda sempati veya soğukluk duyabilir. Hâkimin davanın taraflarından herhangi birisiyle veya her ikisiyle maddi veya manevi bağı bulunabilir. Bu gibi durumların yargılama sonunda verilecek hükmün objektifliğinden şüphe duyulmasına sebep olması, artık hâkimin tarafsız olmadığını gösterir.

Hukuk muhakemesinde hâkimin tarafsızlığını korumak ve sağlamak üzere hâkimlerin dava ve işlere bakamamaları konusu, hâkimin yasaklılığı ve reddine ilişkin başlıkla, HMK m. 34 ile 44. maddelerinde yer alır.

Hâkim yalnızca davalarda değil, teknik olarak davanın söz konusu olmadığı hallerde de tarafsız olmalıdır. Kanunda her ne kadar dava ve taraf kavramlarından söz edilmekteyse de çekişmesiz yargı işlerinin de bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde görülmesi gerektiği açıktır. Bu sebeple hâkimin tarafsızlığını sağlamak üzere düzenlenen yasaklılık ve redde ilişkin hükümlerin niteliği uygun düştüğü şekilde, çekişmesiz yargı işlerinde de geçerli olduğu unutulmamalıdır¹⁵⁷.

¹⁵⁶AYM, 03.04.2013, 2011/142 - 2013/52.

¹⁵⁷HGK, 14.10.1967, 2/456: Ankara Barosu Dergisi, 1968, S.1, s. 50; Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., Hanağası, E., Medeni Usul Hukuku, 6. Basım, Ankara 2020, s. 118; Kuru, Ders Kitabı, s. 138, 139 ve 140; Yılmaz, E., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 403.

Yargıda ekişmesiz işler söz konusu olduğunda, anlaşmazlık yaşayan iki taraf yoktur, bu sebeple dava değil, talep; dolayısıyla da taraf değil; ilgili kavramları kullanılır¹⁵⁸.

Son olarak, HMK’da düzenlenen redde ve yasaklılığa dair hükümler, idari yargı merci hâkimleri (İYUK m.31) ve icra mahkemesi hâkimleri için (İİK m. 10/a); öte yandan mahkemede görev yapan zabıt ktipleri hakkında (HMK m. 45) uygulanır¹⁵⁹.

1.3.2.2.1 Yasaklılık Halleri

Her şeyden önce, kanun koyucu bazı hallerde hâkimin mutlak şekilde tarafsız kalamayacağını öngörmektedir. Bu haller Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “yasaklılık sebepleri” başlığını taşıyan 34. maddesinde tahdidi olarak gösterilmiştir; gerekleştiklerinde hâkimin davaya bakması yasaktır. Esasen burada hâkimin tarafsız kalması mümkündür. Ancak kanun koyucu, aksi bir ihtimalin tehlikesini dâhi nleme yoluna gitmiş, tarafsızlığa duyulan güveni mutlak surette korumak istemiştir. Bahsedilen hallere, “hâkimin memnuiyet/ yasaklılık veya yargılama yasağı” nedenleri denilmektedir.

¹⁵⁸ekiřmesiz yargı hakkında: Kuru, B., Nizasız Kaza, Ankara 1961; Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, Ankara 1986, s. 10, 11; Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 76-79 ve 779-782; Kuru, B., Budak, A., “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, 2011, s. 36.

¹⁵⁹Zabıt ktiplerinin reddi ve zabıt ktipleri için geçerli olabilecek ret sebepleri hakkında Taşpınar Ayvaz, S., “*Zabıt Kâtiplerinin Reddi*”, DEÜHFD, zel Sayı, 2019, s. 595-615.

HMK’da sayılan yasaklılık sebeplerinde, hâkim, kendisiyle doğrudan ya da dolaylı bağlantılı bulunan davalara¹⁶⁰; eski dâhi olsa eşinin davasına¹⁶¹; kendisinin veya eşinin altsoyunun veya üstsoyunun davalarına; arasında evlatlık bağı bulunan kişinin davasına¹⁶²; üçüncü derece dâhil olmak üzere kan veya yine, evlilik bağı kalksa dâhi kayın hısımlığının bulunduğu davalara; arasında nişanlılık bağı bulunanların davasına ve iki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davalara bakmaktan yasaklıdır.

Görülüyor ki bu yedi hal kısmen ve doğrudan doğruya hâkimin şahsıyla ilgili olan maddi sebepleri ve kısmen de hâkimin kanundan kaynaklanan sıfatlarını ihtiva etmektedir.

Yasaklılık nedenleri, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, bir davada hâkim hakkında yasaklılık sebebinin var olduğu yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olmasını gerektiren sebep, dava esnasında meydana gelmişse hâkim derhal o dosyadan el çekmelidir. Aksi halde, bu durum üst mahkemece re’sen dikkate alınabileceği gibi alt derece yargılamasında ileri sürülmemiş olsa da ilk defa kanun yolu aşamasında dile getirilebilir.

¹⁶⁰Bu yasak, “hiç kimse kendi davasında yargıç olamaz” şeklindeki temel ilkeyi betimlemektedir, Selçuk, s. 677. Hâkimin kendisine ait dava veya işle kastedilen, onun davalı, davacı veya örneğin belli bir iş sahibi sıfatıyla hareket ettiği dava veya iştir; bunun yanında, hâkimin tarafı/ilgilisi olmadığı ancak sonucu kendisini bir şekilde bağlayan; onun tarafı/ilgilisi olduğu başka bir davanın varlığı şart değildir. Örneğin, hâkimin bir sözleşmeden kaynaklanan borcu varsa ve bu borcun kefiline karşı kanun yoluna gidilmiş ise hâkim, gidilen bu yolda görev alamaz; Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, 9. Basım, Ankara 2019, s. 159; Kuru/ Arslan/Yılmaz, s. 102; Kuru, B., Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Ankara 2020, s. 64.

¹⁶¹Umar, B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2014, s. 144. Ayrıca doktrinde evlilik bağının daha geniş yorumlanması gerektiği yani hâkimin davanın tarafı sayılan kişilerle de böyle bir bağı olduğu sürece yasaklı olması gerektiği vurgulanmaktadır, Kuru Ders Kitabı, s. 82; Centel, N., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mahkemelerin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Türk Hukuku”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 59.

¹⁶²Umar, Şerh, s. 156: yazar, 34.maddenin 4 bendinin taraflardan biri ile hâkim arasında evlat edinmişlik veya edinilmişlik bağı var ise” şeklinde olması gerektiğini vurgulamaktadır.

Bir davaya bakmaktan yasaklı olan ve o davadan çekinmek zorunda olan hâkim, bunu yapmayıp davayı hükme bağlarsa verilen karar doğru olsun veya olmasın, kararın kaldırılması ve tarafsız bir hâkim ile davanın yeniden görülmesi gerekir¹⁶³.

Davada yasaklı hâkim tarafından karar verilmiş veya o hâkim, toplu mahkemede karar sürecinde yer almış ve karar kesinleşmişse, bu durum tek başına yargılamanın iadesini gerektirir (HMK m. 375/ 1-b).

Yasaklılık halinin doğduğu andan itibaren çekinmek zorunda olan hâkim tarafından yapılan tüm işlemler, üst mahkeme tarafından iptal edilir, aynı zamanda, o hâkimin vermiş olduğu kararlar, her şekilde geçersiz sayılmalıdır (HMK m. 35/1).

1.3.2.2 Tarafsızlığı Şüphey e Düşüren Diğer Haller (Haklı Şüp he Nedenleri)

Yasaklılık sebeplerinin varlığı halinde hâkimin tarafsızlığının korunamayacağını mutlak surette kabul edildiğinden ve bu sebeplerin bir davada görevli ve yetkili kılınmış hâkimi, daha önce onun huzurunda yapılan bütün işlemler ile vermiş olduğu hüküm ve kararlar da iptal olunmak üzere, yargılamadan alıkoyduğundan bahsettik. Dolayısıyla kanun koyucu, yasaklılık hallerini yorum veya kıyas yoluyla genişletilemez biçimde düzenlemiştir. Ne var ki yasaklılık alanının dışında kalıp, hâkimin yargılamada tarafsız olmadığı sonucunu ortaya çıkaracak sayısız başka sebeple karşılaşılabılır ve tarafsızlığın korunması, temel bir gerekliliktir. İşte bu noktada, kanun koyucu, hâkimin reddi kurumunu öngörmektedir.

Burada, tarafsızlığından şüp he edilen hâkimin görmekte olduğu davaya devam edip etmeyeceğ i başka bir hâkimin/merciin takdirindedir.

¹⁶³Ret kurumunun yasaklılık haline göre daha esnek yapıda olduğu ve “tarafsızlıktan şüp he duyulmasını gerektiren önemli sebeplerin varlığı” gibi torba bir hükümle esnek bir katalog oluşturulduğu yönünde/ ayrıca ret ve yasaklılık arasındaki farklar için bkz. Taşpınar Ayvaz, Zabıt Katiplerinin Reddi, s. 601- 602.

Tarafsızlığı şüpheyne düşüren durumdan, rasyonel ve objektif olarak hâkimin tarafsızlığından şüphe doğurabilecek bir halin varlığı anlaşılmalıdır¹⁶⁴. Merci, somut durumu objektif üçüncü bir kişinin bakış açısından, yargılamada hâkimin tarafsızlığına ilişkin güvensizlik duyduğu hallerde haklı bir şüphenin var olduğunu kabul etmelidir¹⁶⁵. Bu husus HMK m. 36’da “tarafsızlıktan şüpheyi gerektiren önemli sebeplerin var olması halinde ret sebeplerinin varlığı kabul edilir” şeklinde ifade edilmiş, aynı zamanda aşağıdaki hallerde ret sebeplerinin varlığı kabul edilir denilmek suretiyle örnekler gösterilerek açıklanmıştır.

Yasaklılık sebeplerinin aksine burada, tarafsızlığın korunamayacağına ilişkin şüphe mevcuttur. Ancak, hâkimin davaya bakması yasak olmayıp, taraflardan birisi hâkimi reddedebilir veya hâkim isterse bizzat davadan çekilebilir (HMK m. 36/1 ve m. 37). Taraflar ve hâkim bakımından zorlayıcı bir durum bulunmayıp, taraflardan biri veya hâkim bizzat kendisi isterse davadan çekilebilmektedir. Kanunda, yasaklılık halinde hâkimin “çekinmesinden”, ret halinde ise “çekilmesinden” söz edilir.

Hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu haller kanunda tahdidi şekilde, sınırlı sayıda belirtmişken; ret sebepleri sınırlı olarak sayılmamıştır. Kanunda bu husus “özellikle” aşağıdaki hallerde ret sebebinin varlığı kabul edilir denilerek ifade edilmiştir.

Yasaklılık sebepleri varsa hâkim, taraflar talep etmeseler bile kendiliğinden çekinmek zorundayken (HMK m. 34/1), tarafsızlığından şüphe edilen hâkim, şartlar uygun düştüğü ölçüde, hakkındaki ret talebinin geri çevrilmesine karar verip tekrar davaya bakmaya devam edebilir (HMK m. 41). Ancak ret talebinin yetkili merci tarafından incelenmesi söz konusu olduğunda, yapılan talep sonuçlanmadan o hâkim, reddedildiği davaya bakmaya devam edemez (HMK m. 42/4). Hakkında ret sebebi

¹⁶⁴Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, s. 88- 89.

¹⁶⁵Öden, Anayasa Yargısında Yasaklılık, s. 89.

bulunsa da reddi talep edilmemiş veya bizzat çekilmemiş olan hâkim, uyuşmazlığın esası hakkında karar verirse ya da toplu mahkemede karar sürecinde yer alırsa bu durum tek başına yargılamanın iadesini gerektirmez. Ne var ki, hakkında ret talebi yetkili mercii tarafından kabul edilmiş hâkim, buna rağmen esas hakkında karar verirse ve bu karar bir şekilde kesinleşirse yargılamanın iadesi sebebi doğar (HMK m. 375/1-b). Bununla birlikte, yasaklı bir hâkimin davaya bakması hükmün kesinleşmesinden sonra dahi re'sen dikkate alınabilirken hâkimin reddine ilişkin talebin ileri sürülebileceği zaman ret sebebinin öğrenilmesine göre, mevcut dava süresince sınırlı tutulmuştur (HMK m.34 ve 38/1).

Sonuç olarak, burada bir hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi, şüpheyi gerektiren haklı bir sebebin varlığı ve bir davada görevli ve yetkili kılınmış hâkimin yargılamaya devam edip etmeyeceğinin başka bir hâkim tarafından belirlenmesi söz konusudur.

Aşağıda öncelikle genel olarak ret sebeplerinin kaynağı; tarafsızlıktan şüpheyi gerektiren önemli hallerin nasıl ve ne şekilde ortaya çıkabileceği özel olarak incelenecek, ardından kanunda gösterilen yol gösterici örnekler açıklanacaktır.

Bölüm 2

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNUNA GÖRE HÂKİMİN REDDİ SEBEPLERİ

2.1 Genel Olarak

Bir davada hâkimin hangi durumda taraflarca reddedilebileceği veya bizzat o davadan çekilebileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 36. maddesinde düzenlenmiştir.

Kanunda ilk olarak, tarafsızlıktan şüpheyi gerektiren sebebin var olmasını davaya bakan hâkim için genel bir ret sebebi olarak ifade edilmiş, ardından, hâkimin; davada, iki taraftan birine, öğüt vermiş veya yol göstermiş; üçüncü kişilere de dâhil olmak üzere kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış; davada, daha önce, tanık, bilirkişi, hâkim ya da hakem sıfatlarıyla hareket etmiş; uyuşmazlıkta arabulucuk ya da uzlaştırmacılık yapmış olması hallerinde ve davanın, dördüncü derece de dâhil olmak üzere yansoy hısımlarına ait olması ile dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya arasında bir düşmanlık bulunması gerekçeleriyle reddedilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, esasen tarafsızlıktan şüphe edilmesine yol açan önemli sebep bulunmasını, tek bir gerekçe olarak kabul etmiş; devamında, hangi hallerin hâkimin davadan çekilmesine yol açabileceği hakkında örnekleme yoluyla sayım yapmıştır. Kanunda yapılan bu sayım, “özellikle aşağıdaki haller” ifadesinde ve

hükümün gerekçesinde vurgulandığı üzere tahdidi değil, tadadi bir nitelik taşımaktadır¹⁶⁶.

Söz konusu sebepler içerisinde yer almayan bir durum hâkimin tarafsızlığı bakımından şüphe uyandırıyorsa hükümün ilk cümlesinde yer alan “genel” ret sebebi kapsamında irdelenip değerlendirilecektir¹⁶⁷.

2.2 Ret Sebeplerinin Kaynağı: Hâkimin Tarafsızlığından Şüpheyi Gerektiren Önemli Sebep Bulunması

Her dava bakımından hâkimin reddini gerektirecek sebepleri yansıtan kesin bir tasnifin yapılması mümkün değildir. Bunun için kanun koyucu, ret sebeplerini açıklarken her şeyden önce bu sebeplerin kaynağını öngörmüştür.

Kanunda açıkça sayılan haller somut ve çerçevesi çizilebilen haller iken burada sınırlarının çizilebilmesi oldukça zor olan “torba sebep” söz konusudur¹⁶⁸. Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi sebep olan her hal, yapılacak yoruma göre, buraya girebilir; ne var ki kanun koyucunun yapılacak yoruma getirdiği yegâne sınır; hâkimin reddini gerektiren hususun “önemli” olması gerektiğidir¹⁶⁹.

Hukuk alanında önemli ifadesinin bir tanımı yoktur. Bu nedenle kanun koyucunun “önemli” kabul ettiği sebepler hakkında ancak şüpheyi neden olan davranış gerçekleştikten sonra davranışın biçimi, etkisi ve kanunda gösterilen diğer unsurlar değerlendirilerek belirleme yapılabilir. Nitekim böyle bir belirleme dâhi her bir dava için mutlak bir değer taşımaz. Çünkü hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren sebepler kişiden kişiye ve dolayısıyla bu sebeplerin önemi de her somut

¹⁶⁶Yılmaz, Şerh, s. 422; Budak, A. C., Karaaslan V., Medeni Usul Hukuku, 3. Basım, Ankara 2019, s. 29; Görgün, Ş., Börü, L., Toraman, İ., Kodakoğlu, M., Medeni Usul Hukuku, 9. Basım, Ankara 2019, s. 133.

¹⁶⁷Tanrıver, Medeni Usul, s. 274.

¹⁶⁸Yılmaz, Şerh, s. 422; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 75; Budak/ Karaaslan, s. 29; Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 133; Kılınç, s. 470 – 471.

¹⁶⁹Yılmaz, Şerh, s. 422.

olayın kendi özelliğine göre değişebilir. Hatta belirli bir dönemin sosyal ve siyasi koşulları dâhi başka bir zamanda ret sebebi sayılmayacak sonuçlar doğurabilecektir¹⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi, şüpheyi gerektiren önemli sebeplerin ne olabileceği konusunu tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bakımından kabul edilen öznel ve nesnel tarafsızlık boyutlarıyla incelemektedir. İlk bölümde bahsedildiği üzere bizim de katıldığımız öznel ve nesnel tarafsızlık çerçevesine göre hâkimin davadan çekilmesiyle sonuçlanacak her sebep bakımından onun birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra kurum olarak da bıraktığı izlenim dikkate alınmalıdır.

Bunun için anılan nitelikte bir sebebin bulunup bulunmadığının tayininde tarafların taşıdığı şüphe önemli olmakla birlikte tek başına yeterli olmaz. Belirleyici olan, şüphenin objektif olarak haklı gösterilip gösterilemeyeceğidir; diğer bir ifadeyle, toplumu temsil edebilen nesnel bir gözlemcinin nesnel olarak bu şüpheyi gerekçelendirebilmesidir¹⁷¹.

Öte yandan söz konusu şüphenin hâkimin tarafsızlığına duyulan güveni zedeleyip zedelediği ve yargılamanın adil bir şekilde sürüp sürmeyeceği her bir somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Açıklananlar neticesinde, kanunda sayılan sebeplerin açıklanmasından sonra bu sebeplerin içerisinde yer almayan; keza, yasaklılık da gerektirmeyen ancak tarafsızlık bakımından ciddi bir şüpheyi yol açabilecek dolayısıyla 36. maddenin ilk fıkrasındaki genel ifade gereği redde neden olabilecek durumları “diğer sebeplerin değerlendirilmesi” kısmında ayrıca değerlendireceğiz.

¹⁷⁰ Aynı yönde Akbal, s. 48.

¹⁷¹ AİHM, AİHS’in 6. maddesine ilişkin rehberinde konuya şu sözlerle değinmektedir; “Mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlık yönünden eksik olduğundan endişe edilmesi için meşru bir neden olup olmadığına karar verilirken sanığın (rehber, ceza hukuku yönünden hazırlanmıştır) bakış açısı önemlidir ancak belirleyici değildir. Belirleyici olan, onun hakkında duyulan şüphenin objektif olarak yeterli görülmesidir. Mahkeme eğer objektif bir gözlemcinin konu hakkında endişe duymadığını görürse, o zaman bağımsızlık hakkında tartışılacak bir durum yoktur.”. Kararlar ve orijinal metin için bkz. Guide on Article 6- Right to a Fair Trial, iv. Appearance of Independence, s. 101; (Upite/ Letonya, 7636/08, 01.9.2016, s.30).

2.3 Kanunda Gösterilen Ret Sebepleri

Yukarıda belirtildiği üzere, kanunumuz hangi hallerde tarafsızlığı şüpheyi düşüren önemli bir sebebin ortaya çıkabileceği hakkında 36. maddenin a,b,c,ç, ve d bentleriyle, örnekleme yoluyla düzenleme yapmıştır.

Hükme göre temel olarak, yargılamayı yürüten hâkimin, taraflardan birisiyle maddi ya da manevi yakın ilişkisinin bulunması; yargılama sürecinde sarf ettiği ifadelerle tarafsız olamayacağına dair kanaat uyandırması; davada daha önce farklı roller üstlenmiş olması tarafsızlığı ihlal edebilecektir.

Burada, hâkimin, taraflardan birine karşı herhangi bir önyargılı veya taraflı tutumun mevcut olduğuna; davada kişisel düşünceye veya menfaate sahip bulunduğuna, yani bir şekilde tarafsızlığını koruyamadığına ilişkin delil veya emare yok ise ya da bu durumların varlığı, aranan ispat ölçüsü çerçevesinde kanıtlanamıyorsa, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur¹⁷². Diğer bir ifadeyle, aksine delil bulununcaya dek hâkimin kişisel tarafsızlığının var olduğunu kabul etmek gerekir¹⁷³.

2.3.1 Hâkimin Davada Taraflardan Birisine Yol Göstermiş veya Öğüt Vermiş Olması

Kanun koyucunun örnek gösterdiği ilk ret sebebi, hâkimin, davada taraflardan birisine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olmasıdır (HMK m. 36/1-a).

Yol gösterme ve öğüt verme, sözlük anlamları ile bir kimseye herhangi bir konu hakkında nasihatle bulunma; izlenecek/izlenmesi gereken yolu anlatma, birine yapması gerekeni ifade etme anlamlarına gelir.

¹⁷²Tahir Gökatalay, 2013/1780.

¹⁷³Tahir Gökatalay, 2013/1780; Nihat Karagöz, 2019/21436.

Burada, ret talebine dayanak olabilecek öğüt verme ve yol göstermenin, davayı görmekte olan hâkim tarafından, uyuşmazlık taraflarına yönelik gerçekleştirilmesi; hâkimin tarafsızlıktan ayrılması anlamına gelen içerikte olması ve davanın taraflarından birini diğerine göre daha avantajlı konuma getirecek tavsiye veya telkin şeklinde anlaşılması gerekir¹⁷⁴.

Çünkü tarafsızlığın gereği, her iki tarafa da eşit mesafede durabilmektir. Hâkim, taraflardan birine yönelik, diğer tarafın aleyhine sonuç doğurabilecek bir hareket yaptığında hangi tarafın yanında olduğu ortaya çıkmakta, tarafsızlığı şüpheli hale gelmektedir¹⁷⁵.

Hâkimin davada taraflardan birine öğüt vermesi ve yol göstermesi, örneğin; taraflarca ileri sürülmemiş bir vakıanın, taraflardan birine hatırlatılması veya hatırlatmaya yönelik davranışta bulunulması şeklinde gerçekleşebilir¹⁷⁶. Hâkim, zamanaşımı def'inde bulunmamış davalıya def'i hakkı bulunduğunu belirtir ya da davacıya, öne sürülmeyen ancak öne sürüldüğünde yargılamayı lehe etkileyecek bir hususu söylerse incelenen bent kapsamında ret söz konusu olur¹⁷⁷. Nitekim taraflarca

¹⁷⁴Yılmaz, Şerh, s. 426; Umar, Şerh, s. 161; Atalı, M., Ermenek, İ., Erdoğan, E., Medeni Usul Hukuku, Ankara 2019, s. 95.

¹⁷⁵Taştan, s. 244.

¹⁷⁶Umar, Şerh, s. 161.

¹⁷⁷Tarafların hak ve talep yetkisiyle bağlantılı olan savunma vasıtalarını hâkimin taraflara hatırlatmasının ret sebebi oluşturduğu yönünde: 20 HD 2016/10772 ve 2016/11584. "*Taraflar arasında görülen dava sırasında görevli ve yetkili Hâkim tarafından "...davalı vekili Av. ... ile tanışıklığının bulunduğu, görüşmelerinde hukuki bilgi ve tecrübelerinin paylaşıldığı, davalı vekilinin Anadolu 13. İcra Mahkemesinde görülüp sonuçlanan bir dava ile ilgili olarak icra mahkemesi hâkimi olması nedeniyle görüşünü sordugunu ve kendisinin de yorum yaptığını, bundan 3 hafta sonra aynı hakem kararına dayalı olarak icra takibi yapıldığını ve mahkemesinde takip borçlusu tarafından şikayet davasının açıldığını, HMK'nun 36/1-a maddesi...gereğesiyle çekilme kararı verilmiştir. Çekilme istemini inceleyen merci tarafından çekilme isteminin KABULÜNE ve çekilmenin kanuna uygun olduğuna...hâkimin çekilmesi HMK'nun 36. maddesi anlamında kendi kendini ret niteliğinde olup, çekilme için ileri sürülen hususlara ilişkin olarak merci tarafından H.M.K.'nın 36. maddesinin yorumlanması usûl ve kanuna uygun niteliktedir...*", 20 HD, 2383/4286. Konu hakkında ayrıca bkz. Berkin, N. M., Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 94; zamanaşımı def'inde olduğu gibi ilk itirazların hatırlatılmasının da ret sebebi teşkil ettiği yönünde, Yılmaz, Şerh, s. 426; Umar, Şerh, s. 161; hâkimin, bozucu yenilik doğuran hakların (fesih, iptal ve rücu) şartlarının oluştuğunu anlaşıldığı takdirde dâhi tarafın bu konudaki irade beyanı eksik ise bunu hatırlatamayacağı; dava ve cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen takas hakkı bakımından da aynı esasın geçerli olduğu yönünde, Karaaslan, V., "*Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki*", Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları

ileri sürülmeyen hususların kural olarak hatırlatılması mümkün değildir (HMK m. 25/1).

Bentte yer alan “davada” ifadesi, ret sebebinin dava açıldıktan sonra hüküm verilinceye kadar gerçekleşmesi gerektiğini gösterir. Dolayısıyla ret sebebinin oluşabilmesi için yol gösterme ve öğüt verme niteliğindeki davranışların devam eden yargılama hakkında ve sırasında olması gerekir; hâkimin genel bir sohbet ortamında başka bir uyuşmazlık hakkında hukuki öngöründe bulunması ilgili bent kapsamında ret sebebi oluşturmaz¹⁷⁸.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık henüz dava konusu oluşturmazken hâkimin, o uyuşmazlık konusu hakkında dava açılması halinde yargılamada ileri sürülmesi gereken hususları belirtmesi veya bir şekilde yapılması gerekeni ifade etmesi incelenen bent kapsamına girmemektedir. Böyle bir durum, ancak genel ret sebebi çerçevesinde; HMK m.36/1 gereği ret talebine konu edilebilecektir¹⁷⁹.

İncelenmekte olan ret sebebi, hâkimin davayı sevk idare ve aydınlatma yükümlülüğü (HMK m. 32) ile karıştırılmamalıdır¹⁸⁰. Bu yükümlülükler içerisinde hâkim taraflardan talepte bulunmuş veya bazı hususların açığa çıkarılmasını istemiş

Toplantısı - XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2- Özel Sayı, 2014, s.108- 110; Gören Ülkü, N., Medeni Yargılama Hukuku’nda Hâkimin Reddi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 70-72.

¹⁷⁸Çon, Ö., Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Ankara 2013, s. 44.

¹⁷⁹Karş. Yılmaz; hâkimin davayla ilgili olan tüm yol gösterme ve öğüt verme davranışlarının, dava öncesi veya sonrası gerçekleşmesi fark etmeksizin ret sebebi teşkil edeceği yönünde; “*Taraflar arasında görülen dava sırasında görevli ve yetkili Hâkim tarafından "...davalı vekili Av. ... ile tanışıklığının bulunduğu, görüşmelerinde hukuki bilgi ve tecrübelerinin paylaşıldığı, davalı vekilinin Anadolu 13. İcra Mahkemesinde görülüp sonuçlanan bir dava ile ilgili olarak icra mahkemesi hâkimi olması nedeniyle görüşünü sorduğunu ve kendisinin de yorum yaptığını, bundan 3 hafta sonra aynı hakem kararına dayalı olarak icra takibi yapıldığını ve mahkemesinde takip borçlusu tarafından şikayet davasının açıldığını, HMK'nun 36/1-a maddesi uyarınca... isteminin KABULÜNE ve çekilmenin kanuna uygun olduğuna ilişkin verilen karar...temyiz edilmiştir...İncelenen dosya kapsamına göre, hâkimin çekilmesi HMK'nun 36. maddesi anlamında kendi kendini ret niteliğinde olup, çekilme için ileri sürülen hususlara ilişkin olarak merci tarafından H.M.K. 'nın 36. maddesinin yorumlanması usûl ve kanuna uygun niteliktedir ...*”, 20 HD, 08.04.2014, 2383/4286.

¹⁸⁰Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 195; Şimil, C., “*Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16 (Özel Sayı), 2014, s. 1368 ve dpn. 74.

olabilir (HMK m. 31/1, 145/1, 185/2). Örneğin, duruşma sırasında sinirlenerek davacıya tehditler savuran davalıya, hâkimin sakin olması yönünde tavsiyede bulunması davalının yapabileceği usul işlemleri hakkında yol gösterme değildir. Bilakis yargılamayı sevk ve idare eden hâkim, düzenin bozulmaması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (HMK m. 32/1). Bunun yanı sıra hâkimin davacıya okunamayan ya da içerik itibarıyla uygunsuz olan dilekçesini yeniden düzenlemesi için süre vermesi (HMK m. 32/2) onun görevidir¹⁸¹. Önemli olan şudur ki, hâkim yetkilerini tarafların menfaatini aynı şekilde gözetmek suretiyle taraflarca sunulan iddia ve bunların delilleri kapsamında yerine getirmeli; taraflardan birinin yargılamadaki durumunu diğerine göre iyileştirecek biçimde tek taraflı kullanmamalıdır. Bu bakımdan hâkimin duruşma sırasındaki düzeni sağlamak ve korumak veya davayı aydınlatmak gibi yetkilerini kötüye kullanması taraflılığın ve ön yargının açık göstergesi sayılacaktır.

Düzenlemenin hâkimin tarafları sulhe teşvik yükümlülüğü bakımından da değerlendirilmesi gerekir.

Hâkimin tarafları belli bir kuruma, işleme teşvik etmesi teknik olarak bir yol göstermedir. Fakat hâkimin uyuşmazlığın tespitinden sonra tarafları, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda sulhe teşvik etmesi, onun takdirine bağlı olmayıp; kendisine yüklenen bir ödevdir (HMK m. 140)¹⁸². Nitekim HMK'da 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte hâkime, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik yükümlülüğü çerçevesinde aydınlatma görevi getirilmiştir. Yargılamada henüz ön inceleme aşamasındayken tarafların anlaşmazlıklarını sulh ile çözüme

¹⁸¹Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde görevleri hakkında, Güleç, Ş., Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2021; hâkimin davayı aydınlatması ve tarafsızlık ölçüsü hakkında, Karaaslan, s. 97-133.

¹⁸²Ermenek, İ., “*Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2011, s. 163- 164.

kavuşturmaları medeni yargılamanın amacına hizmet eder. Dolayısıyla hâkim tarafları sulhe teşvik ederken bunu yalnızca yerine getirilmesi gereken tahkikat öncesi bir aşama olarak görmemeli; tarafları içtenlikle sulhe teşvik etmelidir. Hâkimin taraflara onları sulhe özendirici ve uyuşmazlığın sulh ile sonuçlanması destekleyici tavrı ret sebebi oluşturmaz¹⁸³. Ne var ki bu noktada yapılan teşvik ve yönlendirmeden sonuç alınamayabileceği ve yargılamanın bu aşamadan sonra mahkeme önünde devam edebileceği de unutulmamalı; hâkim, sulh konusundaki yetkilerini kullanırken tarafsızlıktan ayrılması anlamına gelen içerikte davranışlardan kaçınmalıdır¹⁸⁴.

2.3.2 Hâkimin Davada Taraflardan Birisine veya Üçüncü Kişiye Kanunen Gerekmediği Halde Görüş Açıklamış Olması

Kanunumuzda gösterilen ikinci ret sebebi, hâkimin davada taraflardan birisine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde görüş açıklamış olmasıdır (HMK m. 36/1-b).

Buradaki anlamıyla görüş açıklama, uygulamadaki sık kullanımıyla “ihsas-ı rey”; davada kimin haklı ya da haksız bulunduğuyla ilişkin görüşün bir şekilde taraflara hissettirilmesi veya bildirilmesidir¹⁸⁵. Nitekim ihsâs; hissetirme, re’y; görüş veya oy anlamlarına gelir¹⁸⁶.

Kararın verilmesi aşamasına gelinmemiş bir yargılamada hâkim, yargılama sonucu hakkında taraflara ne düşündüğünü; nasıl bir sonuca varacağını veya dolaylı dâhi olsa ne yönde karar vereceğini yani dava hakkındaki görüşünü herhangi bir

¹⁸³Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 426; hâkimin sulh aşamasında tavrının tarafsızlık açısından değerlendirilmemesi gerektiği yönünde Yılmaz, Şerh, s. 423.

¹⁸⁴Teşvikin tarafsızlığın zedelenmesine yol açtığı takdirde ret sebebi oluşacağı yönünde bkz. Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 121; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 95.

¹⁸⁵Yılmaz, Şerh, s. 426.

¹⁸⁶Kanar, M. Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, s. 211, 377.

şekilde hissettirdiğinde, dolayısıyla açıklandığında veya herhangi bir yolla ifade ettiğinde; ihsas-ı rey gerçekleşir.

Hâkimler, dava hakkındaki görüşlerini, yargılamanın sonunda kararlarıyla birlikte açıklar. Kararı oluşturan sürecin ise bir arka planı vardır¹⁸⁷. Bunun için kanunda delillerin değerlendirilmesi ile tahkikat aşaması öngörülmüştür. Tahkikat, yargılamanın bir kesitini ifade etmenin yanında gerçeği arama, doğru karar verme ve tarafların iddia ve savunmaları hakkında kanaat sahibi olma (ispat) faaliyetini içerir. Mahkemelerin mevcut bütün deliller tüketilene kadar tahkikatı sürdürmesi gerekir. Tüketilmesi gereken tüm aşamalar tüketilmeden, herhangi bir zaman ve yerde hâkimin davayla ilgili görüşünü açıklaması onun objektif ve tarafsız olamayacağını gösterir¹⁸⁸. Çünkü hâkim, yüzeysel bir değerlendirme yaparak, ön yargılı şekilde hareket etmiş ve ihsas-ı rey gerçekleşmiş olur¹⁸⁹.

Bazı durumlar vardır ki hâkim, mevcut dava hakkında yargılama sürerken o dava hakkında karar vermek zorundadır. Yargılama sırasında geçici nitelikteki hukuki koruma tedbirleriyle ilgili karar verilmesi bu niteliktedir¹⁹⁰. Tedbir talebinin kabul veya reddi konusunda hâkimin tutumu uyumsuzluğa ilişkin vereceği nihai kararın göstergesi değildir¹⁹¹. Hâkim yargılamada ihtiyati tedbirler (HMK m. 389 vd.) ve/veya delil tespiti (HMK m. 400) hakkındaki taleplerin kabulüne ya da reddine karar

¹⁸⁷ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 122.

¹⁸⁸ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 125.

¹⁸⁹ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 95.

¹⁹⁰ Genel olarak ihtiyati tedbir ve delil tespiti için Berkin, s. 117- 134; HMK çerçevesinde ihtiyati tedbirler hakkında detaylı bilgi için bkz. Ercan, İ., Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir, Konya 1992, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi; Konuralp, C. S., "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 2, 2014, s. 225- 274.

¹⁹¹ 20 HD, 15.11.2011, 15066/12725; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.122; AİHS, bir hâkimin yargılama hakkında doğrudan doğruya esas talep sonucuna ilişkin olmayan objektif araştırma ve saptama eylemlerini muhakkak kendisinin tarafsızlığı konusunda şüphe uyandıran fiiller olarak değerlendirmemektir. Sözü edilen durumlarda aynı hâkimin bilahare işin esası hakkında karar vermesi adil yargılanmaya aykırı görülmemektedir, Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 302.

verdiğinde bu yönde bir karar verdiği gerekçesiyle reddedilemez¹⁹². Benzer şekilde, adli yardım talepleri de asıl talep bakımından görevli ve yetkili mahkeme tarafından karara bağlanmakta (HMK m. 336/1) ve talepte bulunan tarafın “taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması”¹⁹³ şartı da aranmaktadır. Ancak, ihtiyati tedbir ve delil tespiti için yaptığımız açıklama burada da geçerlidir. Hâkim, dava dilekçesinde veya yargılama sürecinde talep edilen adli yardım hakkında karar vermekle yükümlüdür¹⁹⁴. Ayrıca hâkimler, yargılamada bütün deliller görüldükten ve değerlendirildikten sonra başlangıçtaki düşüncelerinin tamamen aksi yönde karar verebilir¹⁹⁵.

Hâkimin reddine sebep olacak görüş açıklama; ancak o davada karar verilinceye kadar mümkündür¹⁹⁶. Mahkeme kararları hukuki sonucu ifade ettiği için, ihsas-ı rey niteliğinde değildir. Aksi halde, mahkemenin görevlerini ifade eden usul hükümlerine açıkça aykırılık söz konusu olur¹⁹⁷. Bu çerçevede, hâkim, kısmi dava hakkında karar verdikten sonra, diğer kısım alacak için açılan davada ve kararı üst mahkeme tarafından kaldırılan ya da bozulan hâkim, önüne o dosya tekrar geldiğinde daha önce oy/görüş bildirdiği gerekçesiyle reddedilemez¹⁹⁸.

¹⁹²“...ihtiyati tedbir talebi hakkında verilen red veya kabul kararlarının sebeplerinin kararın gerekçesinde açıkça gösterilmesinin kanuni zorunluluk oluşturduğu, bunun... ihsası rey olarak değerlendirilemeyeceğinden... 18/02/2014 günü oybirliği ile karar verildi...”, 20 HD 18.02.2014, 2013/11222- 2046; Umar, Şerh, s. 162; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 39; Tanrıver, Medeni Usul, s. 274; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 134; konu hakkında 20 HD 94/696.

¹⁹³6439 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce adli yardım taleplerinin kabulü için taleplerin açıkça dayanaktan yoksun olmaması değil “haklı oldukları yolunda kanaat uyandırma” şartı aranmaktaydı.

¹⁹⁴“...ikinci bentte zikredilen ret sebebi olarak yalnız hâkimin reyini beyan eylemiş olması daima ret sebebi olamaz; ezcümle ittihaz ettiği ara kararı ile dava hakkındaki kanaati belli olan hâkim bu sebeple reddolunamaz”; Postacıoğlu, s. 81; SZPO (Art. 47/2).

¹⁹⁵Yılmaz, Şerh, s. 427; “Davacının istemlerinin başlangıç türünde bir araştırma üzerine haklı görünmediği gerekçesiyle adli yardım talebini reddeden hâkim kanun gereği olmadığı halde kanısı açıklamış değildir ve bu nedenle yargıcın reddi talebi yersizdir” (Neuchâtel Kanton Mahkemesi 05.11.1929 günlü kararı, bkz. Umar, Şerh, s. 162) ; Kuru, Ders Kitabı, s.31; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 39.

¹⁹⁶Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 122.

¹⁹⁷20 HD 01.11.2005, 12282/13260.

¹⁹⁸Yılmaz, Şerh, s. 428; Umar, Şerh, s. 162.

Hâkimin verdiği kararın Yargıtay tarafından bozulması üzerine direnme kararı verilmesi ret gerektirmez¹⁹⁹. Çünkü hâkim davayı hükme bağlarken kanaatini bildirmek zorundadır²⁰⁰. Benzer şekilde, hâkim, şayet tarafları ve/veya konusu benzer bir davada karar vermişse ve kararın gerekçesinde olması gerektiği üzere varılan sonuca ilişkin dayanaklar ve sebepler görülürse, bu durum görüş açıklamak veya ihsas-ı rey olarak değerlendirilemez²⁰¹. Bunun yanı sıra, aynı taraflar hakkında aynı hâkimin başka bir olay hakkında karar vermiş olması da o hâkimin taraflı olduğu anlamına gelmez ve hâkim, bu gerekçe ile de reddedilemeyecektir²⁰².

Uyuşmazlık konularının tam olarak belirlenmesi çerçevesinde hâkim ve taraflar arasında gerçekleşecek diyalog, ret sebebi teşkil etmez²⁰³. Mesela hâkimin, taraflarla somut uyuşmazlığın sulh veya arabuluculukla çözülmesi için konuşması, onun objektif olamayacağı anlamına gelmez (HMK m.140)²⁰⁴. Daha önce de belirttiğimiz gibi, hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik yükümlülüğü çerçevesinde aydınlatma görevine sahiptir.

Aynı zamanda, tarafların beklenmedik durumlarla karşı karşıya bırakılmaması gereği hâkim, doğru olduğunu düşündüğü ve tarafların belirttiğine uymayan hukuki sebebi bildirmelidir²⁰⁵. Başka bir deyişle, mahkemenin yargılamayı belirli yönde

¹⁹⁹Hâkimin ilk hükmünü oluştururken bunun gerekçesini ve kanaatini karara yansıtması ve belirtmesi gerektiği, bu nedenle ret sebebinin oluşmadığı hakkında; HGK 19.04.1985, 1983/ 2- 571-1985/337.

²⁰⁰Yılmaz, Şerh, s. 428.

²⁰¹Hâkimin tarafları aynı olan başka bir uyuşmazlıkta karar vermiş olmasının kendisini reddetmesine dayanak oluşturmayacağı ile hâkimin davadan çekilmesinin uygun bulunmaması; hâkimin maddi bulgu ve emarelerle desteklenmeyen ret talepleri karşısında duygusallıkla hareket etmemeleri gerektiği aynı zamanda böyle bir yaklaşımla hâkimlerin kolaylıkla davadan çekilmesinin sağlanacağı dolayısıyla da tabii hâkim ilkesinin zarar göreceği yönünde; 20 HD 23.09.2013, 6729/8282.

²⁰²Hâkimin taraflar arasındaki başka bir davada karar vermesinin ret sebebi veya çekilme sebebi teşkil etmeyeceği hakkında; 20 HD 09.07.2003, 4042/5618.

²⁰³Konu hakkında ve tabii hâkim ilkesi çerçevesinde, 20 HD 04.02.2013, 2012/15330-2013/658 ve ayrıca, 20 HD 01.11.2005, 12282/13260.

²⁰⁴Direnisa, E., Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021, s. 335.

²⁰⁵Alangoya, Y., Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 152- 154.

topladığı deliller ile belirli yönde ve hukukî zeminde yürütüp, tarafların da iddia ve savunmalarını buna göre ortaya koyması sonucunda, o güne kadar yargılamada hiç tartışılmayan ve öngörülmeleyen bir şekilde karar verilmesi “sürpriz karar verme yasağı” kapsamındadır²⁰⁶. Eğer mahkemece bu şekilde o ana kadar yürütülen yargılamanın dışında yeni bir durum ortaya çıkarsa, taraflara bu konuda yeterli açıklama olanağı tanınmalı, hukuki belirlilik ve güven çerçevesinde hâkimin de bunu açıklama imkânı olmalıdır. Buna belirli ölçüde “hukukî tartışma yükümlülüğü” de denilmektedir²⁰⁷.

Tüm bunlara karşılık, herhangi bir kanuni gereklilik olmamasına rağmen hâkim taraflara (onların huzurunda) veya üçüncü kişiye görüşünü açıklarsa ret sebebi oluşur. Henüz karar aşamasına gelinmemişken taraflardan birisine duruşmada haklı ya da haksız olduğunu söylemiş²⁰⁸, davacıya açtığı davanın doğru olmadığını yahut davalıya boşuna çaba göstermemesi gerektiğini bildirmiş hâkim, kanunen gerekmediği halde görüş açıklamış olur²⁰⁹.

Şayet hâkim yargılama dışında, (örneğin bir davet esnasında) davanın dışındaki üçüncü kişilerin önünde, görmekte olduğu davada davacının “haksız olmasına rağmen neden böyle bir dava açtığını bilmediğini” ifade ederse bu beyan ret sebebi oluşturur²¹⁰.

²⁰⁶Özekes, M., Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, Hukuki Dinlenilme, s. 188.

²⁰⁷Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 188.

²⁰⁸“...Somut olayda, davacı tarafından, davalı kooperatif aleyhine konut tahsis ve teslimi, aksi takdirde tazminata hükmedilmesi istemiyle terditli dava açılmış, hâkim tarafından, 10.04.2014 tarihli oturumda verilen 1 numaralı ara karar ile N Blok 1 numaralı dairenin tahsisinin davacı adına yapılması, aksi halde davacıya daire tahsis edilmediği gerekçesiyle tazminata karar verileceğinin belirtilmesi nedeniyle, davanın sonucuna ilişkin olarak görüşün açıklandığı, bu görüş belirtmenin yasal bir zorunluluk olmadığı, açılan davanın sonucuna ilişkin bulunduğu anlaşıldığından, reddi hâkim isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesi usûl ve kanuna aykırı olduğundan, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile merci kararının BOZULMASINA...karar verilmiştir”, 20 HD 07.04.2015, 928/2636.

²⁰⁹4 HD 29.04.1981, 1980/571- 1981/694; Postacıoğlu, s. 81; Yılmaz, Şerh, dpn. 38 ve s. 428-429.

²¹⁰Yılmaz, Şerh, s. 429.

Dava dosyasındaki dilekçeler üzerine o dilekçelerdeki açıklamaları benimseyip benimsemediğine dair notlar almış hâkim hakkında incelenen ret sebebine dayanabilecek bir durum vardır²¹¹.

Benzer şekilde, hâkim görmekte olduğu dava sırasında yazdığı bir kitap, makale veya katıldığı bir sempozyumda o davanın sonucu belli edecek yahut yargılamanın gidişatını etkileyecek bir konuda fikrini açıklamışsa yine b bendine dayanabilecek bir ihsas-ı rey vardır²¹².

Bahsedilen şekillerde gerçekleşebilecek fikir açıklama davada sonucu değiştirecek nitelikte; belli bir sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği hakkında olabileceği gibi hâkimin davayı örnek göstermesi yoluyla da gerçekleşebilir. Hâkimin henüz şimdiki dava ortada yokken sözlü veya yazılı fikrini belirtmiş olması durumunda ret sebebinin oluşup oluşmadığı yönünde doktrinde görüş ayrılıkları vardır. Kuru ve Umar, henüz hâkimin önüne dava gelmeden, o davanın konusu olabilecek bir durum ile alakalı sözlü veya yazılı fikir belirtmiş hâkim hakkında daha önce görüş bildirdiği gerekçesine dayanılabilecek bir ret hali olmadığı görüşündedir²¹³. Yılmaz, bu görüş karşısında, hâkime ait bir yayımda görüş ifade edilmiş olmasının yazının objektif olup olmadığına bakılmaksızın ret sebebi teşkil ettiğini belirtmektedir²¹⁴. Böyle bir durumda kanaatimce hukukçu olan her meslek sahibinin konusu hukuki öngörülerden oluşan ve niteliği itibariyle soyut bir durumu açıklayan bir toplantı/sempozyum veya panelde yer alması veya yazılı bir çalışmada bulunması

²¹¹Kuru, Ders Kitabı, s. 30; Umar, Şerh, s. 162; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 38-39; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 96; dilekçeye sonradan eklenen notların ret sebebi teşkil edip etmediği hakkında; 20 HD 21.06.2004, 6178/6240.

²¹²Kuru, Ders Kitabı, s. 30; Umar, Şerh, s. 162; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 38-39; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 125-126; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 95-96; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 134.

²¹³Aynı yönde, Kuru, Ders Kitabı, s. 87; Umar, Şerh, s. 162.

²¹⁴Yılmaz, Şerh, s. 429.

mümkündür²¹⁵ .Başka bir anlatımla, hukuk mahkemesi hâkiminin genel nitelikte açıklamalarda bulunarak herhangi bir kanun maddesi yorumlaması veya herhangi bir yayımında mevcut yargılama konusuna dair genel ve soyut nitelikte açıklamada bulunması redde yol açmamalıdır²¹⁶.

Ne var ki hâkimin genel ve soyut olmayan, bakmakta olduğu uyuşmazlık ve dava ya da iş konusu hakkında yorumda bulunmuş olması o davaya bakmaması için yeterli bir sebeptir.

2.3.3 Hâkimin Davada Çeşitli Sıfatlarla Yer Almış ya da Uyuşmazlıkta Arabulucu veya Uzlaştırmacı Sıfatıyla Görev Yapmış Olması

Tarafsızlık açısından işin esası hakkında karar veren hâkimin daha önce aynı davaya ilişkin roller üstlenip üstlenmediği önem kazanmaktadır. Bu doğrultuda HMK m. 36/1- c ile, önüne gelen davada (daha önce) tanık, bilirkişi, hâkim, hakem sıfatlarıyla hareket etmiş veya uyuşmazlıkta arabuluculuk ya da uzlaştırmacılık yapmış hâkimin, tarafsız kalamayacağı gerekçesiyle reddi mümkün kılınmıştır (HMK m. 36/1-c). Burada, davada daha önce bir başka konumda yer almış olan hâkimin, bu kez o davada karar verecek olması söz konusudur²¹⁷. Düzenlemenin temelinde, böyle bir durumda hâkimin daha önce edindiği bilgilere ve oluşturduğu kanaate bağlı olacağı dolayısıyla yargılamanın tarafsız şekilde yürütülemeyeceği korkusu yer alır²¹⁸.

Hukukumuzda hâkimin/mahkemenin tarafsızlığını sağlamaya yönelik diğer düzenlemelere bakıldığında, davada daha önce tanık, bilirkişi, hakem veya hâkim olarak yer almış olan hâkimin artık o davadan yasaklı olduğu görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin başkanları ve üyeleri hâkim, hakem, tanık, bilirkişi olarak

²¹⁵Türk Yargı Etiği Bildirgesi, 3.3. ve 3.4.

²¹⁶Bangalore Yargı Etiği İlkeleri 4.11. Benzer şekilde, Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri 4.14, 4.14.1 ve 4.14.2.

²¹⁷Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 125.

²¹⁸Gören Ülkü, s. 113 ve dpn. 202.

yer aldıkları davalardan ve işlerden yasaklanmıştır (AYMKYUK m. 59/ 1- b, ç ve d). Keza, Uyuşmazlık mahkemesi hâkimleri de aynı sebeplerle yargılamadan çekinmek zorundadır. (UMKİK m. 7/2, 4 ve 5). Ceza muhakemesi bakımından da hâkim, önüne gelen davada daha önce tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş ise davaya bakamayacağı gibi o davayla ilgili başka bir aşamada hâkim/üye olarak görev aldıysa bu kez yargılamaya katılamaz²¹⁹ (CMK m. 22/8- 23/1, 2 ve 3). Medeni yargılama bakımından ise hâkimin daha önce değişik fonksiyonlarda görev aldığı davadan alıkonulması, bunu yasaklılık sebeplerinden sayan Alman hukuku ve yasaklılıkla ret sebepleri bakımından ayırım yapmayıp belirtilen hususu davadan çekinme sebebi sayan İsviçre hukukunda görülür²²⁰.

Doktrinde, hâkimin daha önce aynı davada farklı fonksiyonlarda bulunmuş olmasının, medeni yargılama hukukunda da yasaklılık sebebi sayılması gerektiği savunulan görüşler arasındadır²²¹. Buna paralel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulünden önce hazırlanan tasarılar da aynı yönde hükümler öngörölmüştür²²². Tarafsızlığın temini bakımından düşündüğümüzde, bu görüş isabetlidir. Mahkemenin/hâkimin tarafsızlığından şüphey e düşürecek tüm durumlardan kaçınılması zorunluluğu, tüm yargılamalarda tartışılmayacak kadar önemlidir. Ne var ki ret ve yasaklılık sebepleri karşısında böyle bir yaklaşım, kanaatimizce HMK'nın 36. madde hükmünü bütünüyle ilgilendiren bir yaklaşımdır ve

²¹⁹Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO) §41, hâkimlik görevinin icrasını engelleyen (yasaklılık) halleri düzenler, bkz. yukarıda, dñn. 53.

²²⁰Bkz. yukarıda, 1.2.1. ve 1.2.2.

²²¹Akcan, s. 60; ceza yargılama kurallarıyla paralellik sağlanması açısından Taştan, s. 223, 225, 229; tarafsızlığın temini için Gören Ülkü, s. 114; karş. Çon, s. 52-53.

²²²HMK'nın kabulüne kadar hazırlanan bazı taslak ve tasarı metinlerinde benzer düşüncelerin benimsendiği görölebilir: (29.11.1967) teklif m.11/5-6; (1/474, 28.04.1971) teklif m. 36. ile kanundaki yasaklılık sebeplerine “evvelce noter olarak yaptığı işlerden çıkan davalar (evvelce noterlik yapmış olmak 1086 S. Kanun'un kabulünden bu yana 1948 ve 1952, dâhil 1993 hariç tüm tekliflerde yasaklılık sebebi sayılmıştır); hükmünü verdiği iş ve davaların Yargıtay incelemeleri ve cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı davalar” eklenmiştir. 1971 yılından sonra hazırlanan 1993 tarihli kanun teklifinde ise hâkimin daha önce davada noter olarak işlem yapmış olması ret sebeplerinden sayılmış, hâkim veya hakem olarak hüküm verdiği davalar yasaklılık halleri içerisinde kalmaya devam etmiştir, bkz. 1993 Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/654, 02.12.1993) m. 22- 23.

kanun koyucunun, ret sebepleri yönünden Alman ZPO sistematüğini benimsemesini gerektirir (ki, tarafsızlığın mutlak şekilde temini düşünölürse doğru olan budur). Yani, hâkimden şüphe duyulması sabit bulunan her durum, tarafların talebi bulunmaksızın hâkimi davadan alıkoymalı, diğer haller için ise genel bir ret sebebi öngörölmelidir. Zira hâkimin, yol göstermiş olması da, salt ihsas-ı reyin gerçekleşmesi de, taraflardan biriyle davası veya yakınlık ilişkisinin bulunması da bütünüyle mahkemenin/hâkimin tarafsızlığıyla bağdaşmaz.

2.3.3.1 Hâkimin Daha Önce Davada Tanık Olarak Dinlenmiş Olması

Kanunumuz ret sebeplerinin düzenlendiğı m.36/1'in c bendinde, ilk olarak, bir davada tanık sıfatıyla dinlenmiş hâkim hakkında redde sebebiyet verecek bir durum olduğunu kabul etmiştir.

Tanıklık, davanın tarafları dışındaki üçüncü kişilerin, ispatın konusunu teşkil eden çekişmeli vakıa hakkında dava dışında edinmiş oldukları bilgiyi mahkemeye bildirmeleridir²²³.

Tanık, davanın taraflarından başka; üçüncü bir kişi olabilir (HMK m. 240/1). Bu husus, hukukumuz açısından, tanığın davada taraf olamayacağı gibi hâkim, zabıt kâtibi ve kanuni temsilci de olamayacağı anlamına gelir²²⁴. Avukatlar ise, davada taraflara oranla üçüncü kişi konumunda kabul edilir ve tanık olarak dinlenilmelerinde engel bulunmamaktadır²²⁵.

Hâkimin önüne gelen ve halen yargılama süreci devam eden davada tanık olarak dinlenmesi mümkün değilse de, o davada daha önce tanıklık yapmış olması

²²³Ertanhan, M., Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 20 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası; s. 449.

²²⁴Ertanhan, s. 40-43. Bir davada tanık olarak dinlenmiş olan zabıt kâtibinin reddi hakkında bkz. Taşpınar Ayvaz, s. 604 vd. Olayın tanığı olmanın hâkimin soracağı soruları ve görüşünü etkileyeceğı bu nedenle tarafsızlığın ihlal edileceğı; buna karşın zabıt kâtibinin daha önce tanık olarak dinlenmiş olmasının ret talebi yönünden tartışılması gerektiğı yönünde bkz. Ertanhan, dpn. 115.

²²⁵HGK 24.06.2020, 2017/2-2209- 2020/475.

mümkündür. Örneğin, öğrenciyken bir davada tanık olarak dinlenmiş hâkim, daha sonra o davanın hâkimi olarak görevlendirilmiş olabilir²²⁶.

Tanıkların mahkemeye sunduğu beyanlar geçmişte olan ve dava konusu yapılan vakıalara ilişkindir. Bunun için bir kişinin beyanının tanık beyanı olarak kabul edilebilmesi onun olay ve olguları duyu organları ile algılamasına bağlıdır²²⁷. Dolayısıyla hâkimin davada daha önce tanıklık yapmış olması, onun dava dışında edindiği şahsi bilgiye dayanarak hüküm verebilmesi²²⁸ anlamına gelecektir²²⁹.

Hâkimin yalnızca tanık sıfatıyla bilgisine başvurulabilir kişi olması kanunun lafzi itibariyle ret sebebi teşkil etmez; reddedilebilmesi için açıkça o davada tanık sıfatıyla dinlenmiş olması gerekir²³⁰. Bu bağlamda tanık sıfatıyla dinlenmesi gerekmemek, başka bir deyişle tanık listesinde bulunmak dâhi tek başına incelenen bent kapsamında ret sebebi değildir²³¹.

²²⁶Yılmaz, Şerh, s. 429.

²²⁷Ertanhan, s. 22.

²²⁸Hâkimin ne tarafların beyanından ne senetlerin içeriğinden ne de tanık beyanlarından çıkan fakat sadece kendi özel bilgisinde bulunana göre hüküm veremeyeceği yönünde bkz. Alangoya, s.43. Ayrıca hâkimin özel bilgisini kullanarak hüküm kurmasının doğru olduğu aksi halde yeminini bozacağı ve gerçeğe uymayan bir sonuca sebep olacağı görüşüne karşılık; hâkimin, “persona publica” niteliğini muhafaza etmesi gerektiği yönündeki tartışmalar ve hukuk doktrininden örnekler için bkz. Alangoya, s. 24 - 26 ve dpn. 65,65/a ve 67, vd.

²²⁹Bangalore Yargı Etiği İlkeleri 2.5.1 ve 2.5.2.

²³⁰Hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgisini kullanmasının yasak olmasının dayanakları, medeni yargılama hukukuna egemen ilkelerle ilişkisi ve ispat hukukuna ilişkin usuli güvencelerle bağlantısı hakkında ayrıntılı inceleme için bkz.; Atalı, M., “*Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması*”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 239-263; Yazar, hâkimin şahsi bilgisini kullanması yasağına dolaylı olarak yer veren hükümlerden biri olarak HMK m. 36/1- c bendini saymakta ve hatta anılan hükmün bu yasağın en büyük göstergesi olduğunu belirtmektedir. Öte yandan, hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgiyi kullanmasının yasak olmasını diğer medeni usul ilkelerinden bağımsız bir ilke teşkil etmesi gerektiğini incelenen ret sebebi ve tarafsızlık çerçevesinde temellendirmekte; kanunun salt “tanıklık yapmış olması” ifadesinin “tanık olabilme potansiyeli” taşınmasından daha az tehlikeli olduğunu ve kanun koyucunun elbette daha tehlikeli olan hâli saymayacağını mümkün olmadığı yorumunu yapmaktadır, bkz. Atalı, s. 149 – 155; Çon, s. 119.

²³¹Aynı yönde bkz. Atalı, s. 150 ve Alman Medeni Usul Kanunu’nda da aynı anlama gelen bir karşılık kullanıldığından bütün Alman kaynaklarında aynı şekilde yorum yapıldığı hakkında bkz. Atalı, dpn. 50; Çon, s.119; konunun yargı yasağı olarak nitelenmesine ilişkin bkz. Askeri Yargıtay Drl. Kararı 10.12.1971, 96/94, Yurtcan, s. 211.

Ancak, fiilen dinlenmemiş olsa dahi tanık ve hâkim sıfatlarının aynı kişide birleşmesi, hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgiye sahip olması yönünden yargılamada tarafsız ve objektif olacağına dair şüphe duyulmasına sebep olacaktır. Kişinin kendi gözlem ve algısının etkisinde kalması doğal ve kuvvetle muhtemeldir. Zira Atalı'nın ifade ettiği gibi, gördüğü veya işittiği şahsi bilgide yanılma payı bulunan her kimse gibi hâkimin de şahsi bilgisinin davaya aktarılmış olması tarafsızlığa zarar verirken, söz konusu bilginin ifade edilmemiş olması sakıncasızdır denilemez²³². Bu durumda hâkim, o davadan çekilmelidir. Hâkimin davaya bakmaya devam etmesi halinde ise tarafların, genel ret sebebine göre hâkimi reddedebilmesi gerekir.

2.3.3.2 Hâkimin Davada Bilirkişi Olarak Görev Yapmış Olması

Çözümü, hukuk alanı hariç olmak üzere, özel ve teknik bilgiye bağlı olan durumlarda, mahkemenin, kendiliğinden ya da talep üzerine oy ve görüşüne başvurduğu kişiye bilirkişi denir²³³ (HMK m. 266). Bilirkişi, bilgisine başvurulacak konuda süresi içinde oy ve görüşünü mahkemenin takdirine göre sözlü yahut yazılı şekilde bildirmekle yükümlüdür (HMK m. 269/1). Bu yükümlülük onun görevi kabul ve davete icabet yükümlülüğünün uzantısıdır.

Bilirkişi görevi itibarıyla inceleme konusu yapılan maddi vakıalar hakkında detaylı bilgiye sahiptir ve taşıdığı resmi sıfat ile kullandığı kamusal yetkilerin neticesinde tarafların sır alanına girecek hususlara vakıf olabilir. Nitekim bilirkişinin kendisine tevdi edilmiş bu sırları paylaşması yahut kendisi veya başkasına yarar sağlayacak şekilde kullanması yasaklanmıştır (HMK m. 277).

²³²Atalı, s. 160-161.

²³³Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 478 ve diğer tanımlar için, 31. başlık, dpn. 1.

Hâkimin daha önce aynı uyuşmazlıkla alakalı bilirkişilik görevi yapmış olması, ancak hâkimlik mesleğine başlamadan önce, hukuk bilgisinin dışında, uzmanı olduğu başka bir alanda mümkün olabilir.

Hâkim, daha öncesinde bilirkişi olarak hareket ettiği davanın, sonrasında hâkimi olursa; burada hâkimin daha önce sahip olduğu bilirkişi sıfatı, onun henüz dava önüne gelmeden dava dosyasına vakıf olması ve kendisi tarafından sağlaması yapılmış bir fikre sahip olması anlamına gelir. Dolayısıyla bir davada hâkim daha önce bilirkişi olarak görev almış, sözlü olarak dinlenmiş veya yazılı şekilde raporunu sunmuş ve sonrasında o davada hâkim olarak görevlendirilmiş ise o hâkim hakkında ret sebebinin var olduğu kabul edilir.

2.3.3.3 Hâkimin Daha Önce Davada Aynı Sıfatla Hareket Etmiş Olması

Daha önce belli bir davada bir şekilde aynı görevi üstlenmiş bir hâkimin reddedilebilmesi, onun aynı uyuşmazlık hakkında oy veya görüşünü belli etmiş olmasından öte, ilk seferde edindiği hükmün veya kanaatin tesiri altında kalıp, daha sonraki yargılama görevini gereği gibi yerine getiremeyeceğinden endişe edilmesidir²³⁴. Aynı endişe, yukarıda da bahsedildiği üzere, anayasa, uyuşmazlık ve ceza yargısında hâkimin yasaklılığıyla sonuçlanmaktadır.

Bu hâlin tipik örneğini, ilk derece mahkemesinde hâkim sıfatıyla bir davada karar vermiş olan kimsenin daha sonra bir üst derece yargı yerine hâkim olarak atanmış olması ve kanun yolu başvurusu üzerine de o dava ile ilgili incelemenin üyesi olduğu daire tarafından yapılacağı olması teşkil eder²³⁵.

²³⁴Kunter, s. 332. Ayrıca Kunter, ceza yargısı bakımından ilk soruşturmada bir delili kabul eden hâkimin, analiz yetkisini kullandığı ve bunun da sentezi ortaya çıkaracağını ifade eder; bu ifade haklıdır ve aslında medeni yargılamaya hakim olan ilkelerle ceza yargısının arasındaki farkı, düzenlemelerin farkını da açıklar şekilde ortaya koyar, s.25.

²³⁵Tanrıver, Medeni Usul, s. 275; Kuru, Ders Kitabı, s. 31; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 39; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 123; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu s. 135; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 96.

Örneğin, bir davayı esas hakkında karara bağlayan hâkim sonradan bölge adliye mahkemesi nezdinde göreve başlamış ve karar hakkında istinaf incelemesine katılmış ise ret edilebilir. Zira hâkim, daha önce başka bir aşamada verdiği kararı denetlediğinde veya gözden geçirdiğinde, gerçekte tarafsız veya objektif bakabilse de yargılama faaliyetinden beklenen güveni oluşturmayacaktır²³⁶.

Öte yandan, vermiş olduğu karar temyiz aşamasında bozulan ilk derece mahkemesi hâkiminin, bozma gereği ve sonrasında yapacağı inceleme ret taleplerinin konusunu oluşturmaz. Bu durum, hem mahkeme kararlarının neticede hukuki bir sonucu ifade etmesi dolayısıyla ihsas-ı rey olmadığı gibi, incelenen bent kapsamında da hâkimi reddi sebebi teşkil etmeyecektir²³⁷.

Hâkimin yalnızca aynı uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar vermiş olması, başlı başına retle sonuçlanmaz. Örneğin, daha önce salt görevsizlik yönünde karar vermiş olan hâkimin, o davada görevli mahkemeye tayin edilmiş olması ve aynı davayı görüp karara bağlaması mümkündür²³⁸. Yani, hâkimin reddini haklı kılan durum, hâkimin önceden davanın sonucunu ortaya koyar nitelikte, esasa ilişkin karar vermiş olmasıdır. O halde, hâkim, ilk derece yargılamasında esas hakkında kararını vermiş, ancak daha sonra bu hüküm, o mahkemenin görevsiz olduğu gerekçesiyle bölge adliye mahkemesince görev yönünden bozulmuşsa ret sebebi oluşmuştur²³⁹.

Hâkimin kanun gereği kararına konu olan ve ret sebepleri kapsamına girmeyen haller mevcuttur. Kanun koyucu bir önceki bentte, hâkimin kanunen gerekmediği halde oyunu ve görüşünü belli etmiş olmasını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle, kural

²³⁶Gören Ülkü, dpn. 256.

²³⁷Karar düzeltme bakımından, Kuru, s. 90.

²³⁸Ceza yargısında daha önce aynı davada sulh hâkimi sıfatıyla tanık dinleyen kimsenin o davada sorgu hâkimi sıfatıyla kararname düzenleyip mahkemeye sevki gerçekleştirilmesi, esas hakkında işlem yapılmamış olduğundan tarafsızlığın ihlali değildir, CGK 23.09.1974, 1-252- 413; Yurtcan, s. 211.

²³⁹Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 39.

olarak kanunen gerektiği için yargılamada kanaatini bildiren hâkim hakkında haklı bir ret sebebi bulunmamaktadır. İhtiyati tedbir veya delil tespiti konularında ara karar vermiş olan hâkimin daha sonra tedbirin konusunu oluşturan aynı davaya bakmaya devam etmesi ve hâkim olarak yer alması, kanundan kaynaklanır. Anılan durum, adli yardım talepleri hakkında karar veren hâkim için de geçerlidir.

Hâkimin ihtiyati tedbir, delil tespiti ve adli yardım talepleri hakkında vermiş olduğu kararlar, davaya ilişkin dolayısıyla uyuşmazlığın nasıl sonuçlanacağı hakkında nihai sonucu belli etmez.

2.3.3.4 Hâkimin Daha Önce Davada Hakemlik Yapmış Olması

Bir uyuşmazlıkta iki tarafın anlaşarak uyuşmazlığın çözülmesini özel kişi veya kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu kişiler tarafından çözümlenmesine tahkim denir²⁴⁰.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkimle çözülebilmesi, o uyuşmazlığın tahkim yoluna elverişli ve tarafların çözümün tahkimle sağlanması yönünde anlaşmış olmasına bağlıdır (HMK m. 407 ve m. 408). Tahkim ile uyuşmazlıklar, devlet denetimi çerçevesinde, yargılama yapılarak çözümlenir. Sürecin sonunda verilen kararlar, mahkemenin verdiği kararlara benzer şekilde kesindir ve gereğinin yapılması gerekir²⁴¹.

Burada tahkime konu uyuşmazlığın çözümü kendisine bağlanan kişiye hakem denir. Hakemler, hâkimler gibi belirli kurallar çerçevesinde uyuşmazlık konusu hakkında hüküm vermekle yükümlü olan kimselerdir²⁴².

²⁴⁰Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 581.

²⁴¹Tahkim ve tahkim kararlarının özellikleri bakımından HMK kapsamında değerlendirme için bkz Özbay, İ., “*Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, (Özel Sayı), 2014, s. 779.

²⁴²Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 582.

Tarafların tahkim sürecinde görev alacak hakemi seçmesi ve tahkim sürecindeki etkinlikleri düşünüldüğünde, daha önce aynı uyuşmazlığı hakem sıfatıyla görmüş hâkimin davadaki tarafsızlığı şüpheli hale gelecektir²⁴³. Aynı zamanda hakemler, karar merci olduklarından, davada daha önce hâkim sıfatıyla yer almış hâkimin reddedilebilmesini mümkün kılan hususlar, daha önce hakem olmuş hâkim için de geçerlidir.

Açıklanan çerçevede örnek olarak, hâkimin önüne gelen dava, onun daha önce avukatlık yaparken hakem sıfatıyla yetkilendirildiği bir dava ise bu husus hâkimi ret sebebi oluşturur²⁴⁴. Keza, hâkimin daha önce hakemlik yaptığı dava ile ilgili iptal davası açılması halinde, hakemin bu esnada iptal davasına bakan hâkim olması ya da iptal davası hakkında temyiz başvurusu yapılması beraberinde kararı veren hakemin, hâkim olarak temyiz incelemesinde yer alması bu fıkraya göre bir ret sebepleridir²⁴⁵.

2.3.3.5 Hâkimin Uyuşmazlıkta Arabulucu ya da Uzlaştırmacı Olarak Görev Almış Olması

Arabuluculuk, uzmanlık eğitimini tamamlamış tarafsız üçüncü bir kişinin, görüşme ve müzakerede bulunma amacıyla tarafları bir araya getirdiği, uyuşmazlık halindeki kişiler arasında iletişimi sağladığı ve bu kişilerin, aralarında anlaşamadıkları ve uyuşmazlığa çözüm bulamadıkları/üretemedikleri takdirde onlara çözüm önerisi sunduğu, alternatif uyuşmazlık çözüm süreci/yöntemidir. (HUAK m. 2/1- a,b).

Arabulucuların, görevleri çerçevesinde uyuşmazlık hakkında çözüm üretebileceği ve bu çözümü, taraflara sunabileceği 7036 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle HUAK’a dâhil edilmiştir; böylelikle arabulucular uyuşmazlık çözümünde daha aktif bir role sahip olmuştur.

²⁴³Çon, s. 56- 57.

²⁴⁴Yılmaz, Şerh, s. 430.

²⁴⁵Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 126 ve 127; Gören Ülkü, Tez, s. 32.

Uzlaştırma ise, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, usul ve esaslara uygun olarak müzakereleri yönetmek üzere Cumhuriyet Savcısının onayıyla görevlendirilen avukat veya hukuk öğrenimi görmüş tarafsız üçüncü kişi tarafından anlaştırmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade eder.

Bir davada hâkimin daha önce uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacılık yapmış olması hali, kanunda gösterilen ret sebeplerine HMK’da 7251 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik kapsamında, 36. maddenin c bendinin devamında yer almak üzere dâhil edilmiştir.

Hâkimin daha önce uyuşmazlığın çözümünde arabulucu ya da uzlaştırmacı sıfatlarıyla görev almış olmasının hâkimin reddi sebeplerine özel olarak eklenmesinin temelinde, aynı uyuşmazlıkta sözü edilen sıfatlarla yer almış hâkimin, bu görevler sebebiyle ve neticesinde uyuşmazlık taraflarıyla iletişimde bulunmuş, temas etmiş olması, dolayısıyla dava dosyasına vâkıf ve dosyadaki delil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan bazı bilgi yahut belgelere görevi gereği erişmiş olması yer almaktadır. Zira bu şekilde, derdest davanın sonucunun etkilenmesi kaçınılmazdır.

Aynı zamanda hâkimin, her iki uyuşmazlık çözüm yönteminde de taraflar yerine ve adına çözüm üretebilmesi ve bunu sunabilmesi söz konusudur. Uzlaştırma sürecinin bir parçası olan bu yetkinin “taraflar anlaşılamadığı takdirde” arabulucunun da görev alanına dâhil edilmiş olması, her iki çözüm yöntemi bakımından da hâkimin henüz dava önüne gelmeden taraflara, tarafların sunduğu iddia ve savunma vasıtaları çerçevesinde, daha sonra değişmesi güç olan kanaatini sunmuş olması sonucunu doğurmaktadır. Hukukumuzda gün geçtikte uygulanma alanı genişleyen ve çoğu uyuşmazlıkta dava şartı olarak kabul edilen arabuluculuk hakkında, ret sebepleri bakımından açık bir düzenlenme yapılması faydalı olmuştur. Zira günümüz şartlarında

hâkimin başkaca roller üstlenmesi bakımından yargılamada daha çok karşılabilecek bir unsur olarak hâkimin daha önce uyuşmazlıkta arabulucu ve uzlaştırmacı sıfatlarıyla yer almasının ret sebebi olarak hükme dâhil edilmesi, hükmün mevcut şekline göre yerinde bir değişikliktir²⁴⁶. Özellikle belli bir kідeme sahip avukatların, hâkimlik mesleğine geçişlerinde yaşanan artış sebebiyle, daha önce bir uyuşmazlıkta arabulucu veya uzlaştırmacı olarak görev almış olanlarının aynı uyuşmazlıkta bu sefer hâkim sıfatıyla yer alması ihtimali kuvvetle muhtemeldir.

2.3.4 Davanın, Hâkimin Dördüncü Derece Dâhil Yansoy Hısımlarına Ait Olması

Kanun koyucu, uyuşmazlığın belli bir dereceye kadar yansoy hısımlarına ait olması halinde tarafsızlığın korunamayabileceğini varsaymıştır²⁴⁷. Burada, yasaklılıktan farklı olarak yansoy hısımlığının kan ya da sıhriyet esasına dayanması bakımından ayırım yapılmamıştır. Bu itibarla yalnızca kan hısımlığı değil bu dereceye kadar kayın hısımlığının da ret sebebi oluşturacağı kabul edilmelidir²⁴⁸. Örneğin, davaya bakan hâkimin davacı veya davalının amcasının kızı yahut davacı ya da davalının, hâkimin, eşinin teyzesinin ya da dayısının oğlu olması bu bent kapsamında ret sebebi teşkil eder²⁴⁹.

Kanun, yine yasaklılıktaki hükümden farklı olarak evlilik bağı sona erdiğinde kayın hısımlığının ret sebebi teşkil edip etmeyeceğini öngörmemiştir. Ancak burada

²⁴⁶Arabulucu ve uzlaştırmacı sıfatlarının hükme eklenmesine yöneltelen eleştirilerin ortak noktası, bu durumun zaten hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebe yani genel ret sebebine dâhil olması yönündedir. Belirtmek gerekir ki, bu eleştirinin sonucunda örnek gösterilen tüm ret sebeplerinin de eleştirilmesi gerektiği ortaya çıkar. Sonuçta hepsi tarafsızlıktan şüpheyi gerektiren önemli sebeplerdir. Davada belirli süjelerin yer aldığı hükümde zamanla aynı etki alanına sahip olmuş diğer süjelerin de olması hem yeni süjelerin önemini ortaya koymakta hem de kanunu güncel kılmaktadır.

²⁴⁷Hâkimin davada daha önce farklı sıfatlarla yer almış olmasında olduğu gibi Anayasa Mahkemesi başkan ve üyelerinin belirtilen dereceye kadar (ve dâhil) ait olan dava ve işlere bakmaktan yasaklı olması söz konusudur (m. 59/ 1- b, ç ve d). Aynı zamanda, uyuşmazlık mahkemesi üyeleri de aynı derece (4 ve dâhil) kimselerin işlerinden yasaklı kabul edilmiştir.

²⁴⁸Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.126; Tanrıver, Medeni Usul, s. 275.

²⁴⁹Dördüncü derece yansoy hısımları şunlardır; üçüncü derece üstsoyun oğulları, kızları; anne veya babanın teyzeleri amcaları, halaları veya dayıları; ikinci derece üstsoyun ana baba dışındaki oğullarının çocukları ve yine hâkimin yeğenlerinin çocukları.

da, 4. derece hısımlığın kan veya sıhriyet esasına göre ayrımı yapılmadığından her iki halde de ret sebebi olduğu yönünde yorum yapıldığı gibi; evlilik bağı kalkmış olsa dâhi kayın hısımlığının ret sebebi oluşturduğu kabul edilebilir²⁵⁰. Kaldı ki kanun koyucunun aynı yönde bir hüküm getirmek istemediği düşünülürse, söz konusu hâl genel ret sebebi kapsamında ileri sürülebilmelidir.

Kanun koyucu yasaklılık sebebi olarak, üçüncü dereceye kadar olan hısımlığı (ve dâhil) kabul etmiştir. Dolayısıyla bu alanın dışında kalan haller, tarafsızlıktan haklı şüpheyi oluşturduğu takdirde, ret sebebi olarak değerlendirilebilir. Aynı zamanda kanun koyucu, hem bu alanın dışında kalan hem de ret sebebi sayılabilecek dördüncü derece kan ve kayın hısımlığını doğrudan ret sebepleri arasında göstermek suretiyle, bu hal için ayrıca başka bir unsur aranmasına izin vermemiştir. Başka bir anlatımla, dördüncü derece kan ve kayın hısımlığı bulunduğu halde, ret talebini incelemeye yetkili merci başka bir unsur aramaksızın ret talebini kabul etmelidir. O halde, dördüncü dereceden sonraki hısımlık ilişkisi bakımından, hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin varlığı ayrıca incelenecek ve ret talebi, Kanunun 36. maddesinin ilk cümlesinde yer alan genel ifadeye dayalı ileri sürülecektir.

Son olarak, tarafların vekil ile temsili durumunda, davada her iki taraftan birinin vekili ile hâkim arasındaki yakınlık bir ret sebebi değildir. Ancak, Avukatlık Kanunu'nun 13. maddesinde sayılan belirli yakınlık hallerinde avukatın o davada görev alamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada hâkimin reddedilmesi değil, avukatın o davaya vekâlet ehliyeti bulunmaması söz konusudur²⁵¹. O halde, hâkimle

²⁵⁰Taşpınar Ayvaz, s. 605; Çon, s. 57.

²⁵¹Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.123, 127.

taraf vekili arasında belli bir dereceye kadar hısımlık, Avukatlık Kanunu'na göre vekilin o davadaki görevinden çekilmesini gerektirir²⁵².

2.3.5 Hâkimin Taraflardan Birisiyle Arasında Düşmanlık veya Dava Bulunması

Hâkimin her iki taraftan biriyle arasında düşmanlık veya dava bulunması, onun görevini önyargısız ve objektif şekilde yerine getirmesini zorlaştıracak gibi, tarafların da mahkemeye olan güvenini etkiler. Bunun için kanun koyucu, taraflarla hâkim arasındaki bu ilişkiyi, ayrı bir bentte, tarafsızlığı şüpheyne düşürecek önemli bir sebep olarak düzenlemiştir.

Hâkimle taraflar arasındaki davanın ret sebebi teşkil edip etmeyeceği konusunda açıklanması gereken ilk husus, söz konusu anlaşmazlığın devam ediyor olması; davanın, mevcut/ esas dava “esnasında” olması gerektiğidir²⁵³. Özellikle, daha önce hâkim ile taraflardan biri arasında gerçekleşmiş ve nihayete ermiş bir dava bu bent kapsamında değerlendirilmez²⁵⁴.

Uygulamada yargılamanın kendi isteği doğrultusunda şekillenmediği gören veya öyle zanneden tarafın, sonuçtan kaçınmak amacıyla incelenen sebebe sığınarak ret talebinde bulunduğu sıklıkla görülmektedir²⁵⁵. Örneğin, dava açıldıktan sonra ve yargılama devam ederken davaya bakmakta olan hâkim hakkında sırf bunun için şikâyetle bulunulmakta veya hukuk davası açılmaktadır²⁵⁶. Bu bakımdan somut

²⁵²AK m. 13'de öngörülen derecede yakınlığı bulunan vekilin davadan çekilmesi gerekir, aksi halde avukat hakkında disiplin para cezası söz konusu olur, aynı hâkim davadan çekinmiş olsa dâhi, avukat o davaya bakmaya devam edemez; Kuru, s. 82 ve 8. D. 09.08.1968, 662/2567; 11 HD 26.10.978, 4087/4766.

²⁵³Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 97. Belgesay, kısa bir süre önce sonuçlanmış davanın ret sebebine konu edilebileceğini ifade eder, Belgesay, s. 84. Belgesay'la aynı yönde, bkz. Gören Ülkü, Tez, s. 145.

²⁵⁴Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 196; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 97. Diğer taraftan, hâkim ile taraf arasında sonuçlanmış ancak hâlen etkisi devam ettiği öne sürülen davanın açılma zamanı-konusu-çevresi bakımından değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Çatalkaya/Tarikoğulları/Özcan, s. 64.

²⁵⁵Umar, Şerh, s. 153.

²⁵⁶Dava açıldıktan sonra yargılama esnasında davanın hâkimi hakkında şikâyetle bulunulması üzerine ret sebebi doğmaz; 20 HD 04.07.2011, 8666/8577.

uyuşmazlığı konu alan davaya bakan hâkim ile taraflar arasındaki derdest davanın, somut uyuşmazlığı konu alan davadan daha önce açılmış olması ret talebinin değerlendirilmesinde önem arz eder²⁵⁷. Çünkü sonradan açılmış bir davanın, yalnızca ret sebebi yaratmak amacıyla açılan, gerçek dışı bir dava olma ihtimali söz konusudur²⁵⁸. Öte yandan, hâkimin davalı olduğu uyuşmazlık, esas/mevcut uyuşmazlıktan önce davaya konu edildiyse de, bu davanın yalnızca ret sebebi yaratmak için açılıp açılmadığı üzerinde durulması gerekir²⁵⁹. Şayet yalnız sözü edilen amaçla açılan bir dava varsa, bu dava ilişkisi ret sebebi olarak kabul edilmemelidir.

O halde, hâkimle taraf arasında bir dava varsa, bu davanın ikame edilmiş olması tarafın ret sebebini ihdas gibi bir şüpheyi oluşturmuyorsa, konusu ne olursa olsun ret talebinin haklı bulunmasını gerektirir.

Düzenlemenin bir diğer kısmı olan tarafla hâkim arasındaki düşmanlığın ret sebebi teşkil edip etmediği hususu ise somut bir meselenin ortaya koyulduğu durumlar hariç olmak üzere, hâkimin tarafsız olmadığına dair şüpheyi gerektirir. Zira tarafla hâkim arasındaki nefret veya kin, ancak kendi aralarında anlam ifade ettiğinden, ret sebebini inceleyecek hâkim tarafsızlık ölçüsünü esas almalıdır. Örneğin, hâkimin, taraflardan birisine karşı borçlu konumda olması ve borcu ödemesi için kendisine protesto çekilmiş, uyarı tebliğ edilmiş olması²⁶⁰ veya taraflardan birinin kiracısı olan hâkim hakkında iki haklı ihtarname düzenlenmiş olması, hâkim ile o taraf arasında

²⁵⁷Tanrıver, Medeni Usul, s. 275; 20 HD 10.12.2012, 13574/14189. Benzer kararlar için, 20 HD 18.02.2014, 2013/10247-2045; 20 HD 04.10.2016, 4985/8376. Aynı yönde bkz. Kuru, Ders Kitabı, s.31; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 97.

²⁵⁸“...Oluşan yeni duruma göre, süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulü ile, Dairemizin 08.04.2003 gün ve 2003/1598-2736 sayılı dilekçenin reddine ilişkin ilamının kaldırılmasına karar verilerek, dosya yeniden incelendi; Yargılama sürerken davalı vekili 08.11.2002 tarihli dilekçesi ile mahkeme heyeti hakkında Adalet Bakanlığına şikayette bulunduğunu belirterek reddi hakim yoluna başvurmuştur... hakim reddi için ileri sürülen hususlar H.Y.U.Y.nın 29. maddesinde tanımı yapılan sebeplerden değildir...”. 20 HD 17.09.2003, 4241/5639; Kuru, Ders Kitabı, s.31; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 97; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 135.

²⁵⁹Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40.

²⁶⁰Örnek için; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40.

düşmanlık bulunduğu anlamına gelir. Ancak, soyut fikir uyuşmazlıkları, mezhep ayrılıkları, siyasi düşünce farklılıkları veyahut geçmişte yaşanmış ancak etkisinin devam edip etmediği kesin olmayan olaylar tek başına ret sebebi değildir.

Hâkim ile taraflardan birisinin vekili arasında dava veya düşmanlık bulunması da bu bent kapsamında ret sebebi oluşturmaz²⁶¹. Bu durum, sonraki başlıkta değinileceği üzere genel ret sebebi kapsamında ileri sürülebilmelidir.

2.4 Diğer Sebeplerin Değerlendirilmesi

Hâkimin tarafsızlığını gölgeleyen ve kanun koyucu tarafından önemli sayılan ret sebepleri doğrultusunda, HMK'nın 36. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi gereği hâkimin reddini gerektirebilecek durumlardan ilki, hâkimin taraflardan biri ile kanunda sayılandan daha uzak derecede hısımlığa sahip olmasıdır. Hâkim ile taraflardan biri arasında dördüncü dereceden değil de daha uzak dereceden hısımlık var ise örneğin, davalı hâkimin halasının torunu ise bu durum Kanunun 34. maddesiyle 36. maddesinin ilk fıkrasının 4. bendi ve 36/1-ç kapsamına girmemekle birlikte anılan maddenin ilk cümlesi gereği hâkimin reddine sebep olabilir²⁶². Kanun koyucunun belirlenen dereceye kadar hısımlık söz konusu olduğunda ret sebebinin haklı görmesi, hâkimle taraflar arasında sınırlandırılmıştır. Bu noktada hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren ve Kanunu'nun 36. maddesinin ilk cümlesi içerisinde ileri sürülebilmesi gereken durumlardan bir diğeri de, taraf vekilleriyle hâkim arasındaki ikinci dereceden sonraki derece hısımlıklardır²⁶³. Nitekim, ikinci dereceye kadar olan hısımlıklarla, vekilin üstlendiği görevden çekilmesi zorunludur (AK m. 13).

²⁶¹Kuru, Ders Kitabı, s.31.

²⁶²Umar, Şerh, s. 156; Yılmaz, Şerh, s. 430; Yargıtay ileri derece yakınlık halini akrabalık açısından sınırlı tutmaktadır, bkz. 20 HD 21.12 2010, 15448/16428.

²⁶³İsviçre hukukunda hâkimin, taraflardan birinin temsilcisiyle evliyse ve fiilen ortak yaşam sürdürüyor ya da sürdürmüşse; taraflardan birinin temsilcisi ile ikinci dereceye kadar kan veya kayın hısımlığı bulunuyorsa davadan uzaklaştırılabileceği hk. SZPO Art. 47 ve yukarıda, 1.2.2. Aynı yönde, Gören Ülkü, Tez, s. 135.

Keza, aradaki evlilik bağı kalkmış olsa bile hâkimin eşinin davasına bakması yasaklanmıştır. Bu husus 34. maddenin a bendinde geçen “ya da dolayısıyla ilgili olduğu” ifadesinden anlaşıldığı üzere, dolaylı olarak ilgili davaları kapsamamaktadır²⁶⁴. O halde, belirlenen durumda ilk cümle gereği hâkimin reddedilebilmesi gerekir²⁶⁵. Bu konuda davaya bakan hâkimin eşiyle ve taraflar arasında herhangi bir menfaat bağının olması yargılama makamının tarafsızlığı konusundaki endişeleri haklı kılmaktadır.

Hâkim ile taraflardan birisi arasındaki yakınlığın yeterince ileri görülmesi durumunda bu yakınlık tarafsızlık bakımından haklı olarak şüpheyne sebep olabilir²⁶⁶. Buradaki yeterlilik ölçüsü, hâkimin profesyonelliğinin ve bağımsız davranışlarının nesnel anlamda etkilenip etkilenmediğine göre belirlenmelidir²⁶⁷. Hâkimin davadan çekilmesini ve reddini gerektirecek “yeterince” yakınlık konusunda verilebilecek örneklerden ilki, hâkimin taraflardan biri ile arasında nişanlılık bağının bulunmadığı veya bu bağın kanıtlanamadığı durumlarda evlenme vaadinde bulunduğu açık olduğu hallerdir²⁶⁸. Bundan başka, hâkimin davadaki herhangi bir tarafla olan genel mesleki ilişkisi ret için yeterli değilken, daha önce yoğun biçimde birlikte çalışmış olmak, örneğin uzun süre takım çalışması yapmak veya aynı ofiste ortak bir iş yürütmek, tarafsızlıktan şüphe edilmesi için haklı bir sebep kabul edilebilir niteliktedir²⁶⁹.

²⁶⁴Umar, Şerh, s. 155-158.

²⁶⁵Umar, Şerh, s. 156.

²⁶⁶Umar, Şerh, s. 156 ve 4 HD 03.01.1982, 2246/2797, Ankara Barosu Dergisi, 1982/2, s. 272-275.

²⁶⁷Özkaya Ferendeci, H. Ö., “*Federal Alman Mahkemesi’nin Hâkimin Reddine İlişkin Güncel Kararlarının İncelenmesi*”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2019, s. 233-234.

²⁶⁸Umar, Şerh, s. 154.

²⁶⁹Özkaya Ferendeci, s. 233- 234. Federal mahkemenin konu hakkında diğer kararları ve açıklamaları için s. 234- 239.

Hâkimin oğlunun veya kızının davalının öğrencisi veya işyerinde çalışan işçisi olması gibi sebepler de, hâkimin o davada tarafsız olmadığı ve taraflardan biri lehine koruduğu mesafeyi bozabileceği sonucuna vardırıbilir²⁷⁰.

Kanunda gösterilen sebepleri incelerken, ihsas-ı rey sayılabilecek, dolayısıyla 36. maddenin ilk fıkrasının b bendi kapsamında ret sebebi teşkil eden durumlardan bahsettik. Hâkimin henüz dava açılmadan sözlü veya yazılı fikrini belirtmiş olması ihsas-ı rey değildir. Böyle bir durum niteliği uygun düştüğü ölçüde genel ret sebebine göre hâkimin reddine sebep olabilir. Örneğin, mesleki bir faaliyeti nedeniyle hakkında dava açılan kişinin daha önce bir yayınında ondan ve mesleki yeteneklerinden övgü dolu sözlerle bahseden hâkim tarafından yargılanacak olması tarafsızlıktan şüpheyi oluşturacaktır²⁷¹.

Yukarıdaki hallerle birlikte, hâkim ile taraf arasında daha önce karara bağlanmış bir davanın görülmüş olması ya da cumhuriyet savcısının hukuk davası açtıktan sonra o davada hâkim olarak görev alması²⁷² gibi ihtimaller 36. maddenin ilk cümlesi içerisinde değerlendirilebilir²⁷³.

Genel ret sebebi gereği hâkimin reddi, özellikle ret sebebinin taraflar nezdinde oluşup oluşmadığı yönüyle, davaya katılan üçüncü kişiler ve davanın hâkimi ile taraf vekilleri arasındaki olaylar bakımından önem arz eder. Örneğin, asli müdahil aksine davada taraf sıfatıyla değil, taraf yardımcısı sıfatıyla yer alan ancak dava sonucunda

²⁷⁰Kuru, Ders Kitabı, s. 95; Yılmaz, Şerh, s. 423. Yılmaz, hâkimin oğlu veya kızının dava taraflardan birinin öğrencisi olması konusunda aynı yönde değerlendirme yaparken, Yargıtay; yargılama sırasında hâkimin oğlunun davalı şirkete ait dershanede eğitim görmesi nedeniyle davadan çekilmesini yerinde bulan merci kararı hakkında hukukça korunabilecek bir değer veya delile rastlanmadığına kanaat getirmiştir; ayrıca, 20 HD 01.03.2005, 1299/1864.

²⁷¹Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. Federal Mahkemenin 07.11.2018 T., IX ZA 16/17 K; Ferendeci, s. 231- 232.

²⁷²1993 tarihli Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/654, 02.12.1993) ve 1967 çerçevesinde teklif edilen yasaklılık durumlarından biri de hâkimin daha önce davada cumhuriyet savcısı olarak görev almış olmasıdır (Tasarı metni teklif m. 22/6 ve teklif m. 11).

²⁷³Kuru, Ders Kitabı, s. 95- 96; Kuru, El kitabı, s. 69. Diğer örnekler için bkz. Çon, s. 60- 61.

verilecek kararı etkileyen ve müdahalenin etkisiyle karardan kendisi de etkilenen fer'i müdahille hâkim arasındaki meseleler (hısımlık, düşmanlık veya dava bulunması vb.), tarafa da sirayet edebileceğinden, genel ret sebebine göre ret talebine konu edilebilmelidir²⁷⁴. Bununla birlikte, davanın hâkimi ve taraf vekili arasında yargılamanın tarafsız şekilde sürdürüleceğinden şüpheyne sebep olan bir durum var veya gerçekleşirse şayet, vekille hâkim arasında belli bir dereceye kadar hısımlığı yasaklayan kurala da istinaden (AK m. 139), ret talebinin genel ret sebebine göre ileri sürülebilmesi ve yetkili merci tarafından incelenmek üzere kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda özellikle, hâkimle taraflardan birinin vekili arasında düşmanlık, gerginlik olması, somut olayın özelliklerine göre hâkimin reddini gerektirebilecek niteliktedir²⁷⁵.

Hâkimle taraflardan birinin vekili arasında gerçekleşen gerginlik veya düşmanlıktan başka, örneğin, hâkimle vekilin eski okul arkadaşı olması ve hâkimin vekili ziyaret etmesi; vekilin hâkime hediye vermesi de söz konusu olabilir. Hâkimle taraflardan birinin vekili arkadaş olsa dâhi, yargılama öncesinde veya sırasında, görülen dava veya işle ilişkilendirilebilen her faaliyetten, önce hâkimin kaçınması

²⁷⁴İsviçre hukukunda, hâkimle fer'i müdahil arasındaki özel bir yakınlığın veya ilişkinin olması hk. Gören Ülkü, Tez, dpn. 283. Gören Ülkü, fer'i müdahille hâkim arasındaki hısımlık ilişkisinin hem fer'i müdahilce hem de tarafça genel ret sebebine dayandılarak ret talebine konu edilebileceği ve talebin ileri sürülebileceği kanaatinde, dpn. 290. Kanaatimizce, fer'i müdahil ile hâkim arasındaki durumlar taraf veya vekili tarafından ret talebine konu edilmelidir, ancak müdahalenin etkisi düşünüldüğünde, fer'i müdahilin taraf sebebiyle öne süremediği hususlar sonucunda müdahalenin etkisinin kısıtlanması tarafsız hâkimle yargılama yapılsaydı hükmün farklı olacağı iddiasına bir çözüm değildir. Bu bakımdan konu tartışmaya açıktır.

²⁷⁵Akbal, s. 50; Centel, s. 91; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi sebeplerinin davada taraf olanlar ile hâkim arasındaki olaylara özgü olduğu ve bunun taraflar dışında avukata teşmil edilemeyeceği yönünde, Danıştay 9. D. 18.06.1970, 28 -1971/2; 4 HD 03.12.1982, 10824/11260. İsviçre'de, hâkim, taraflardan birinin temsilcisi veya ilk derece mahkemesinde çalışan bir yargı görevlisiyle evliyse ve fiilen ortak yaşam sürdürüyor ya da sürdürmüşse, özellikle taraflardan biriyle veya temsilcisiyle dostluk ya da düşmanlık halindeyse davadan uzaklaştırılabilecektir; bende ilişkin olarak doktrinde ve yerleşik yüksek mahkeme kararlarında, hâkimin gerçekten önyargılı/tarafli olup olmadığı bir yana, nesnel olarak bakıldığında tarafli bir görünüm sunulması aranmıştır.

gerekir²⁷⁶. Zira hediye almak veya vermek gibi, borç, ağırlama, yarar, ayrıcalık veya lütuf gibi davranışlar, herhangi bir şekilde gerçekleştiği takdirde; vekil ile hâkim arasında veya tarafla hâkim arasında olması fark etmeksizin, karşılıklı ilişkide bulunan kişileri yükümlülük altına sokabilecek ve menfaat sağlama amacıyla yapılabilecek, tarafsızlığı ihlal edebilecektir²⁷⁷. Dolayısıyla, taraf vekiliyle hâkim arasında geçen bu yönde ilişkiler de, taraf ve hâkim arasında gerçekleşmiş gibi, genel ret sebebi kapsamında redde yol açabilir niteliktedir²⁷⁸.

Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren olaylar, her bir kişiye göre ve mevcut olayın kendi özelliğine göre değişebileceğinden daha birçok farklı şekilde tezahür edebilir. Bu nedenle her birinin ayrı ayrı tespiti yapılamaz.

Ancak son olarak ifade etmemiz gerekir ki; bazı durumların hâkimin tarafsızlığını kaybettiğini anlamına gelmeyeceği ve ret sebebi sayılmayacağı şüphesizdir. Ret talebine konu edilemeyecek olaylar şu şekilde sıralanabilir;

Hâkim, davanın ne şekilde yürütüleceği ve hangi usul hükümlerinin uygulanacağı konusunda her türlü kararı verebilir; buna müdahale etmek ve bundan

²⁷⁶Bangalore Yargı Etiği İlkeleri'nin 4.3 maddesi: "*Hâkim, kendisinin görevli olduğu mahkemede düzenli olarak görev alan, hukuk mesleğinin üyeleriyle olan ilişkilerinde, makul bir kişinin değerlendirmesine göre, herhangi bir menfaat veya yanlılık şüphesi veya görüntüsüne neden olabilecek durumlardan kaçınılmalıdır.*"; benzer şekilde Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri m. 4.9.

²⁷⁷Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri m 3.4; konu hakkında, Yargıtay Yargı Etiği Danışma Kurulu'nun 26.12.2018, 2018/1 sayılı tavsiye kararına bakmak gerekir; "*...Geçmişten bugüne hediye verme bir gelenek olarak görülmüş ve toplumsal yaşam içerisinde hediyeleşme kültürü ortaya çıkmıştır...Hediye verme "gönüllülük- iyi niyetli" veya "karşılıklı kötü niyetli" olmak üzere iki farklı amaç taşımaktadır... Bunlardan ilkinde hediye verenin bir menfaat beklentisi bulunmazken, ikincisinde ise hediye veren kişi menfaatini gözeterek aldığı hizmeti kolayca ve hızlıca elde etme niyetine sahiptir. Nitekim hediyeler, zincirleme ilişkiler sistemi kurulmasını sağlayabilmekte, bunun neticesinde ise geleceğe ilişkin bir yatırım olarak algılanabilmektedir...Nitekim Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri'nin 2.4 ve 3.1 maddelerinde, bireysel ve kolektif olarak hâkimin, tarafsızlık ve dürüstlük bakımından halkın güvenini sağlama ve artırma ödevi düzenlenmiştir.... Her ne kadar, avukat olan arkadaşının tarafı reddedilmesine neden olabilecek davranışlardan da kaçınmakla yükümlüdür...*".

²⁷⁸Hâkimler ile taraf vekilleri arasındaki ilişkin yönünden AİHM şöyle demektedir; "*Objektif testle ilgili olarak, mahkeme, adaletin uygun şekilde yönetilmesinin hâkimler ve avukatlar arasındaki ilişkinin ortak etik değerlere dayanması gerektiğini belirtir. Hâkimler ve avukatlar görevlerini birbirlerinden bağımsız yerine getirdiklerine dair herhangi bir şüphe yaratmayacak şekilde iletişim kurmalıdır. Aksi takdirde, halkın yargıya duyduğu güven azalır ve yargı sisteminin etkinliği zayıflar.*" (Upite/ Letonya, 7636/08, 01.09.2016, p.33).

dolayı taraflı davranıldığını ileri sürmek mümkün değildir²⁷⁹. Hâkimin hukuki değerlendirmesi ile taraflarının aynı olmaması, tarafsızlığın kaybedildiği anlamına gelmez. Örneğin, hâkim, işine gerekli özeni göstermediği ya da istenilen ara kararı vermediği için reddedilemez²⁸⁰. Aksi bir kabul, hâkim tarafından verilen her türlü kararın ret sebebi sayılabileceği sonucunu doğurabileceği gibi²⁸¹ zaten doğru

²⁷⁹“...Aksinin kabul edilmesi halinde mahkeme hakimi tarafından herhangi bir tarafın talebi hakkında verilen her olumlu-olumsuz ara kararın hakim reddi sebebi sayılabileceği, bunun ise yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve yasa koyucunun amacına uygun bir uygulama olmayacağı açıktır. Somut olayda red sebebi olarak ileri sürülen hususlar asıl kararlar birlikte istinaf yada temyiz kanun yolunda ileri sürülmesi gereken hususlar olup ilgili hakimlerin tarafsızlığına gölge düşürecek herhangi bir görüş açıklama, yol gösterme vs eylemi iddia ve ispat edilememiştir. Ret sebeplerinin HMK'nun 36. maddesinde sayılı sebeplerden olmamasına, dosyaya bakan mahkeme heyetinin verdiği usul ve esasa ilişkin kararlarına yönelik asıl dava dosyasında verilecek hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabilecek olmasına, ayrıca davaya bakan heyetin taraflı davrandığına ilişkin bir delil bulunmadığının anlaşılmasına göre reddi hâkim talebinde bulunan tarafın istinaf talebi yerinde değildir...”, 6 HD 03.12.2021, 2437/1807.

²⁸⁰Yılmaz, Şerh, s. 423; hâkimin verdiği ara kararın taraflarca hatalı bulunması veya hatalı olması durumunda bkz. 20 HD 2005/1299-1894. Bahse konu kararın aksine, hâkimin verdiği ara kararın hâkimin davadan haklı sebeple reddedilmesi sonucunu doğurduğu ilginç karar için bkz. 20 HD 25.02.2003, 730/762.

²⁸¹“...Ara karardan dönülmesi talebinin henüz dilekçenin esasını incelemeden usûl hukukunda böyle bir inceleme olmadığı gerekçesi ile reddedildiğini, toplum tarafından güvenilir bir hastanede doktor olarak çalışan davacının ruh sağlığının yerinde olmadığı kanaatinde bulunarak 21.02.2016 tarihli celsede; "davacının ruh sağlığının yerinde olup olmadığının incelenmesi ve gerekirse vasi tayin edilmesine" şeklinde ara karar kurduğu, davacının ruh sağlığından şüpheye düşen hâkimin taraflı davrandığı, davanın konusunun kişisel ilişkinin kaldırılması olup bu davada çocukların yüksek menfaatinin hâkim tarafından gözetilmesi gerekirken ve dosyada rapor mevcut olmasına rağmen çocuğu bu konuda zorlayarak ve dosyanın içeriğini incelemeden çocuğun yararını gözardı ettiği, taraflı davrandığı..." gerekçeleri ile reddi hâkim talebinde bulunmuştur.... ileri sürülen hususlar HMK'nın 36. maddesinde tanımlanan sebeplerden değildir...", 20 HD 04.10.2016, 5743/8382; "...18.02.2016 tarihli oturumda çekişmeli taşınmazın bulunduğu alanda yapılan imar uygulaması iptal edildiğinden imar uygulamasına dair son durumun ... Belediyesinden sorulmasını istediklerini, mahkeme hakiminde imar uygulamasının iptal edildiğine dair ilgili belgelerin davalı tarafından sunulması halinde taşınmazın imar durumunun ... Belediyesinden sorulmasına yönünde ara karar oluşturduğunu, ara kararda belirtilen belgelerin mahkemeye sunulmasına rağmen 19.04.2016 tarihli oturumda gerekçe belirtilmeksizin 18.02.2016 tarihli ara karardan döndüğünü, hakiminin tarafsızlığından şüphe edildiğini..." belirterek reddi hakim talebinde bulunmuştur...incelenen dosya kapsamına göre, hakim reddi için ileri sürülen hususlar HMK'nın 36. maddesinde tanımlanan sebeplerden değildir...", 20 HD 17.11.2016, 8956/10840; Benzer şekilde, "...Davacı vekilinin bilirkişi ek raporuna karşı henüz beyan ve itirazlarını sunmadığının anlaşılması üzerine bu beyan ve itirazlarını sunması için süre verilip anılan dilekçenin incelenmesi ve karşı tarafa tebliğinden sonra eğer hala gerekiyorsa yeni bir inceleme yapılması yönünde ara karar verilmesi gerekirken, bilirkişi heyetinden delil yaratmasını isteyen ispatlanamamış bir alacağın varlığını tespiti zorlayan bilirkişi heyetini adete baskı altına alıp somut tespitleri yok sayan, davacının çalışılmayan dönem için alacak talebi olamayacağını, sözleşmenin yürütülememesinde davacının kusurlu olduğuna dair kesin hüküm niteliğindeki tespitleri ve müvekkili şirket lehine doğan usuli kazanılmış hakları görmezden gelen, oluşa, yüksek mahkemenin bozma kararına ve dosya kapsamına aykırı olarak verilen ara karar ile HMK'nın 36. maddesinde red sebeplerinin gerçekleştiğini ileri sürerek ... 18. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı ve Üye Hakimlerinin reddini talep etmiştir...", 20 HD 26.06.2018, 3562/4911 ve 20 HD 07.12.2020, 9586/10900.

olmadığı düşünölen bu hususlar yargılama sonunda kanun yolu denetimine de tâbi tutulabilir.

Bölüm 3

HÂKİMİN REDDEDİLMESİ USULÜ VE SONUÇLARI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ret talebinin taraflarca ileri sürülebileceği ret sebeplerini düzenleyen 36. maddede belirtildikten sonra, kanunun 39. maddesinde hâkimin çekilmesi (bizzat kendisini reddi) ve 38. maddesinde ise taraflardan birisinin hâkimi reddetmesi ile buna ilişkin usul kuralları düzenlenmiştir. Bundan sonraki 40. ve 41. madde hükümleri taraflardan birisinin hâkimi reddetmesine ilişkin olsa da aşağıda belirtileceği gibi hâkimin çekilmesi halinde de bu hükümlerin uygulanması söz konusudur²⁸². Gerek hâkimin davadan çekilmesi gerekse taraflardan birisinin görülmekte olan davada hâkimi reddetmesi aynı merci tarafından incelenip karara bağlanır.

Konuya ilişkin olarak ilk bölümde belirtildiği üzere, 7251 değişikliğiyle, hâkimin reddine ilişkin kararlar karşısında ancak esas davada verilecek hükümle birlikte kanun yollarına başvurulabileceği hakkındaki 38. maddenin son; dokuzuncu fıkrası yürürlükten kaldırılmış; yine “ret usulü” başlıklı aynı maddedeki sebeplerin muhtemel görülmesi halinde ret talebinin kabul edileceği ve ret sebepleri hakkında yemin teklif olunamayacağı hakkındaki altıncı ve yedinci fıkralar, Kanunu’nun “Ret talebinin incelenmesi” başlıklı 42. maddesinde ikinci ve üçüncü fıkralar olarak dâhil edilmek üzere 38. maddeden çıkarılmıştır. Söz konusu değişiklikle, ret usulü ve ret talebinin incelenmesi usulü yeknesak şekilde düzenlenmiş ve her bir konu, tek madde haline getirilmiştir.

²⁸²Kuru, Hukuki Mütalaalar, s. 40.

Bölümde, hâkimin reddedilmesi yönündeki talebin kimler tarafından ne şekilde ve hangi şartlar dâhilinde ileri sürülebileceği, hangi hallerde reddedilen hâkim tarafından bizzat geri çevrileceği; şayet, geri çevrilmezse, nerede ve nasıl, kim tarafından inceleneceği ve ret sebeplerinin nasıl değerlendirileceği ile talebin incelenmesinin sonuçları; ret usulü başlıklı 38. madde ve ret talebinin incelenmesi başlıklı m. 42’de son yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin gerekçesiyle birlikte açıklanmaya çalışılmıştır.

3.1 Tarafların Hâkimi Reddetmesi

3.1.1 Ret Talebi İleri Sürebilecek Olanlar

3.1.1.1 Genel Olarak

Hâkimin reddi talebi, kanunda belirtildiği üzere taraflarca ileri sürülebilir (HMK m.36/1). Bir davada, mahkemeden hukuki himaye talep eden davacı ve kendisine karşı hukuki himaye talep edilen davalı olmak üzere iki taraf vardır.

Ret taleplerinin ileri sürülmesi, taraf usul işlemi niteliğindedir. Bunun için, ret talebi ileri sürmek isteyen tarafın, dava ehliyetine sahip olması ve davayı takip yetkisinin bulunması gerekir. Hukukumuzda benimsenen şekli taraf anlayışından hareketle, dava dilekçesinde bir davanın taraflarının kimler olduğu gösterilir ve her ikisinin de dava ve dava takip ehliyeti bulunduğu anlaşılırsa, o zaman aradaki uyuşmazlık esastan incelenip karara bağlanacaktır. Bu bağlamda, davalarda iki taraf vardır ve yargılama sonucunda verilen hüküm yalnız onlar için kesin hüküm teşkil eder.

Bazı hallerde, davacı tarafta ve davalı tarafta birden fazla kişi olabilir. Sözü edilen hallerde, sübjektif dava birleşmesinden; dava arkadaşlığından söz edilir. Öte yandan, taraflar arasında dava devam ederken, bir diğer üçüncü kişi dava konusu üzerinde kısmen veya tamamen hak sahibi olduğunu iddia edebilir. Bu durumda da

davaya müdahale edilmesi söz konusudur. Dava arkadaşlığı ve davaya müdahale halinde ret talebinin ileri sürülmesi aşağıda ayrıca incelenecektir.

Kanunda öngörülen hallerde Cumhuriyet savcısının dava açması ve açılan davada taraf olarak yer alması kabul edilmiştir (HMK m. 70/1). Savcıların davadaki hukuki ilişkinin tarafı olmaması bulundukları hukuk davalarında delil toplanmasını talep etme veya hükmün kesinleşmesinden sonra kanun yollarına başvurma gibi tarafların yapabileceği çoğu işlemi yapabilir. Yine, iddia edilen hakkın sahibi ya da davayı yürütenler taraf konumunda bulunduğu gibi, başka bir kimseye ait hak veya hukuki ilişkiyle ilgili özel kanun hükümleri gereği dava açabilme yetkisi olanlar da davanın tarafı konumundadır. Yani kesin hüküm, onlara da sirayet eder. Bu bağlamda miras ortaklığı ile ilgili davalar bakımından tereke yöneticisi, temsilcisi ve vasiyeti yerine getirme görevlisi de davada taraf konumundadır ve ret talebinde bulunabileceklerdir.

Bağımsız ve tarafsız mahkemelerce görülmesi gereken çekişmesiz yargı işlerinde de ret hükümlerinin niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanacağından söz etmiştik. Çekişmesiz yargıda birbiriyle uyuşmazlık halinde dolayısıyla birbirine taraf olan kimseler bulunmadığından dolayı, tarafların değil, çekişmesiz yargıya başvuran konumundaki ilgili tarafından ret talebinin ileri sürülmesi söz konusudur.

3.1.1.2 İradi Temsil Halinde

Mahkeme önünde hukuki himaye talep eden davacı veya davalı, yani taraflar, davayı kendileri takip edebilecekleri gibi; atadıkları bir vekil (temsilci) aracılığı ile de takip edebilirler (HMK m. 71, AK m. 35/3). Vekilin (temsilcinin) davayı takip edebilmesi için kendisine vekâlet²⁸³ (temsil yetkisi) verilmesi gerekir.

²⁸³Temsil yetkisinin verilmesi tek taraflı bir işlem olup, bunun düzenlendiği belgeye temsil belgesi (vekâletname) denir.

HMK'da davaya vekâletin kapsamı düzenlenmiştir (HMK m. 73). Örneğin dava açabilir; dava ile ilgili her türlü iddia ve savunmada bulunabilir; ihtiyati haciz ve delil tespiti isteyebilir. Ancak, anılan hükmün dışında kalan ve vekilin yapabilmesi için vekâletnamesinde özel bir yetkinin bulunması gereken bazı yargılama işlemleri de vardır. Vekile özel yetki verilmesi gereken işlemlerden bir kısmı m. 74'de, bunların dışında kalanlar ise bazı özel kanun hükümlerinde belirtilmiştir²⁸⁴. Buna göre vekilin ancak özel yetki ile yapabileceği işlemlerden biri de, hâkimin reddedilmesidir (HMK m. 74/1). O halde, bir davada tarafın vekili (temsilcisi) var ise (ki bazı durumlarda tarafın vekili olması zorunludur²⁸⁵) bizzat tarafın değil vekilin hâkimi ret talebinde bulunabilmesi için vekâletnamede bu hususta verilmiş özel bir yetkinin bulunması gerekir.

Hâkimi reddedebilmek için vekilin özel olarak yetkilendirilmesi, özellikle ret talebinin kötü niyetle ileri sürüldüğü ve bu nedenle kötü niyetle ret talebinde bulunan tarafa para cezası yükletilen durumlar bakımından gereklidir. Çünkü ret talebinin incelenip karara bağlanması sonrasında ortaya çıkabilecek bu sonuç, vekil için değil taraf için bağlayıcı olacaktır²⁸⁶.

3.1.1.3 Dava Arkadaşlığı Halinde

Bir davada taraflar bir değil daha fazla kişi ise, bu ilişki dava arkadaşlığıdır. Kanunda belirlenen şartlar dâhilinde (HMK m. 57- 58) tarafın kendi isteğiyle oluşmuş arkadaşlık var ise ihtiyari dava arkadaşlığından; maddi hukuka göre ve bazı özel kanun

²⁸⁴Özel yetki gerektiren haller için bkz. genel olarak HMK m. 74/1 ve TMK m. 609; VVM Tüz. m. 39; İİK m. 285; kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar TMK m. 16, 74, 161 vd.

²⁸⁵Tarafın kendisini temsil edebilecek yeterlilikte olmadığını gören hâkimin o tarafın davasını vekil ile takip etmesine karar vermesi (HMK m. 150; 80); davasını bizzat takip eden tarafın duruşmada disiplini bozması ve uyarıya rağmen bu tutumu devam ettirmesi halinde hâkimin tarafı duruşma salonundan çıkarması ile onun davada vekille temsiline karar vermesi (HMK m. 79/2).

²⁸⁶Uygulamada avukatların ret dilekçesini taraflara imzalattığı, çünkü daha sonra avukatın o hâkimle başka bir davada karşılaşabileceği yönünde bkz. Postacıoğlu, s. 84; para cezasının tarafa yönelik olduğu hk. 20 HD 19.01.1998, 309/3; 20 HD 02.03.2004, 1803/1351.

hükümlerinde mecburi tutulmuş ise mecburi dava arkadaşlığından (HMK m. 59-60) söz edilir.

Dava arkadaşlığının iki şekilde gerçekleştiği çoğunlukla kabul edilmektedir; maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ile şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı²⁸⁷.

Kanunumuzda maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılması veya birden fazla kişiye karşı ileri sürülmesi ve hepsiyle ilgili bir tek hüküm verilmesi gereken hallerde maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığından söz edilmiştir (HMK m. 59- 60).

Mecburi dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıkıdır ve dava arkadaşları, davada, aynı şekilde, hep birlikte hareket edebilir²⁸⁸. Birlikte hareket etme şartı dava arkadaşlarının maddi hukuk işlemlerinde olduğu gibi usul işlemlerini de oy birliğiyle yapabileceği anlamına gelir ve genel olarak kabul gören bu anlayışa göre; maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlarından yalnız birinin veya bir kaçının yapmış olduğu usul işlemi sonuç doğurmaz²⁸⁹. O halde, taraf usul işlemi olan ret talebinin ileri sürülmesi bakımından da aynı hususun geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir²⁹⁰.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığının özellikle elbirliği ortaklığı ya da bölünemeyen hak veya borçlar üzerinde birden fazla kişinin tasarrufu yönünden meydana gelmesi, birlikte hareket etme zorunluluğunu açıklar²⁹¹. Ana kural bu olmakla birlikte, bu ilkenin katı bir şekilde uygulanması, bazı durumlarda hukuken korunması mümkün olmayan ve istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Kanun koyucu, bu

²⁸⁷Ayrım ve tanımlar için Kuru, Ders Kitabı, s. 358- 365; Ulukapı, s. 183 vd. Şekli ve maddi bakımdan dava arkadaşlığı ayrımının eleştirisi için, Yardımcı, T. E., Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı, Ankara 2021.

²⁸⁸Kuru, Ders Kitabı, s. 360.

²⁸⁹Kuru, Ders Kitabı, s. 363.

²⁹⁰Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40; Tanrıver, Medeni Usul, s. 275; Çon, s. 76 ve 77.

²⁹¹Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 556- 560.

kuralı bir nevi yumuşatmak üzere, mecburi dava arkadaşlarından bir ya da bir kaçının kötü niyetli veya kabul edilemeyen başka bir sebeple diğer dava arkadaşlarıyla birlikte hareket etmemeleri sonucunda m. 60/1 hükmünü öngörmüştür. Bu husus, kanaatimce, doktrinde de ifade edildiği üzere, mecburi dava arkadaşlarından yalnız birinin veya bir kaçının ret talebinde bulunması ve buna karşılık diğeri/diğerlerinin talebe katılmamaları halinde de geçerli görülebilir²⁹². Ancak, ret talebinin nasıl yapılacağına ilişkin öngörülen kurallar, örneğin talebin geçerlilik şartlarından birinin yazılılık olması, talebin yapılmasının ret talebinin öğrenilmesi ölçüsüyle süreye tâbi tutulması, kötü niyetle yapılan ret talepleri sonucunda kötü niyetle davranan kişiye idari para cezası uygulanması gibi esaslar böyle bir sonuca varmayı güç gösterir. Şayet bu bağlamda farklı bir yorum yapılacak olursa, temel bir hak olarak tarafsız mahkeme önünde hukuki himaye talep edebilme düşünüldüğünde; belki TMK m. 640/4 hükmü gibi bir istisna öngörülebileceği kanaatindeyim.

Mecburi dava arkadaşlığı bakımından son olarak ifade etmemiz gerekir ki, HMK, maddi hukuktan kaynaklanan mecburi dava arkadaşlığından söz etmekteyse de bazı hallerde özel kanun hükümlerine göre yalnızca davalılar bakımından geçerli olan şekli/biçimsel mecburi dava arkadaşlığı²⁹³ ortaya çıkar. Burada maddi anlamda herhangi bir zorunluluk bulunmamasına karşın, gerçeğin ortaya çıkarılması ve söz

²⁹² Aynı yönde, Ulukapı, s.161; Akcan/ Kaya, s. 182; Gören Ülkü, s. 1616- 1618 ve dpn. 14.

²⁹³ Soybağının reddi davasında çocuk ve anne arasındaki ilişki, tapusuz gayrimenkuller için olağanüstü zamanaşımına dayanan tescil davasında hazine ve ilgili kamu tüzel kişisi arasındaki ilişki (TMK m. 713); asli müdahale davasının davalısı olan ilk davacı ve davalı arasındaki ilişki; İskân Kanununa göre mülkiyete ve bedele ilişkin ihtilaflarda yeni malik ile hazine arasındaki ilişki (İskân Kanunu m. 20/1); Mülhak vakıflarda mülkiyet ve intifa hakkı iddiasına ait davalarda vakıf yönetimi ile Genel Müdürlük arasındaki ilişki (Vakıflar Kanunu m. 76/1); İİK m.11'e göre ilişki (İİK m. 282, kanun burada borçlu ve üçüncü kişi arasındaki ilişkiden bahsetmekle birlikte dördüncü ve beşinci kişiler açısından ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 558.); alt işveren ve asıl işverenin söz konusu olduğu işe iade davalarında davalılar arasındaki ilişki ve orman vasfı nedeniyle tapu kaydının iptal edilmesinden doğan zararın tazmini için aleyhlerine dava açılan Orman idaresi ve Hazinesi arasındaki ilişki.

konusu hukuki ilişkinin doğru çözümlenmesi için dava arkadaşlığı öngörülmüştür²⁹⁴.

Bu tür mecburi dava arkadaşlarından her biri yalnız başına hâkimin reddi talebinde bulunabilir²⁹⁵. Her birinin kişisel menfaati ön planda olduğundan birlikte hareket edilmesi gerekmez dolayısıyla da her biri hakkında ayrıca hüküm kurulması zorunluluğu yoktur²⁹⁶.

Dava arkadaşlığının ihtiyari olduğu durumlar için de şekli/biçimsel anlamda mecburi dava arkadaşlığına benzer bir sonuç ortaya çıkar. Burada, dava arkadaşları kendi serbest iradelerine göre hareket edebilir, çünkü davalar birbirinden bağımsızdır; örneğin; davada hazır bulunmayabilir, iddia ve savunmayı diğerlerinden farklı yapabilir yahut bazı dava arkadaşları mahkemenin verdiği hükmü kanun yoluna götürürken diğerleri götürmeyerek hükmün kendileri açısından kesinleşmesine neden olabilir. Buna karşılık, herhangi bir dava arkadaşının ileri sürdüğü “borcun doğmadığı veya ödeme nedeniyle sona erdiği gibi itiraz sebeplerinden diğer bunları ileri sürmeyen dava arkadaşları da yararlanabileceğini de belirtmek gerekir²⁹⁷.

İhtiyari dava arkadaşlarının farklı usul işlemi veya iddia/savunma ileri sürmeleri kural olarak yalnızca kendileri bakımından sonuç doğurur ve verilen hükümde her bir dava arkadaşının durumu ayrı ayrı değerlendirilerek sonuca varılır²⁹⁸. O halde, ihtiyari dava arkadaşlarından her birinin yalnız başına hâkimi ret talebi ileri sürmesi mümkündür²⁹⁹.

²⁹⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 558.

²⁹⁵ Aynı yönde Ulukapı, s. 183; Çon, s. 65; mecburi dava arkadaşlığı çeşitleri ve şekli/maddi ayrımı ve birlikte hareket şartı; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 556- 560.

²⁹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 351.

²⁹⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 555.

²⁹⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 555.

²⁹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40; Tanrıver, Medeni Usul, s. 275 ve 276.

3.1.1.4 Davaya Müdahale Halinde

Davaya müdahalede bulunulması halinde ret talebinin ileri sürülebilmesi ve etkisi, gerçekleşen müdahalenin türüne göre incelenmelidir.

HMK m. 65 gereği, devam eden bir yargılama sürecinde diğer bir üçüncü kişi, dava konusu hakkında hak iddia ederek hüküm verilinceye kadar aynı mahkemede dava açabilir. Görülmekte olan bir davada üçüncü kişinin bu şekilde davaya katılması ve onun hakkında da hüküm verilmesi davaya asli müdahalede bulunulması sonucunda gerçekleşir. Asli müdahalede, müdahil davada taraf sıfatı ile yer alır³⁰⁰. Dolayısıyla, bağımsız hareket etme yetkisine sahiptir.

Asli müdahil açtığı asli müdahale davasında feragat edebilir, davayı kabul de edebilir. Asıl dava ve asli müdahilin davası birbirinden farklı davalar olduğu için, söz konusu ve benzer işlemler her bir davanın kendi içinde hüküm ve sonuç doğurur³⁰¹.

Kendi davasında taraf olarak yer alan asli müdahilin, tek başına taraf usul işleminde bulunabileceği, hâkimi reddedebileceği açıktır³⁰².

Görülmekte olan dava neticesinde borcu veya hakkı etkilenebilecek olan kişinin, asli müdahale dışında, taraflardan biri yanında onun davayı kazanması için davaya dâhil olması fer'i müdahalenin konusunu oluşturur³⁰³. Fer'i müdahalede bulunmak suretiyle davaya dâhil olan kişiye fer'i müdahil adı verilir. Fer'i müdahil, davada, taraf olarak değil; hukuki yarar elde edecek olduğu taraf yardımcısı olarak yer alır (HMK m.66).

Kanun koyucu, fer'i müdahilin, tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemini yapabileceğini öngörmüştür (HMK m. 68). Bundan hareketle

³⁰⁰Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40; Gören Ülkü, Makale, s. 1619.

³⁰¹Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 538- 539.

³⁰²Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40; Gören Ülkü, Makale, s. 1619.

³⁰³Kuru, Ders Kitabı, s. 377- 380.

müdahalenin türü itibariyle fer'i müdahilin, taraf yetkili kılmadıkça tek olarak hâkimi reddedemeyeceği söylenebilir. Doktrinde, taraf benimsemese dâhi hâkimin reddedebileceği ifade edilmektedir³⁰⁴. Bu görüşe paralel şekilde, müdahalede bulunan ile esas taraf arasında ortaya çıkan “fer'i müdahale etkisinin” kesin hükme oranla daha geniş tutulduğu ve sonrasında söz konusu olacak rücu bağlamında hükmün fer'i müdahile de yansiyacağı, dolayısıyla fer'i müdahilin tek başına hâkimi reddedebileceği ifade edilmiştir³⁰⁵.

Davayı kaybeden taraf ile fer'i müdahil arasında görülecek dava (rücu), ilk davanın sonucundan etkilenebilir. Ne var ki, fer'i müdahalenin etkisi, kesin hükmün etkisinin aksine mutlak değildir³⁰⁶.

Taraflar arasında görülen ilk davada fer'i müdahalede bulunan, esas taraf yararına birtakım işlemler yapmak istemiş ancak kendisine izin verilmemiş olabilir. Bu durumda ikinci davada müdahalede bulunan; taraf nedeniyle birtakım araçları öne sürememişse veya öne sürülen işlem geçersizse fer'i müdahale etkisinin (HMK m. 69/2) sınırlandırılmasını ve davanın tamamen veya kısmen reddini isteyebilir³⁰⁷. Aynı zamanda asıl taraf fer'i müdahilin sunmak istediği araçları/delilleri kasten veya ağır kusuru sebebiyle ileri sürmemiş ise fer'i müdahil, ikinci davada yanına katıldığı tarafça davanın iyi yönetilmediğini ileri sürebilecek; bunu ispat edebildiği ölçüde de fer'i müdahalenin etkisinden kurtulabilecektir³⁰⁸.

³⁰⁴Postacıoğlu, konu hakkında dpn. 47; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Pekcanitez, yazar; fer'i müdahilin asıl tarafın yardımcısı konumuyla yapılmayan usul işlemlerinin yapılabileceği, bunun asıl taraf iradiyle çelişmediği, müdahilin görevinin tarafa yardımcı olmak olduğu ve müdahilin gereken işlemi yapamaması durumunda ihmalin ortaya çıkacağını ifade etmiştir, s. 594- 595; Umar, Şerh, s. 230; Hukuki dinlenilme hakkı gereği fer'i müdahilin ret talebinde bulunabileceği yönünde bkz; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 134; Çon, s. 77; Gören Ülkü, Makale, s. 1620- 1622.

³⁰⁵Gören Ülkü, Makale, s. 1620, 1621 ve 1622.

³⁰⁶Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 535.

³⁰⁷Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.281.

³⁰⁸Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 534- 536.

Özetle, davanın taraflarına ilişkin verilen kararlar, o davaya taraflardan birinin yanında katılmış fer'i müdahil için (dava taraflarından biri ile fer'i müdahil arasında açılacak yeni bir davada) kesin hüküm teşkil etmez³⁰⁹. Ancak bu noktada, asıl davada verilen hükümle bağlı olan fer'i müdahilin, örneğin, zamanaşımı def'i ileri sürülmediğinden bahisle sınırlandırılabileceği etkinin sonuçları ile hâkimin tarafsız olmadığı; yargılamanın tarafsız mahkeme önünde gerçekleşmediği ve hâkimin reddi talep edilseydi, hükmün farklı olacağı yönündeki iddiasıyla bunun sonuçlarının aynı olmayacağını vurgulamak gerekir. Bu bakımdan, fer'i müdahilin, fer'i müdahalenin etkisi sonucunda hâkimin reddini talep edebileceği kanaatindeyim³¹⁰.

Son olarak fer'i müdahilin ret talebinde bulunmadığı hallerde yardımcısı olduğu tarafın yapması gereken usul işlemini ihmal etmesinin söz konusu olmadığını belirtmemiz gerekir. Böyle bir yorum ancak asıl tarafın mutlak olarak lehine sonuçlanacak talepler bakımından mümkün olabilir. Fer'i müdahilin yapacağı ret talebi dâhil diğer taraf usul işlemlerinin, davada asıl tarafın aleyhine sonuçlanma (haksız ret talebinde bulunmak nedeniyle idari para cezası öngörülmüştür) ihtimali vardır. Bu bakımdan ise asıl tarafın hareketsiz kalmasıyla ileri sürmediği ret talebinin fer'i müdahil tarafından ileri sürülebilmesini asıl tarafa davayı kazandırmak üzere yapılabilen bir işlem olarak değil; asıl taraf ileri sürmese dâhi feragat etmesinin mümkün olmadığı bir hakkın yerine getirilebilmesi olarak algılamak gerekir.

³⁰⁹Kuru, Ders kitabı, s. 380.

³¹⁰Aynı yönde, Postacıoğlu, dpn. 47; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Pekcanitez, s. 594 ve 595; Umar, Şerh, s. 230; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 134; Çon, s. 77; Gören Ülkü, Tez, s. 163; Gören Ülkü, Makale, s. 1620, 1621 ve 1622. Fer'i müdahil, asıl taraf yetkili kılmadıkça dava konusu üzerinde tasarrufta bulunamayacağı ve yalnız başına ihtiyati tedbir talep edemeyeceği gibi hâkimi de reddedemeyeceği yönünde, Kuru, Ders kitabı, s. 98, 379; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 40; Yılmaz, Şerh, s. 438.

3.1.2 Ret Talebinin İleri Sürülmesi

Hâkimin reddedilmesi, daha önce belirtildiği üzere mahkemeye duyulan güveni sarsabilecek nitelikte, önem arz eden bir işlemdir. Ret talebinin ileri sürülmesi, hem zaman hem de usul bakımından özel olarak düzenlenmiştir³¹¹.

3.1.2.1 Reddin Süresi

HMK m. 38/1’de ret taleplerinin ileri sürülme zamanı süreye tâbi tutulmuştur. Söz konusu süre, hâkim hakkındaki ret sebebinin henüz davanın başında biliniyor olması ile yargılama sırasında, daha sonra öğrenilmesi bakımından iki farklı şekilde öngörülmüştür.

İlk olarak, kanun koyucu, ret sebebinin dava açıldığında veya ilk duruşmadan önce biliniyor olması halinde ret talebinin en geç ilk duruşmada öne sürülmesi gerektiğini belirtir (HMK m. 38/1). Buradaki “ilk duruşma” ifadesinden, dilekçelerin karşılıklı verilmesi akabinde tarafların mahkeme önünde hazır bulundukları ilk ön inceleme duruşması anlaşılması gerekir³¹² (HMK m. 139 ve m. 140). O halde, ret sebebinin bilen taraf ön inceleme duruşmasına kadar ve ilk duruşmanın her aşamasında ret talebini ileri sürebilecektir.

Hâkim hakkındaki ret sebebi, davanın devamı esnasında da öğrenilebilir veya HMK m. 36’nın a,b ve bazen d bentlerindeki haller gereği, yargılama sırasında ortaya çıkabilir. Bu durumda ise kanun koyucu, tarafların ret taleplerini, ret sebebi öğrenildikten sonra, yargılamada herhangi bir işlem yapılmadan evvel bildirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ret sebebinin bilen taraf bunu derhal bildirmezse, yeni bir işlem yapılmasıyla beraber artık bu hakkı sona erer.

Burada, yeni bir işlem kavramı, Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre ‘usule ilişkin yeni bir işlem yapılincaya kadar’ anlamını taşımakta; doktrinde ise bazı yazarlar

³¹¹Postacıoğlu, s. 83.

³¹²Aynı yönde Çon, s. 81; Gören Ülkü (Tez), s. 170.

tarafından, ‘esasa ilişkin işlem yapılmasından önce talebin ileri sürülmesi’ olarak ifade edilmektedir³¹³. Hükümün ifadesi ve amacı gereği talebin yeni bir usul işlemi yapılmadan, her türlü iddia veya savunmadan önce ileri sürülmesi gerektiği kanaatindeyim. Nitekim ret talebinde bulunulması için öngörülen sürenin gerekçelerinden biri, taraflardan birinin ret sebebi olduğunu bildiği halde davanın devamını bekleyip, ancak kendi aleyhine bir durum ortaya çıktığı takdirde hâkimin reddine başvurabilecek olmasıdır. Kanun koyucu sözü edilen durumun önüne geçmek amacıyla, böyle bir hüküm kabul etmiştir³¹⁴.

Genel olarak, hâkimin reddine ilişkin taleplerin, hüküm verilinceye kadar yapılması gerekir³¹⁵. Yani, nihai karar verilinceye kadar, hâkim hakkında sonradan öğrenilen ret sebebi ileri sürülebilir. Bunun için ise, ret sebebi öğrenildikten sonra yeni bir duruşma yapılmayacak olması ihtimalinde, talebin yazılı şekilde yapılma zorunluluğu da düşünülerek taraflara süre tanınabilmesi önemlidir³¹⁶.

3.1.2.2 Ret Talebinin Şekli

İkinci olarak, usul bakımından öngörülen şartları belirtmek gerekir:

³¹³Yargıtay tarafından yeni bir işlem kavramının usule ilişkin yeni bir işlem olarak kabul edildiği hk. 1 HD 7414-2008/9593; Kuru, Ders Kitabı, s. 32; Tanrıver, Medeni Usul, s. 276; Umar, Şerh, s. 167; yeni işlem kavramına ilişkin olarak ilk duruşmada esasa ilişkin herhangi bir işlem yapılmadan evvel, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 76; ret sebebinin duruşma sırasında öğrenilmesi halinde, ret talebi dilekçeyle yapılacağı için anında ileri sürülmesi mümkün olmadığından duruşmanın ertelenmesinin talep edilebileceği yönünde bkz. Yılmaz, Şerh, s.423; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 137; Gören Ülkü, reddin sonucu bakımından iptal edilecek işlemlerin esasa ilişkin olduğunu dolayısıyla süre bakımından sınırın esasa ilişkin işlemler olarak sayılması gerektiğini ifade eder, s. 172.

³¹⁴Postacıoğlu, s. 83.

³¹⁵Nihai karardan sonraki ret taleplerinin dinlenmeyeceği hk. 1 HD 22.09.2008, 7414/9593; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 41; Kuru, Ders Kitabı, s. 32; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 127; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 76; Çon, s. 69.

³¹⁶Yılmaz, son duruşmadan sonra öğrenilen ret sebebinin talebin yapılması kabul edildiği takdirde istinaf dilekçesiyle birlikte ileri sürülebileceğini de ifade etmiştir (Yılmaz, Şerh, s.423); Ayrıca bkz. Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 138.

Hâkimin reddine ilişkin talebin yazılı olarak; dilekçeyle ileri sürülmesi gerekir³¹⁷ (HMK m.38/2). Dilekçe, işlemin geçerlilik şartıdır³¹⁸. Buna karşılık ret talebi ileri sürülürken “ret” kelimesinin kullanılması şart değildir. Tarafın dilekçede “ret” kelimesi kullanmamasına rağmen açıkça hâkimin davaya bakmamasını istediğini ifade etmesi veya hâkimi, çekilmeye davet ettiğini bildirmesi de ret hükmündedir³¹⁹.

Ret talebi ayrı ve özel bir dilekçe ile sunulmak yerine, örneğin; bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi içerisinde de ileri sürülebilecektir³²⁰. Önemli olan, hâkim hakkındaki güvensizliğin yazı ile ifade edilmiş olmasıdır³²¹.

Hâkimin reddi dilekçesi, reddedilen hâkimin bulunduğu mahkemeye verilir ve dilekçede ret talebinde dayanan sebepler ile delil veya emarelerin açıkça gösterilmesi; varsa belgelerin eklenmiş olması gerekir (HMK m.38/2,3).

Ret sebebi davanın devamında, yargılama esnasında öğrenilmişse, ret talebinde bulunmak isteyen taraf, dilekçesini hazırlayıp verebilmek için hâkimden kendisine süre tanınmasını isteme hakkına sahiptir³²². Tarafın bu isteğine rağmen mahkeme yazılı talepte bulunulması için süre vermezse artık ret talebi ileri sürülemez ancak bu durumda, hükmün kanun yoluna götürülmesi söz konusu olmalıdır³²³.

Hâkimi reddeden tarafın dilekçesi diğer tarafa tebliğ edildikten sonra, diğer taraf cevabını bir hafta içerisinde belirtebilir(HMK m. 38/5). Taraflar cevap

³¹⁷Postacıoğlu, ret talebinin özellikle diğer usul işlemlerinden farklı olarak arz ettiği önem dolayısıyla mutlaka yazılı yapılması gerektiğini vurgulamaktadır, s. 84.

³¹⁸Kuru, s. 32 ve 20 HD 04.03.2014, 617/2779.

³¹⁹Bu kural mülga kanunumuz HUMK metnine 2494 sayılı Kanun değişikliği ile girmiştir. Hükmün gerekçesi için, Umar, Şerh, s. 169. Hâkimi bu yöndeki davetin ret hükmünde olduğuna dair, söz konusu değişiklikten önce içtihat yoluyla benimsenen görüş için; “... *Hâkimi istinkafa davet ancak red sebeplerinin mevcudiyeti halinde mümkündür. Her ne kadar davalı taraf 2.2.1971 günlü oturumda hâkimi reddetmediklerini, sadece davaya bakmamasını istediklerini söylemişse de... incelenmesi gerekir... Red sebepleri incelenip bir sonuca ulaşılmadan hâkimin davaya devam etmesi bozmayı gerektirir...*”, 2 HD 29.02.1972, 431/1147, Umar, Şerh, s. 169.

³²⁰Umar, Şerh, s. 167; ayrıca bkz. 3 HD 29.06.1971, 3116/2636.

³²¹Postacıoğlu, s. 84; HGK 06.12.1972, 2208/1326.

³²²Aynı yönde, Umar, Şerh, s. 167- 168.

³²³Umar, Şerh, s. 167; Umar, Neuchatel Tatbikatı, s. 76-77 ve Umar (Şerh), aynı yerde geçen Kuru HMK yollaması.

verdiklerinde hâkimi aynı veya farklı bir sebeple reddedebilir ya da hâkim hakkındaki ret talebini haksız görebilir. Ret talebinin ileri sürüldüğü dilekçe, bu aşamalardan sonra, varsa cevabı ve ekleri ile beraber reddi talep edilen hâkime verilir (HMK m. 38/5). Reddedilen hâkim bir hafta içinde söz konusu talebi inceler ve hakkındaki ret sebeplerinin kanuna uygun olup olmadığıyla ilgili düşüncesini yazıyla bildirir. Ardından ret talebi, talebi incelemeye yetkili merciye gönderilir. Bunun için hâkim, ilgili dosyayı ekleriyle birlikte yetkili merciye gönderilmek üzere mahkemenin yazı işleri müdürüne iade eder (HMK m. 38/5).

Hâkimin reddine ilişkin talep, geri alınamaz (HMK m.38/4). Hâkimi reddetmiş olan tarafın bu talebinden vazgeçmesi hüküm ifade etmez³²⁴. Zira, redde ilişkin sürecin başlamasıyla birlikte, hâkimin tarafsızlığının sorgulanması söz konusu olmuştur. Alınacak kararın objektifliği bakımından bu konuda en ufak bir şüphenin bulunmaması gerekir³²⁵. Öte yandan, kanun koyucu, kötü niyetle ret talebinde bulunan tarafın ret talebinin kabul görmeyeceği yönünde kanaate varıp aleyhine uygulanacak para cezasından kaçınmasına izin vermemiştir³²⁶.

3.2 Hâkimin Çekilmesi (Hâkimin Kendisini Reddetmesi)

Hâkim, davadan çekilmesini gerektiren sebeplerden biri varken o davadan çekilmezse, iki taraftan biri hakkında ret talebi ileri sürünceye kadar o davaya bakabilir³²⁷ (HMK m. 37/1). Şu kadar ki, önüne gelen davada ret sebeplerinin kendi şahsında gerçekleştiği kanısına ulaşan hâkim, tarafların kendisini reddetmesini beklemeden kendisini bizzat reddedebilir; yani davadan çekilebilir³²⁸. Hâkim çekilme

³²⁴14 HD 25.09.1975, 4053/ 3515.

³²⁵Tanrıver, Medeni Usul, s. 276.

³²⁶Aynı yönde Tanrıver, Medeni Usul, s. 276.

³²⁷Umar, Şerh, s. 143.

³²⁸Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 45; Postacıoğlu, s. 82; Tanrıver, Medeni Usul, s. 281; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 199. HMK'nın kabulünden önce hazırlanan 1967 tasarısında hâkimin kendisini kanunda örnek olarak sayılan sebepler gereği reddedebileceği buna karşın HUMK'un ret

yönündeki iradesi, hâkimin yasaklılığı halinde ortaya çıkan ‘çekinme’den nitelik itibariyle farklıdır³²⁹. Çekinme, hâkimin dava dosyasıyla ilişkisini kesen usule ilişkin nihai bir karardır. Buna karşın hâkimin kendisini reddetmesi, ret sebebini ileri sürmesi demektir; böylece ret süreci tamamlanmış olmaz, ret sebebinin/ sebeplerinin tahkik edilmesi gerekir³³⁰. O halde, hâkimin çekilmesi, hâkimin reddi talebi gibi ön sorun olarak incelenir³³¹.

Kanun koyucu, ret talebinin taraflarca ileri sürülmesi hâlinde nasıl bir yol izleneceğini öngörmüş, buna karşılık, hâkimin davadan çekilmesi hakkındaki usule yer vermemiştir³³². Hâkimin yasaklılığı, hem taraflar hem de hâkim için yükümlülüktür. Ancak burada, hem reddin ileri sürülmesi hem incelenmesi, hem de ret sebeplerinin değerlendirilmesinden sonraki adımlar bakımından; işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde; örneğin, kötü niyetle ret talebinde bulunan tarafa para cezasına hükmedilmesi veya ret talebinin süresinde yapılmaması halinde geri çevrilmesi hariç olmak üzere

sebeplerini içeren 29. maddesinin son fıkrasında yer alan hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi gereken önemli bir sebebin bulunması- halinde reddedemeyeceği kuralı teklif edilmiş; gerekçe olarak ise hâkimlerin olur olmaz sebeplerle davaya bakmaktan çekilmesi önlenilmek yolu tercih edilmek suretiyle bu yönden de davaların uzamasına engel olunması hedefi” gösterilmiştir, bkz. “1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Başlığının Ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması, Bu Kanuna Bazı Madde Ve Fıkralar Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı-1967; Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı 36 ve 41. madde, 1971. Kanun gerekçeleri için sırasıyla bkz. Özer, s. 504, 632-633.

³²⁹Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 45; Tanrıver, Medeni Usul, s. 281.

³³⁰Postacıoğlu, s. 82- 83.

³³¹Kuru, Ders Kitabı, s. 98; Yılmaz, Şerh, s. 460; Gören Ülkü, Tez, s. 154.

³³²HUMK’un ilk halinde (2494 s. kanunla yapılan değişiklikten önce) m. 32; “Reddini mucip sebebe vâkıf olan hâkim derhal istinkâfını mahkeme kalemine tahriren bildirir. Mahkeme başkatip de bunu hemen iki tarafa bilâ harç tebliğ eder”. Ayrıca, HUMK’un yürürlüğünden HMK’nın hazırlanışına kadar hazırlanan bazı tasarılar; “ kendiliğinden çekilen hâkimin keyfiyeti yazılı olarak mahkeme kalemine bildireceği ve mahkeme başkâtibinin bunu derhal harçsız olarak tebliğ gideri ileride haksız olan tarafa yükletilmek üzere Hazineden ödenerek, taraflara tebliğ etmekle mükellef bulunduğu” düzenlenmiş, bu teklifin sebebi olarak da yargılamanın sürüncemede bırakılmaması olduğu belirtilmiştir. (Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Lahiyası-1955 Tasarısı (40. madde), 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Başlığının Ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması, Bu Kanuna Bazı Madde Ve Fıkralar Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı-1967 (14. madde), Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı, 1971, 38. madde)

(HMK m. 41/1, 2; HMK m. 42/6, 7 vb.), tarafların hâkimi reddetmesine ilişkin kuralların uygulanması gerekir³³³.

Hâkim, kendiliğinden veya taraflardan birisinin talebi üzerine davadan çekilme yönünde görüş bildirebilir. Bunun için hâkimin, kendisini neden reddettiğini bildirmesi, eğer hakkında ret sebeplerinin gerçekleştiği kanısına duruşma esnasında varırsa bu hususu duruşma tutanağına yazdırması gerekir³³⁴. Ayrıca, hâkimin, varsa tarafların bu yöndeki görüşlerini de alıp, bunları da tutanağa geçirmesi beklenir³³⁵.

Hâkim, duruşma dışında kendisi hakkında ret sebeplerini öğrenir ve davadan çekilmek isterse, bu talebini görev yaptığı mahkeme kalemine yazılı olarak bildirmelidir³³⁶. Yazı işleri müdürü tarafından, hâkimin çekilme kararını taraflara tebliğ edilir ve dosya, tarafların cevaplarıyla birlikte ret sebepleri incelenmek üzere yetkili merciye gönderilir.

Tarafların ret talebinde bulunmasından farklı olarak, hâkimin çekilmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir (HMK m. 37/1). O halde hâkim yargılamada nihai karar verilinceye dek, çekilme yönündeki iradesini ortaya koyabilir.

Yetkili merci, hâkimin çekilmesinin haklı bir sebebe dayanmadığına kanaat getirirse kendisini reddetmiş olan hâkim davayı görmeye devam eder³³⁷. Hâkimin

³³³Kuru, Hukuki Mütalaalar, s. 40; Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 128; Tanrıver, Medeni Usul, s. 281; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 100-101.

³³⁴Tanrıver, Medeni Usul, s. 281.

³³⁵Tanrıver, Medeni Usul, s. 281.

³³⁶Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 45; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 199.

³³⁷Yılmaz, bu düzenlemenin tarihsel gerekçesini şu ifadelerle anlatmaktadır; “...çekilme sebebi bulunmamasına rağmen şu veya bu nedenle önlerine gelen davalara bakmak istememeleri sebebiyle, bazı boş bahaneler ileri sürerek o günün şartlarıyla davadan çekinmişlerdi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun o tarihte yürürlükte olan hükümlerine göre, hâkimin çekilmesi ...sendikalarla ilgili bazı davalara bakacak hâkim bulunamaz hale gelmiş ve hakimlerin biçimsel kanun boşluğundan kaynaklanan bu davranışları devletin yargı yetkisini yerine getirememesi gibi kabul edilemez sonuca yol açmıştı. İşte bunu önlemek için... Denetim altına alındı.” Yılmaz, Şerh, s. 440.

çekilmesine neden olan sebep haklı bulunur ve çekilmenin haklı olduğuna kanaat getirilirse, hâkim, o davaya bakmaya devam edemez (HMK m. 39/1)³³⁸.

Ret taleplerine ilişkin kararlara karşı istinaf ve temyiz konusunda; kanunun ilgili maddelerinde yer alan hususlar (HMK m. 43- 44) ret talepleriyle aynı şekilde incelemeye tâbi tutulan hâkimin davadan bizzat çekilmesine ilişkin kararlar karşısında da uygulanabilmelidir³³⁹.

3.3 Ret Talebinin Geri Çevrilmesi

Ret talepleri kural olarak reddi talep edilen hâkim dışında başka bir hâkim tarafından incelenir³⁴⁰. Ne var ki ret talebinin geri çevrilmesini düzenleyen 41. maddede sınırlı şekilde sayılan üç halde, ret talebinin reddi istenen hâkim tarafından bizzat incelenmesine izin verilmiştir (HMK m.41).

Burada gerçek anlamda bir ret sebebi incelemesi söz konusu değildir, ret talebi yetkili merciye iletilmez ve ret talebi esastan incelenmeden reddedilir³⁴¹.

Davanın aleyhlerine geliştiğini gören tarafların, ret kurumunu amacı dışında kullanmalarının önüne geçmek için 41. maddeyle öngörülen ret talebinin üç durumda; reddedilen hâkim tarafından, henüz merciye iletilmeden geri çevrilmesi³⁴²; ret kurumu hakkındaki mevcut hükümlere biraz daha açıklık kazandıran ve hâkimin reddi hâlinde ret talebinin hızlı biçimde karara bağlanması amacını taşıyan hükümlerdendir³⁴³.

³³⁸HMK'nın 39. maddesi hükmü, CMK'nın 29. maddesinin birinci fıkrasından aynen alınmış olup, Alman Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (Strafprozeßordnung) 30. paragrafından iktibas edilmiştir. Sözü edilen paragrafın Alman usul hukukundaki karşılığı, Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (ZPO) 48. paragrafıdır. Alman hukukunda buna (Selbstablehnung); yani hâkimin bizzat kendisini reddetmesi denilmektedir; bkz. özcümle; Kuru, Hukuki Mütalaalar, s. 41.

³³⁹Kuru, Ders Kitabı, s. 132; Gören Ülkü, Tez, s. 167; Akbal, s. 89.

³⁴⁰Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 124.

³⁴¹Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 128.

³⁴²Milli Güvenlik Konseyi, 63. birleşim, 16.07.1981; Komisyon'un 6. madde üzerindeki izahatından; "...bu madde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 29/a maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak getirilmiş, komisyonumuzca pek bir ilave yapılmamış; açıklık kazandırılmıştır." (Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, s. 65.)

³⁴³18 Temmuz 1981 tarihinde kabul edilen 2494 S. Kanun ile 1086 S. Kanunu'na eklenen geri çevrilme hakkında bkz, Milli Güvenlik Konseyi, 63. Birleşim, 16.07.1981; Baki Kuru'nun 7. madde üzerindeki izahatından. (Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, s. 65.) Ayrıca bkz. Hanağası, Tarihsel Gelişim, s. 137.

Ret talebi, ret sebebinin meydana gelmesi ve öğrenilmesinden sonra, herhangi bir işlem yapılmaksızın ileri sürülmelidir. Şayet ret talebi: Ret sebebinin öğrenildiği veya meydana geldiği tarih itibariyle değil, başka bir ifadeyle kanunda öngörülen süre içinde yapılmamışsa;

Ret sebebi ve bu sebebe ilişkin olarak hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren hususlar hakkında inandırıcı delil veya emare gösterilmemişse, örneğin; talepte hiçbir sebep gösterilmeksizin hâkimin tarafsız olmadığına iddia edilmiş olması veya hâkimin duruşmada taraflardan birisine görevi gereği sakın olmasını söylemesinin gerekçe gösterilmesi söz konusu ise³⁴⁴,

Son olarak, ret talebinin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa, reddi istenen hâkimin kendisi, ret talebini kabul etmeyerek geri çevirir (HMK m.41/1- a,b ve c).

Hâkimin reddedilebilmesinin amacı dışında kullanılması ve yargılamada sırf zaman kazanmak niyetiyle ileri sürülerek suiistimal edilmesi geçmişten bu yana ret hükümleri hakkında yapılan şikâyetlerin ana konusunu teşkil etmektedir. Zira uygulamada özellikle tahliye davalarında, davalı, zaman kazanabilmek için kötü niyetli ret talepleri sonucunda kanun tarafından öngörülen para cezasını ödemeyi göze almakta; hatta zaman kazanmak için ret talebini karara bağlayacak merci hâkimini dâhi reddetmektedir. İşte, ret talebinin henüz merciye iletilmeden geri çevrilebilmesinin temelinde de ret kurumunun bu şekildeki kullanımının önüne geçebilmek ve ret talebinde bulunarak kazanılmak istenen zamanı sınırlayıp yargılamadaki düzeni sağlayabilmek vardır.

Ret talebinin geri çevrilmesine heyet halinde bakılacak asıl davalar için reddedilen hâkimin katılımıyla ya da bizzat hâkimin kendisi tarafından karar verilir.

³⁴⁴Danıştay 6. D 21.09.2007, 3388/5344.

Reddetme yetkisini bizzat reddedilen hâkimin takdirine bırakmak bir nevi hâkimi kendi davasının karar merci yapmaktadır. Bu durumda mahkeme veya hâkim, hükmün amacına uygun olarak davaya kaldığı yerden hemen devam edecektir³⁴⁵.

3.4 Ret Talebini İncelemeye Yetkili Mercii

Geri çevirmenin söz konusu olmadığı durumlarda, talebi inceleyen merciin talep hakkında kabul veya ret kararı vermeden geri çevirmesi mümkün değildir³⁴⁶. Talep hakkında reddi istenen hâkimin bizzat karar verip ret başvurusunu reddettiği durumlar hariç olmak üzere;

Hâkimin reddi talebi, toplu mahkemelerde, reddi istenen hâkim katılmaksızın onun mensubu olduğu mahkemece incelenir (HMK m.40). Ticaret mahkemelerinin heyet halinde baktığı dava ve işler haricinde ilk derece mahkemeleri bakımından hükmün uygulama alanı bulunmamaktadır.

Ret talebi, reddedilen hâkimin katılamamasından dolayı heyet toplanamıyorsa veya mahkeme tek hâkimliyse, aynı yerde aynı görevdeki diğer hâkimin incelemesine tâbidir (HMK m.40/2). Eğer yoksa, redde ilişkin talepler, varsa; asliye ceza hâkimi tarafından aksi halde, en yakın asliye hukuk mahkemesince incelenir (HMK m.40/2). O yerde, sözü edilen görev ve yetkide bir hâkim bulunan durumlarda, önce, “o yerde asliye hukuk hâkimliği görevinde bulunan diğer hâkim” ifadesinden aynı yerde bulunma şartıyla, icra mahkemesi hâkimleri, aile mahkemesi hâkimleri ve tüketici mahkemesi hâkimlerinin de anlaşılması gerekir³⁴⁷.

Örneğin, ayrı olarak asliye ticaret mahkemesi olan yerlerde, mahkeme hâkimi reddedildiğinde, aynı yerdeki bir diğer asliye ticaret mahkemesi hâkimi inceleme

³⁴⁵Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 42.

³⁴⁶20 HD 07.04.2015, 4032/2653 ve 20 HD 10.12.2012, 13574/14189.

³⁴⁷Umar, Şerh, s. 172 ve Yılmaz, Şerh, s. 422. Buna karşılık, bkz. 4 HD 20.05.1982, 5031/5157.

yapar. Diğer ihtimalde ise, asliye hukuk mahkemesinde görevli hâkim tarafından inceleme yapılacaktır³⁴⁸. Hâkimin reddedilmesi hakkındaki talep, sulh hukuk hâkimliğini ilgilendiriyorsa, talebin hangi merci tarafından inceleneceği ise benzer şekilde HMK m. 40/3’de düzenlenmiştir.

Bölge adliye mahkemesi başkan ve üyeleri hakkındaki talepler ise, bulundukları dairece karara bağlanacaktır. Ancak, dairelerin çalışmasını engelleyecek şekilde gerçekleştirilen toplu ret talepleri dinlenmez³⁴⁹ (HMK m.40/4 ve Yargıtay K. m.39).

Yargıtay tektik hâkimlerinin de reddi mümkün olsa da Yargıtay Kanununda bu yönde bir hüküm bulunmamakta; HMK’nın konuya ilişkin hükümleri uygulanmaktadır³⁵⁰. O halde, tetkik hâkimini ret talebi, mensup olduğu daire tarafından incelenecektir³⁵¹.

Hâkimi ret talebini inceleyecek olan hâkime uygulamada refik hâkim adı verilmektedir³⁵².

3.5 Ret Talebinin Merci Tarafından İncelenmesi

Ret usulünü düzenleyen prosedür (HMK m. 38/5) tamamlandıktan sonra, ret talebi, incelenmek üzere yetkili mercie gönderilir (HMK m. 40). Yetkili mercice yapılacak inceleme hakkındaki esaslar ise, “ret talebinin incelenmesi usulü” başlığı altında düzenlenmiştir (HMK m. 42).

³⁴⁸Gören Ülkü, Tez, s. 190.

³⁴⁹Toplu ret taleplerinin dinlenmeyeceği hk. 1 HD 5.07.2005, 6950/ 8362.

³⁵⁰3 HD 06.04.1980, 4100/4484, Yılmaz, Şerh, s. 442 ve dñn. 56. (HGK, 24.12.1980, 3/2797-2808) ancak 2 HD aksi görñştür (2 HD 29.04.1986, 4098/4548)

³⁵¹Yılmaz, Şerh, s. 442.

³⁵²Yılmaz, Şerh, s. 444; “... Taraflar arasında görñlmekte olan ihtiyati tedbir... Adı geçen hâkim davaya bakmaktan çekinmiş, refik hâkim olan..... hâkimi tarafından reddin ve çekinmenin yerinde olmadığı ve hâkimin reddini gerektiren bir neden bulunmadığı belirtilerek...”, 20 HD 24.03.2003, 1928/1881.

Ret talebinin incelenmesi usulünü düzenleyen HMK m. 42/1 ile ret taleplerine ilişkin kararların dosya üzerinden de inceleme yapılarak verilebileceği ifade edilmiştir. Yani, bu konuda ilgili merci/hâkim, takdir yetkisine sahiptir. Talebi inceleyen merci takdirine göre, hâkimin reddinin haklı olup olmadığına ilişkin inceleme, dosya üzerinden yapılabileceği gibi, tarafların mahkeme önünde hazır bulunması ve duruşma yapılması da söz konusu olabilir³⁵³.

HMK m. 316/1-b, doğrudan dosya üzerinden karar verilmesinde mahkemeye takdir hakkı tanınan dava işlerde basit yargılama usulünün uygulanacağını öngörür. Dolayısıyla, hâkimin reddine ilişkin incelemenin de basit yargılama usulüne tabi olduğunu ifade etmek mümkündür.

Hâkimin reddedilmesi, tarafsızlıktan şüphe duyulacak herhangi bir sebebin varlığı halinde değil; gerçekten tarafsız kalınamayacağı konusunda önemli bir şüphenin varlığı ve bunun ispatıyla mümkündür. Bu noktada kanun koyucu, hâkimin reddiyle amaçlanan tarafsızlığın temini bakımından, önyargının/taraflılığın kabul edilebilirliği çerçevesinde, “ret sebebi sabit olmasa dâhi, muhtemel görüldüğü takdirde ret talebi mahkemece kabul edilebilir” ifadesiyle ³⁵⁴ (HMK m. 42/2) kesin bir ispat değil, yaklaşık bir ispat aramaktadır³⁵⁵. Talebin incelenmesiyle doğrudan ilgili olan bu kural, daha önce ret usulü başlığı altında düzenlenmiş (HMK m. 38/6), 7251 sayılı Kanunla yapılan isabetli değişiklikte birlikte HMK’nın 42. maddesine eklenmiştir³⁵⁶.

³⁵³Kuru,Ders Kitabı, s. 34; Tanrıver, Medeni Usul, s. 279; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 198.

³⁵⁴HMK m. 42/2’de olduğu gibi (bir önceki dpn.), mericiin muhtemel gördüğü ret sebepleri karşısında ret talebinin kabul edilebilir olduğu, ret talebinin incelenmesi konusuyla doğrudan ilgilidir ve 7251 sayılı Kanun ile HMK m. 38’de değil m.42’de yer almıştır. Değişiklikle aynı yönde bkz. Yılmaz, s. 1031; Kılınç, s. 481.

³⁵⁵Alman ve İsviçre hukuklarında da reddin ispatı bakımından (Glaubhaftmachung) aranmış, ispatına çalışılan olgunun itirazı inceleyecek hâkimde ‘kuvvetle muhtemel’ görünmesi istenmiştir, bkz. yukarıda, 1.2.2. ve 1.2.3.

³⁵⁶Kılınç, s. 481; Gören Ülkü, Tez, dpn.40; aynı yönde ve kanun teklif gerekçesine ilişkin olarak bkz. Özbek, S., Taşpınar Ayvaz, S., Kale, S., “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar Ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020 (149), s.99.

O halde, ret talebiyle birlikte ileri sürülen vakıaların somut olayın özelliğine göre; tarafların duymuş oldukları şüphe ve tarafsızlığa duyulan güven doğrultusunda değerlendirilmesi gerekir. Talebi inceleyen merciin, ret sebepleri hakkında kesin bir kanaat edinmesine gerek yoktur³⁵⁷.

Ret talebini inceleyen merciinin ret sebebinin/lerinin niteliğine göre her türlü delili serbestçe değerlendirmesi mümkündür³⁵⁸. Hâkimin herhangi bir kesin delille bağlı olmadığı; kanunun “ret sebepleri hakkında yemin teklif olunamaz” ibaresinde de görülmektedir³⁵⁹ (HMK m. 42/3). Ret sebepleri hakkında yemin teklif olunamayacağı hakkındaki bu kural, HMK m. 42’ye benzer şekilde, ret talebinin incelenmesiyle doğrudan ilgili olduğundan 7251 sayılı Kanun’la ret usulünü düzenleyen HMK m. 38 kapsamından çıkartılarak, 42. maddeye alınmıştır.

Burada, özellikle ret sebeplerinin sabit olmadığı, muhtemel görüldüğü durumlarda ret talebini gerekirse tarafları dinlemek suretiyle inceleyebilecek olan yetkili merci, yani refik hâkimin, taraf bakış açısını ve hâkimin tarafsızlığından duyulan şüphenin sebebi olan vakıaları değerlendirmek üzere dosya üzerinden değil duruşmalı şekilde karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hâkimin reddine ilişkin talep ileri sürüldükten sonra talebin incelenmekte olduğu süre içinde davanın seyri etkilenir. Kural olarak, hâkimin reddi hakkında merci tarafından karar verilene dek reddi talep edilen hâkim, davaya bakamaz³⁶⁰ (HMK

³⁵⁷Kuru, Ders Kitabı, s.34; Postacıoğlu, s. 85; Kuru/Arslan /Yılmaz, s. 43; Arslan/Yılmaz/Taşpınar/Ayvaz/Hanağası, s. 125; Umar, Şerh, s. 168; Tanrıver, Medeni Usul, s. 279; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 102. Buna karşın, somut delil ve emarelerle desteklenmeyen ret talebi karşısında hâkimin duygusallık gösterip çekilmesini kanuna uygun bulmayan karar için; 20 HD 15.04.2013, 2029/4318.

³⁵⁸Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 43; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 125; Kılınç, s. 480.

³⁵⁹Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 125; Uzun, s. 111. 7251 s. Kanun değişikliği ile daha önce ret usulü başlıklı 38. maddede düzenlenen ret sebepleri hakkında yemin teklif olunamayacağı kuralı, esasen ret talebinin incelenmesine ilişkin usulü düzenlediği gerekçesiyle 42. maddeye eklenmiştir. Söz konusu kuralın daha önceki konumuna ilişkin eleştiri için bkz. Yılmaz, s. 1031; Kılınç, s. 481. Konu hakkında ayrıca, Umar, Şerh, s. 169.

³⁶⁰4 HD 06.10.1981, 10971/11043.

m.42/4). Ne var ki, gecikmesinde sakınca bulunan dava veya işler bunun dışındadır (HMK m.42/4, c.2). Örneğin, reddi talep edilmiş hâkim, merciin talep hakkındaki kararını beklemeden ihtiyati tedbir hakkında karar verebilir. Keza, davanın veya işin bizatihi gecikmesinde sakınca var ise, reddi istenen hâkim tarafından o dava veya işe bakılabilir.

Daha önce hakkındaki ret talebi merci tarafından reddolunmuş hâkimin aynı durum ve olaylara dayanılarak yeniden ret edilmesi, onun davaya bakmasına engel olmaz (HMK m.42/2, c.3).

Son olarak belirtmek gerekir ki, şayet reddi istenen ancak henüz hakkındaki bu istem karara bağlanmamış hâkim, emeklilik, görev yeri değişimi gibi sebeplerle görev yaptığı mahkemeden ayrılırsa, o ana kadar yapılan işlemlerle verilmiş kararların tayini bakımından merci ret talebini karara bağlamalıdır³⁶¹.

3.6 Ret Talebi Hakkında Karar Verilmesi ve Hâkimin Reddedilmesinin Sonuçları

3.6.1 Ret Talebinin Kabulü

3.6.1.1 Yargı Yerinin Belirlenmesi

Taraflarca hâkimin reddedilmesi veya bizzat hâkimin davadan çekilmesi üzerine ret talebini inceleyen merci, ileri sürülen ret sebebinin doğru veya muhtemel olduğu kanısına varırsa, ret talebinin kabulüne karar verilir.

Esas hüküm bakımından istinaf ve temyiz yolu kapalı bulunan dava ve işlerde, gerek ilk derece mahkemesi hâkimi gerekse bölge adliye mahkemesi başkan veya üyesi/leri hakkındaki ret talepleri ile ilgili merci kararları kesindir (HMK m. 43/1-44/1). Esas hüküm bakımından istinaf yolu kapalı (HMK m.341/2) bulunan kararlara HMK m. 341’de; temyiz edilemeyen kararlara HMK m. 362’de yer verilmiştir.

³⁶¹HGK 26.02.1975, 77/236 ve Yılmaz, Şerh, s. 454.

Merciin bu kararlarına karşı, kanun yoluna başvurulamaz. Bu nedenle, hâkimin davaya bakıp bakamayacağına, kesin olarak merci karar verir.

Yargılama sonucunda karara karşı kanun yoluna gidilebiliyorsa, hâkimin reddedilmesi hakkındaki kararlara karşı da bir hafta içinde kanun yoluna gitmek mümkündür. Talebin yetkili merci tarafından haklı bulunması halinde, kanun yoluna gidilmesi, davadan reddine karar verilen hâkimin mevcut durumuna etki etmez, hâkim, reddi hakkındaki karar kesinleşinceye dek o muhakemede hazır bulunamaz³⁶².

Talebin kabulü hakkındaki kararın kesinleşmesinden sonra, davayı görmeye devam edecek hâkim belirlenir. Bunun için, olağan yetki ver görev kurallarının uygulanamadığı hallerde söz konusu olan yargı yerinin belirlenmesi yoluna gidilecektir (HMK m. 22).

Yargı yerinin belirlenmesi, medeni yargılamada görevli ve yetkili mahkeme veya davaya bakacak hâkimi belirlemeye yönelik ihtiyacın sonucu ortaya çıkar. Bu durum, dört farklı şekilde söz konusu olabilir: Görevli ve yetkili mahkemenin davaya bakmasına herhangi bir engel çıkması; iki mahkeme arasında yargı çevrelerinin sınırlarının belirlenmesinde tereddüt oluşması; iki mahkemenin de verdiği görevsizlik kararlarının kanun yoluna gidilmeksizin kesinleşmesi ve kesin yetki hallerinde, iki mahkemenin de vermiş olduğu yetkisizlik kararlarının kesinleşmesi üzerine yargı yerinin belirlenmesine (merci tayini) ihtiyaç vardır (HMK m. 21/1- a,b,c ve ç).

Görevli ve yetkili mahkemenin davaya bakmasına herhangi bir engel çıkması durumunda önce, reddedilen hâkimle aynı yargı yeri çevresinde, genel yetkili başka hâkim bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Zira aynı yargı yerinde genel yetkiye sahip başka hâkim/hâkimler bulunuyorsa; reddedilen hâkim yerine yargılama görevini sürdürecektir ve davaya devam edecek olan hâkimin merci tayini (yargı yeri

³⁶²4 HD 06.10.1981,10971/11043.

belirlenmesi) yapılmaksızın Adalet Komisyonu Başkanlığı'nca, yetkilendirme yolu ile görevlendirilmesi gerekir ³⁶³.

Yetkili mahkemenin yargı yeri çevresinde aynı görevi yapabilecek başka bir hâkim bulunmadığı takdirde, davayı hangi mahkemenin göreceğini belirleyen “yargı yerinin belirlenmesi” söz konusu olur³⁶⁴.

İlk derece mahkemelerine ilişkin yargı yerinin belirlenmesinde, bölge adliye mahkemeleri görevli ve yetkilidir, inceleme dosya üzerinden yapılabilir (HMK m. 22/1 ve m. 23/1). Yargı yerini belirlenmesine ilişkin inceleme sonucunda verilecek kararlar kesindir ve belirlenen mahkeme, davaya davanın geldiği mahkeme adına devam edecektir³⁶⁵.

3.6.1.2 İşlemlerin İptal Edilebilirliği

Ret sebeplerinin haklı bulunması sonucunda yetkili merciin verdiği kabule ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, hâkimin reddedilmesinin yargı yerinin belirlenmesi dışındaki diğer sonucu, reddedilen hâkimce yapılan işlemlerin iptal edilecek olmasıdır.

Kanun koyucu, ret talebi hakkındaki kararlara karşı istinaf ve temyiz başlıkları altında “ret sebebinin doğduğu tarihten itibaren reddedilen hâkimce yapılmış olan ve ret talebinde bulunan tarafça itiraz edilen esasa etkili/esasla ilgili işlemlerin, davaya daha sonra bakacak hâkim tarafından iptal olunması” gerektiğini öngörmüştür (HMK m. 43/3 ve 44/3). O halde, kanun lafzına göre işlemlerin iptal edilebilirliği hakkında şunları söylemek mümkündür; iptale konu işlem, esasa etkili olmak kaydıyla, ret

³⁶³Hâkimin davadan çekinmesi sonucunda merci tayini şartları oluşmadığından Adalet Komisyonu Başkanlığı tarafından yapılan yetkilendirme işleminin yerinde olduğuna ilişkin bkz. 20 HD 11.02.2005, 10780/16578.

³⁶⁴20 HD 21.05.1996, 5899/6894.

³⁶⁵Çon, s. 101 ve dpn. 501 ve 504.

talebinde bulunan tarafça itiraza konu edilmiş ve reddedilen hâkim tarafından, ret sebebi doğduktan sonra yapılmış olmalıdır.

Bu noktada kanaatimizce değerlendirilmesi gereken iki husus vardır. İlk olarak, reddedilen hâkim tarafından yapılan işlemlerin itiraza konu edilmesi ne zaman mümkündür? Kanun koyucunun iptali için taraflarca itiraz edilmesi gerektiğini öngördüğü işlemlere, taraflar, ret talepleriyle birlikte itiraz edip, aynı dilekçede açıkça iptale yönelik isteklerini belirtmeli midir? İkinci olarak ise, hâkimin reddedilmesi sonucunda iptale konu işlemlerin esasa etkili/ilişkin olması neyi ifade eder? Tarafsız olmadığına kanaat getirilen hâkimin işlemlerinin iptali için esasa etkili/ilgili olma haliyle özel olarak hükme etki etme koşulu mu aranmaktadır ve reddin niteliği bakımından nispi ve mutlak temyiz sebeplerinde olduğu gibi bir ayırım yapmak mümkün müdür?

Doktrinde, Yılmaz, taleple bağıllık ilkesi doğrultusunda hâkimin reddini talep eden taraf aynı zamanda açık bir şekilde hâkimin yapmış olduğu işlemlerin iptalini istememiş ise; kamu düzeninden olmamak kaydıyla; iptalin söz konusu olmayacağını belirtmiştir³⁶⁶. Umar, ret talebinde bulunulduğu zaman ve sonrasında yapılacak itirazın iptale dayanak olabileceğini³⁶⁷; Gören Ülkü ise benzer şekilde, daha sonrasında itirazın yapılmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir³⁶⁸.

Kanunu'nun 38. maddesinde, ret taleplerinin ileri sürülmesine ilişkin geçerlilik şartları düzenlenmiştir. (HMK m. 38/2). Buna göre, talep, dilekçeyle yapılır ve bu dilekçede, ret talebinin dayandığı sebepler ile delil ve emarelerin açıkça gösterilmesi, varsa belgelerin bulunması aranmıştır. Talebin söz konusu maddede yer alan şartları sağlaması halinde, reddedilen hâkimce bizzat geri çevrildiği haller dışında, yetkili

³⁶⁶Yılmaz, Şerh, s. 458.

³⁶⁷Umar, Şerh, s. 175- 177 ve Kılınç, s. 483.

³⁶⁸Gören Ülkü, Tez, s. 202.

merciin inceleme yapması için gönderilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, hakkında ret talebi ileri sürülen hâkimler, taleple ilgili sonuca varılmadan evvel, yargılamada bulunamazlar. Öte yandan, yetkili merciin görevi sadece talebin kabul edildiğine ya da reddedildiğine ilişkin karar vermektir. Dolayısıyla, bu noktada ulaşılabilecek sonuç, talebin kabulü halinde tarafsız olmadığına kanaat getirilen hâkim tarafından sebebin oluşmasına kadar yapılan, iptali için ise esas hakkında ve itiraz edilmiş olması beklenen işlemlere, ret talebinin ileri sürüldüğü dilekçede açıkça itiraz edilmemesi ile bu noktadan sonra itirazın hangi merciye yöneltileceğinin kesin olmaması karşısında, kararın kesinleşmesi sonrasında davaya bakacak mahkeme nezdinde itirazda bulunulmasının ve yargılamayı sürdürecektir olan hâkimin söz konusu işlemleri iptal etmesinin mümkün olması gerektiği yönündedir. Özet olarak ifade edilecek olursa, kararın kesinleşmesi ve davaya bakacak hâkimin belirlenmesi sonrasında, reddedilen ve tarafsız olmadığına kanaat getirilen hâkimin yapmış olduğu işlemlere itiraz etmek ve bu işlemlerin iptali mümkün olmalıdır.

Burada ayrıca, daha önce davada çeşitli sıfatlarla yer almış; taraflarla arasında düşmanlık veya dava bulunan, taraflardan biriyle yakın akrabalık halindeki ya da bunlara benzer şekilde gerçekleşmiş genel ret sebepleri söz konusu olduğunda tarafsız olmadığına kanaat getirilen hâkimin işlemleri bakımından “ret sebepleri doğduğu tarihten itibaren” ifadesinin hâkimin yargılamanın başından itibaren yapmış olduğu işlemleri kapsar şekilde anlaşılması gerekir.

İşlemlerin iptal edilebilirliği hakkında tarafların itirazıyla birlikte esasa etkili/ilişkin olma koşulunun aranması konuyu farklı şekilde ele almayı gerektirir. Hâkimin reddedilmesi halinde yeni bir hâkimle yargılamaya devam edilmesinin sebebi, önceki hâkimin işlemlerindeki yanlışlıktan öte, hâkimin kendisidir. Yani hâkimin tarafsız olmadığının tespit edilmiş olmasıdır. İşlemin hukuka aykırılığından

ziyade, olağan görev ve yetki kullarınca davaya bakmakta olan hâkimin belli olay veya olgular neticesinde o davada bulunmasının hukuka aykırılığı söz konusudur. Nitekim HMK'nın kabulüyle birlikte hakkında ret kararı kesinleşmiş olan hâkimin davaya bakmış veya yargılama katılmış olmasının yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmesi, durumun önemini ortaya koyar niteliktedir. Dolayısıyla, esasa etkili/ilişkin işlem kavramıyla bu işlemin olması veya olmaması neticesinde hüküm sonucu etkilenir miydi sorusuna değil de; işlemi yapan hâkime odaklanılması gerektiği kanaatindeyim. Bunun sonucunda, aslında tarafların daha önce hâkimin yapmış olduğu işlemlerin iptali için itirazlarına dâhi gerek kalmadan, davaya daha sonra bakacak hâkim tarafından yargılamanın gidişatına etki eden tüm işlemlerin yeniden gözden geçirilmesinde fayda vardır. Bütünüyle tarafsızlığın sağlanması ile hâkimin reddine ilişkin hükümlerin amacına uygun şekilde uygulanması, işlemlerin iptali konusunda böyle bir yaklaşımın benimsenmesiyle, ancak mümkün olabilir.

3.6.2 Ret Talebinin Reddi

3.6.2.1 Genel Olarak

Hâkimin reddi talebini inceleyen merci yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucunda tarafların veya hâkimin bizzat sunmuş olduğu ret sebebini doğru veya muhtemel görmezse, o hâkimin davaya bakmasında engel olmadığı anlaşılır. Bu durumda, ret talebinin reddine karar verilmesi söz konusu olur. Ret talebinin yetkili mercice haklı bulunmaması ve ileri sürülen ret sebeplerinin tarafsızlığı şüpheye düşürmediğinin anlaşılması üzerine, reddi istenen hâkim yargılamaya kaldığı yerden bakmaya devam eder (HMK m. 42/5).

Ret talebinin kabulünde olduğu gibi, gerek ilk derece mahkemesi hâkimi gerekse bölge adliye mahkemesi başkan veya üyesi/leri hakkındaki ret talepleri ile ilgili merci kararları, eğer esas hükmün karşısında istinaf ve temyize

başvurulamıyorsa, kesindir (HMK m. 43/1- 44/1). Merciiin bu kararlarına karşı, kanun yoluna başvurulamaz. Bu nedenle, hâkimin davaya bakamayacağına kesin olarak yetkili merci karar vermiştir.

Davanın sonucunda verilen hükmün karşısında kanun yollarına başvurmak mümkünse, ret talepleriyle ilgili merci kararlarına karşı bir haftalık süre içerisinde kanun yoluna başvuruda bulunmak mümkündür.

Talebin yetkili merci tarafından haksız bulunması ve reddi halinde, talebin kabulünden farklı olarak; karar hakkında kanun yoluna gidilmesi hâkimin davaya bakmasına engel teşkil etmez. Kanun koyucu açıkça hakkındaki ret talebi mercice kabul görmeyen hâkimin davaya bakmaya devam edeceğini öngörmüştür (HMK m. 42/5).

Ret taleplerinin reddedilmesi söz konusu olduğunda, esas yönünden kabul edilmemiş ve kötü niyetle ileri sürülen talepler bakımından, talepte bulunanların her biri hakkında beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur (HMK m. 446/1-2 ve HMK m. 42/6).

Davada aynı tarafça birden çok kez ret talep edilmişse ve bu talepler reddedilmişse, sonraki disiplin para cezasının miktarı diğerinin iki katından daha az olamaz (HMK m. 42/7). Kanun koyucu ayrıca bu cezanın tahsili için, davaya bakan mahkemenin dosyanın geliş tarihinden başlayarak iki hafta içinde gereğini yapacağını öngörmüştür (HMK m. 42/8).

3.6.2.2 Kötü Niyetle Yapılan Ret Talepleri ve Mercii Tarafından Verilecek Disiplin Para Cezası

Kanunumuzun hâkimlerin tarafsızlığını ve davaların, tarafsızlığına güvenilen bir mahkeme tarafından görülmesini temin etmek amacıyla kabul ettiği ret kurumu, öteden beri uygulamada suiistimal edilmekte, sırf zaman kazanmak ve karşı tarafı

yıpratmak üzere hâkimin reddi talebi ileri sürülmektedir. Özellikle mülga kanunumuz üzerinde 2494 sayılı Kanun³⁶⁹ ile değişiklik yapılmadan önce daha sık olmak üzere ve halen, kötü niyet sahibi taraflar, ret talebini defalarca ileri sürmek hatta ret talebini incelemeye yetkili mercie karşı da bu haklarını kullanmak suretiyle yargılamayı sürüncemede bırakmakta, yargılamadaki hakları atıl hale getirmektedir. Anılan değişiklik ile ret kurumu hakkında kabul edilen esasların çoğu, yürürlükteki kanunumuzda gerekçeleriyle birlikte benimsenmiştir.

HMK'nın kabulüne kadar geçen süreç içerisinde hazırlanan tüm taslak ve tasarı metinlerinde de konunun, kötü niyetli ret taleplerini bertaraf edebilmek ve ret talebi ileri sürülerek kazanılmak istenen zamanı asgari hadde indirebilmek amaçlarıyla yeniden ele alındığı görülmektedir³⁷⁰. Böylelikle tedvin edilen veya sevk edilen her bir maddenin gerekçesine ise “mer'i kanun hükümlerinin iyi tanzim edilmediğiyle konu hakkında yeterli önlemin alınmadığı” ifadesiyle başlanmıştır.

³⁶⁹RG 18.07.1981/17404; Kanun, geçmişten bu yana ret kurumu bakımından usul hukukumuzda yapılan en kapsamlı değişiklikleri barındırır. Kanun koyucu ilk olarak, mülga kanunun 32. maddesine öngördüğü değişiklik ile hâkimin sebepsiz yere davaya bakmaktan çekinmesini önlemek üzere hâkimin çekinme kararının ret ile bir tutmuş; çekinme kararının başka bir merci tarafından incelenmesi esasını getirmiştir; ret sebeplerini inceleyecek mercii hâkimin görevli olduğu mahkemeye göre yeniden düzenlenmiş, ret dilekçesinde delillerin açıkça gösterilmesi ve varsa belgelerin eklenmesi kuralı getirilmiş, bunun yanı sıra özellikle 1971 tasarısına paralel şekilde ret talebine karşı tarafın vereceği cevapla hâkimin talebi incelemesi beşer günlük sürelerle bağlanmıştır. Ayrıca, “hâkimi çekinmeye davet de ret hükmündedir” ifadesi eklenmek suretiyle daha önce kanunda böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen bu durumla özellikle avukatların hâkimi davet etmesiyle sıklıkla karşılaşılması; ret kelimesi içermeyen bu talepler karşısında para cezasının uygulanıp uygulanmayacağı hakkındaki fikir ayrılıkları giderilmiş; ret kurumundan amacı dışında yararlanmasının önüne geçmek için getirilen en radikal yenilik, 35. maddeyle öngörülen; ret talebinin üç durumda; reddedilen hâkim tarafından, henüz mercie iletilmeden geri çevrilmesi söz konusu edilmiştir.

³⁷⁰Örneğin 1948 tarihli ilk usul kanunu tasarısında; mevcut para cezasının azami haddini ödemeyi göze alan tarafların zaman kazanmak suretiyle elde edeceği menfaat daha büyük olduğu müddetçe davayı dilediği şekilde uzatmasının mümkün olduğu belirtilmiş ve fakat mevcut cezanın azami haddinin arttırılmasının ekonomik durumu iyi olan taraflar için yeterli bir yaptırım olmayacağı gibi bilhassa iyi niyet sahibi fakat yoklukta olan kişilerin meşru haklarını kullanmasına engel teşkil edeceği bu nedenlerle de yalnızca kötü niyet aşikâr olduğu müddetçe para cezasının arttırılması teklif edilmiştir, bkz. Hukukta Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/311), m. 42 gerekçesi. Gerekçe metni için bkz. Özer, s. 99. 1952 tarihli tasarıda ise kötü niyetli tarafın zaman kazanmak için yapacağı ret taleplerinin önüne geçebilmek için tarafın elde edebileceği zaman unsuru üzerinde durulmuş; para cezası tedvin edilmemiş, merci tarafından incelenecek ret taleplerinin en geç yirmi günde hükme bağlanacağı ifade edilmiştir.

Esas yönünden uygun bulunmayan ve kötü niyetli bir şekilde ileri sürülen talepler karşısında talepte bulunanların her biri hakkında para cezasına hükmedileceğinden bahsetmiştik (HMK m. 42/6 ve HMK m. 446/1). Kötü niyetle hâkimi reddetmiş tarafa uygulanacak yaptırımın temelinde yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, gereksiz taleplerle yargılama insicamının bozulmaması ve her hak gibi hâkimin reddini talep etmek hakkının da amacına uygun kullanılabilmesi yer alır.

Aynı zamanda disiplin para cezası verilmesinin diğer bir temeli de, dürüstlük kuralına uyumayı sağlama ve dürüstlük kuralına aykırı kötü niyetli davranışların önüne geçmek amacına dayanmaktadır³⁷¹. Zira hukukun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında riayet edilmesi gerekir (HMK m. 29/1).

Söz konusu disiplin cezasının uygulanabilmesi, ret gerekçesi ile ret talebi sırasında davacının/davalının kötü niyetle hareket ettiği olgusu arasında neden-sonuç ilişkisinin kurulabilmesine bağlıdır. Başka bir deyişle, bahsedilen iki şartın birlikte gerçekleşmemesi durumunda disiplin para cezasının uygulanabilmesi mümkün değildir.

Birden fazla kişinin ret talebinde bulunması halinde, disiplin cezası her biri hakkında ayrı ayrı uygulanır³⁷². Ancak, örneğin, üç ihtiyari dava arkadaşından bir tanesi hiç ret talebinde bulunmamış, biri hısımlığı gerekçe göstererek diğeri ise davada yol gösterildiği iddiasıyla ret talebinde bulunmuş ise; hiç talepte bulunmayan dava arkadaşı hakkında para cezasına hükmolunmayacak; diğerleri için kötü niyetin var olup olmadığı ayrı ayrı tahlil edilip, kötü niyetle talepte bulunana para cezası verilecektir³⁷³.

³⁷¹Dürüstlük kuralı hakkında ayrıntılı bilgi ve inceleme için bkz. Arslan, Dürüstlük Kuralı.

³⁷²Yılmaz, Şerh, s. 454.

³⁷³Örnek için bkz. Umar, Şerh, s. 174- 175.

Para cezası verilirken asıl olan alt sınırdaki cezanın verilmesidir³⁷⁴. Şu kadar ki kanun koyucu, her davanın kendi koşullarına göre ceza miktarı belirlenmesi konusunda hâkime belirli bir takdir yetkisi tanımıştır. Eğer, daha yüksek bir ceza veriliyorsa öngörülen ceza miktarıyla ret gerekçesi, davanın niteliği ve tarafın ekonomik durumu gibi somut bulgular arasında neden-sonuç ilişkisi kurulabilmelidir.

Ret talebi esastan değil de usuli sebeplerle kabul görmezse, disiplin para cezası söz konusu olmayacağı gibi; bu nedenle ret talebinin geri çevrilmesi halinde para cezası uygulanmaz; çünkü kıyasen para cezası uygulanması söz konusu olamaz³⁷⁵. Aynı taraf aynı davada hâkimi ikinci defa reddederse ve ret talebi yine kabul edilmezse, bu defa hükmedilecek para cezası daha önceki disiplin para cezası miktarının iki katından az olamayacaktır³⁷⁶ (HMK m. 42/7).

Ret talebinin mercii tarafından reddi halinde hükmolunacak para cezası, daha önce belirtildiği üzere taraflar bakımındandır; taraf (müvekkil) adına hareket eden avukatın bizzat kendisi para cezasına mahkûm edilemez³⁷⁷.

Disiplin para cezasının tahsili için davaya bakan mahkeme dosyanın geliş tarihinden başlamak üzere iki hafta içerisinde gereğini yapmakla yükümlüdür (HMK m. 42/8). Bunun gerekçesine ise, makul sürede sonuca ulaşabilmenin güvencesi olan adil yargılanma hakkının uygulanması olarak yer verilmiştir.

3.7 Ret Talebini İnceleyen Yetkili Merci Kararlarına Karşı Kanun Yolları

Hâkimi reddi talepleri bakımından kanun yoluna gidilmesinde hukuki menfaati bulunanlar, ilk derece mahkemesi hâkimleri veya bölge adliye mahkemesi

³⁷⁴Umar, Şerh, s. 175.

³⁷⁵Yılmaz, Şerh, s. 455.

³⁷⁶Yılmaz, konu hakkında ikinci kez ileri sürülen ret sebebinin önceki sebeple aynı olması şartı aranması gerektiğini çünkü hâkimin reddi talebinde bulunmak hakkının hiçbir şekilde engellenmemesi gerektiğini savunmaktadır, (Şerh), s. 455.

³⁷⁷Yılmaz, s. 454 ve 20 HD 02.03.2004, 1803/1351.

hâkim/üyeleri değil; davanın taraflarıdır. Bu nedenle, ret talebi üzerine yetkili merciin verdiği talebin yerinde olup olmadığı yönündeki karara karşı kanun yollarına başvurularda hukuki menfaat, davanın davacısı veya davalısı bakımından aranır³⁷⁸. Burada, reddi istenen hâkimin korunmaya değer bir menfaati yoktur.

Yukarıda açıklandığı üzere, hâkimin taraflarca reddedilmesi veya kendisinin bizzat davadan çekilmesi sonucunda yetkili merci bu talebin veya çekilmenin yerinde olup olmadığına ilişkin karar vermekle yükümlüdür. Yetkili merciin bu kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları ise, istinaf yolu hakkında kanunun 42. maddesinde, temyiz hakkında kanunun 43. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.

Buna göre; eğer ret talebi ilk derece mahkemesi hâkimi hakkında yapılmış ve davada esas hükmün karşısında istinafa başvurmak mümkünse, hâkimin reddine ilişkin kararlara karşı, bir hafta içerisinde istinaf incelemesi yapılması için bölge adliye mahkemesine başvurulabilir. İstinaf yoluna başvurma süresi, duruşma yapıldıysa ve ilerde istinaf yoluna başvuracak taraflar duruşmada hazır ise kararın tefhim edildiği andan itibaren; taraf duruşmada hazır bulunmamış ise veya karar zaten dosya üzerinden verildiyse, tebliğden itibaren başlar³⁷⁹. Bu durumda, karşı tarafın cevabı aranmaz, çünkü istinaf yoluna başvuru hallerde, HMK m. 347. uygulanmayacaktır (HMK m. 43/2). Dolayısıyla istinaf dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir. Şayet, ret talebi hakkındaki merci kararına karşı istinaf yoluna başvurulduysa ve bölge adliye mahkemesi tarafından bu hususta karar verildiyse, bölge adliye mahkemesinin kararı kesindir (HMK m. 43/2).

Ret talebi ilk derece mahkemesi hâkimi değil, bölge adliye mahkemesi başkan ve üyeleri hakkında ise ve yine merciin kararına karşı temyize gidebilir (HMK m. 44/1). İstinaf yoluna başvuru süresi için yapılan açıklamalar, ret talebine ilişkin

³⁷⁸Yılmaz, Şerh, s. 458.

³⁷⁹Yılmaz, Şerh, s. 457- 458.

kararların temyizinde de geçerlidir; kararlar bir hafta içinde temyiz edilebilir ve bu durumlarda 347. madde hükmü uygulanmaz (HMK m. 44/2-3).

Yargı mercilerinin vermiş olduğu kesinleşmiş kararların, doğru ve kesin olduğu kabul edilir, ancak bu kararların adil olmama veya yanlış olma ihtimalleri de vardır. Bu noktada, yeniden yargılama yapılmasına sebebiyet veren ciddi hataların olduğu, kesin hükmün tesisinden sonra anlaşılabilir. Olağanüstü kanun yolları, kesinleşen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı gidilebilecek, olağan kanun yollarından kesin hüküm ölçütüne göre ayrılan kanun yollarıdır.

HMK'nın kabulüyle, HUMK nezdinde konumuza ilişkin olarak yalnızca davaya bakması yasak olan hâkim tarafından karar verilmiş olması halinde söz konusu olabilen yargılamanın yenilenmesi, hakkında ret talebi merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermesi veya karara katılmış olması neticesinde de mümkün olmuştur (HMK m. 375/1- b). Burada, hakkında reddedilmesine karar verilmiş hâkimin yargılamaya bir şekilde katılmış olması, hem istinaf yoluna gidilerek kararın kaldırılmasına hem de temyiz yoluyla kararın bozulmasına sebep olabileceği gibi, kesin bir hükmü bertaraf edecek nitelikte ağır bir yargılama hatası olarak kabul edilmiştir. Kanun'un 379. maddesinin ilk cümlesinde açıkça, yargılamanın yenilenmesine ilişkin talep hakkında karar verilebilmesi için duruşma gerçekleşip, tarafların dinlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece yapılması gereken, tarafların dinlenilmesinden sonra, talebin süresi içinde yapılıp yapılmadığına; yargılamasının yenilenmesi için başvuru hükmün kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olup olmadığına ve ileri sürülen yargılamanın iadesi sebebinin kanunda tahdidi şekilde sayılan sebeplerden olup olmadığına ilişkin re'sen inceleme yapmak ve bunlardan biri eksik değilse, davanın esası hakkındaki incelemeye geçmektir (HMK m. 379/1 ve 2). İnceleme sonunda, dayandırılan yargılamanın iadesi sebebi sabit görülürse, yeniden

yargılama yapılarak ortaya çıkacak duruma göre verilmiş olan karar onanacak ya da kısmen yahut tamamen değiştirilecektir (HMK m. 380/1).

SONUÇ

Tarafsızlığın ve adalete güvenin sağlanması amacıyla ortaya çıkan hâkimin reddedilmesi kurumu, geçmişten bu yana tüm hukuk sistemlerinin ortak varlığını teşkil eder. Henüz yargının bağımsız olmasından söz edilemezken, yargılama görevini üstlenen kişilerin tarafsızlığına gösterilen önemin kuşkusuz ki sebebi, yargılama yapan merci/hâkim devlete bağlı olsun veya olmasın adalete güven duygusunu verebilmektir.

Dolayısıyla, yargı merci önünde hukuki himaye talep eden kişilere, tarafsız şekilde yargılanmadıkları (ya da buna inandıkları) takdirde, bundan kaçınabilme iradesini tanımak, hem adil yargılanabilmeye, dolayısıyla da kamu düzenine hizmet eder.

Tarihsel gelişim içinde, başta Roma-kanonik gelenekte, bugünkü kıta Avrupası hukuk çevresini oluşturan kuralların temellerini bulmak mümkündür. Roma medeni yargılama kurallarında hâkimin tarafsız olması gerektiğine ilişkin genel kuralların ve kanon hukuku esaslarında hâkimin reddinin gerçekleşmesine ilişkin haklı sebebin bulunması yönündeki tartışmaların sonucunda, 17, 18 ve 19. yüzyıl Avrupa devletleri hukuklarında redde ilişkin düzenlemeler şekillenmiş ve zamanla, günümüzün somut, temel ve objektif hukuk kurallarına ulaşılmıştır. Gerçekten, bugün, temel hak ve özgürlükler de doğrultusunda, bir hukuk davasında hâkimin tarafsız olması gerektiği, şüphesiz gerçekleşmesi gereken bir husus olarak sayılır.

Yargının, dolayısıyla yargı yetkisini kullanan mahkemelerin/hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birbirinden farklı iki esas olmakla birlikte, başta hukuk devleti olabilmenin, hak arama hürriyetinin; dolayısıyla adil yargılanma hakkının,

kanun önünde eşitliğin ve kanuni hâkim ilkesinin (istisnası değil) temel gereklilikleridir.

Hukukumuzda hâkimin tarafsızlığını sağlamak üzere öngörülen yasaklılık ve ret kurumları, temelinde aynı amacı taşıyan ancak farklı gerekçelerle düzenlenen, bu nedenle birbirini tamamlayan kurumlardır. Yasaklılık halinde kanun koyucu, sınırlı sayıda öngördüğü sebeplerle, hâkimin davaya veya işe bakmasına izin vermemiştir. Burada, hâkimin, önüne gelen davada tarafsız olmadığına ilişkin mutlak bir kabul söz konusudur. Ancak, hâkimin tarafsızlığı, kanunda sayılan belli sebeplerin dışında, başka ihtimaller dâhilinde de zarar görebilir. İşte bu noktada, hâkimin reddinin düzenlenme gerekçesi karşımıza çıkar, kanun koyucu bu gerekçeyi, “hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli sebep” kavramıyla açıklamıştır.

Konunun karşılaştırmalı hukuk yönüyle incelenmesinde, aynı hukuk çevrelerine ait farklı ülke hukuklarına yer verilmeye çalışılmıştır. Alman hukukunda hâkimin reddi sebepleri bakımından, herhangi bir şekilde sayım yapılmadığı, sadece, tarafsızlıktan şüpheyi gerektiren bir sebebin bulunmasının arandığı ve hukukumuzda ret sebeplerinden sayılan bazı hallerin, hâkimi mutlak şekilde davadan alıkoyan hususlardan/ yasaklılık sebeplerinden sayıldığı tespit edilmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme tarzı, tarafsızlığın şüpheli hale geldiği açıkça kabul edilmesine rağmen ret sebepleri arasında sayılan hallerin yasaklılık kapsamında olması yönünden isabetlidir.

İsviçre hukukunda ise, hâkimin tarafsızlığını sağlamak üzere öngörülen kurallar bakımından, daha önceki (federal usul kanununun kabulünden önceki dönemde) düzenlemelerden ve diğer ülke hukuklarından farklı olarak, yasaklılık ve ret arasında ayırım yapılmadığı görülmüştür. Kanun koyucu, hâkimin davadan kendiliğinden çekilebileceği ve uzaklaştırılabileceği halleri düzenlemiştir ve taraflar,

hem kanunda sayılan hallerde hem de ‘diğer nedenlerle’ hâkimin davadan uzaklaştırılmasını talep edebilmektedir.

Bununla birlikte, İsviçre kanun koyucusunun, hukukumuzda tek başına redde sebep olmayacağı doktrinde açıkça kabul edilen bazı halleri; örneğin, dava hâkiminin taraflardan birinin adli yardım veya ihtiyati tedbir talebi hakkında karar vermiş olması vd.; beraberinde tarafsızlığın ihlaline ilişkin emare bulunmaksızın; tek başına hâkimi davadan alıkoyması mümkün olmayan sebepler olarak ayrıca saydığı tespit edilmiştir. Bu düzenlemeyi yalnız, usul ekonomisi yönünden isabetli buluyoruz. Fransız hukukunda ise, özel olarak mahkemeler teşkilatı kanununda düzenlenen ret sebepleri, genel bir hükme yer verilmeksizin sınırlı sayıda öngörülmüştür. Her ne kadar zamanla yerleşen yüksek mahkeme kararlarıyla, hâkimin reddine ilişkin düzenlemelerin adil yargılanma hakkı çerçevesinde, 6. maddenin gerektirdiği gibi yorumlanması ve uygulanması hakkında birlik oluşturulsa da bu düzenleme tarzı, hâkimin reddi kurumunun düzenlenme gerekçesiyle bağdaşmamaktadır.

Hem hukukumuz hem de diğer ülkeler yargılama kurallarında yapılan incelemeler sonucunda vardığımız genel netice ise, redde ilişkin hükümlerin adil yargılanma hakkı ve tarafsız mahkemede yargılanabilmenin güvence altına alınması çerçevesinde yorumlanıp, özellikle taraf bakış açısıyla değerlendirilmeye çalışılıyor olmasıdır. Bu hususu yargılama hukuku ve davanın/ya da işin incelenmesi süreçlerinde görünür kılan ortak noktalardan birinin ise, ret taleplerinin kabul edilebilirliğinde ret sebeplerinin tarafların yaklaşık ispatına tâbi tutulması olduğunu söyleyebiliriz.

Medeni yargılama hukukumuzda hâkimin reddi konusuna ilişkin kurallar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda genel itibariyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na benzer şekilde düzenlenmiş, ancak yürürlükteki haline, pek çok kez değişikliğe uğrayarak kavuşmuştur. Bu sebeple çalışmada, önce Hukuk Usulü

Muhakemeleri Kanunu'nunun ilgili düzenlemelerine ve bu düzenlemelerde yapılan değişikliklere yer verilmiş, daha sonrasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun özel olarak incelenmesine geçilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkimin reddi konusuna ilişkin düzenlemeler bakımından, 7251 sayılı Kanun'la birlikte doktrinde ve uygulamada eleştirilen hususların ve kanunun birbiriyle çelişen ifadelerinin giderildiği görölmektedir. Önce kanun yollarıyla ilgili 38. ve 43. maddeler arasındaki çelişki giderilmiştir. Zira 38. maddenin 9. fıkrasında yetkili merciin kararı yalnızca hüküm ile beraber istinaf ya da temyize götürülebiliyorken, 43. maddede başka türlü ifade söz konusu edilmiştir. Aynı değişikle, kanunun ret usulü ve ret talebinin incelenmesi başlıkları da değişikliğe uğramış, aynı zamanda ret sebepleri içine, hâkimin daha önce arabuluculuk ve uzlaştırmacılık yapmış olma halleri eklenmiştir.

Ret sebepleri bakımından yaptığımız değerlendirmelerde, özellikle kanunda yol gösterici olarak sayılan sebepler hakkında; yargılama esnasında gerçekleşebilen ancak gerekleştiklerinin tespiti halinde, “yol gösterme ve öğüt verme” ile “ihzas-ı rey” dâhil olmak üzere, özellikle hâkimin daha önce uyuşmazlıkta çeşitli sıfatlarla görev almış olması çerçevesinde ve kanun koyucunun, saydığı hallerde hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren bir durumun varlığını kabul etmesinden hareketle; Alman Medeni Usul Kanunu'ndaki düzenleme şeklinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Aynı zamanda ret sebeplerinin, taraf bakış açısıyla ve mahkemeye/hâkime duyulan güvenle birlikte değerlendirilmesi gerektiği düşünceyiyle, hâkimle tarafın kanuni temsilcisi arasında gerçekleşmesi halinde de, tarafsızlığın şüpheye düşmesi söz konusu olabileceğinden, bu sebeplerin de açıklandığı ölçüde talebe konu edilebileceği sonucuna varılmıştır.

Ret taleplerinin ileri sürülmesi hakkında; ret talebini ileri sürebilecek kişiler bakımından fer'i müdahilin fer'i müdahalenin etkisi sonucu ve dâhilinde hâkimi reddedebileceğiyle; süre yönünden, talebin yeni bir usul işlemi yapılmadan, her türlü iddia veya savunmadan önce ileri sürülmesi gerektiği; son olarak ise, ret sebebi öğrenildikten sonra yeni bir duruşma yapılmayacak olması ihtimalinde; talebin yazılı şekilde yapılma zorunluluğu da düşünülerek taraflara süre tanınması gerektiği sonuçlarına varılmıştır.

Hâkimin tarafsız olmadığının tespit edilmiş olması halinde, işlemin hukuka aykırılığından ziyade, olağan görev ve yetki kullarınca davaya bakmakta olan hâkimin belli olay veya olgular neticesinde o davada bulunmasının hukuka aykırılığı söz konusu olduğundan, kanunda yer aldığı şekliyle tarafların işlemlerin iptali yönündeki isteklerini, işlemleri iptal edecek hâkim karşısında, yeni herhangi bir işlem yapılmadan isteyebileceği kanaatindeyiz. Böylelikle tarafsız olmadığı tespit edilen hâkimin yapmış olduğu ve ret dilekçesinde öne sürülmeyen iptalin istenmeyen sonuçlar doğurması engellenmiş olacaktır.

Aynı zamanda radikal bir yenilenmeyi ve belki sürecin uzamasını gerektirdiği için çalışmada özel olarak ifade edilmeyen ancak düşünülen diğer bir husus ise, hâkimin reddine ilişkin taleplerin doğrudan doğruya aynı görev ve çevrede başka bir hâkim tarafından değil, üst mahkeme hâkimince incelenerek karara bağlanması ve böylelikle davayı görmeye devam edecek hâkimin de, o hâkimce belirlenmesinin kurumun ihdası amacına yönelik bir düzenleme şekli olacaktır.

Varılan bu sonuçlardan ve her şeyin ötesinde, çalışmamızın girişinde değindiğimiz üzere, hâkimin reddi kurumuyla güvence altına alınmak istenen tarafsızlık ve dolayısıyla adil bir yargılamanın mümkün olması, zaten tarafsız olması gerektiği bilinciyle yetiştirilmiş ve kişisel tercihleri bir yana mesleğini gereği gibi ifa

edebilmesine imkân verilmiş hâkimlere; dolayısıyla da, yargının bütünüyle devletin yürütme organından bağımsız olabilmesine bağlı olduğunu belirtmemiz gerekir. Hâkimin hukuku yorumlamasında ve uygulamasında vicdani kanaatini oluşturmasında özgür olması, tarafsızlığın asıl teminatıdır. Anayasamızın 9, 138, 139 ve 140. maddelerinde sözü edilen bağımsızlık, 140/6, 144. ve 159 maddelerle birlikte düşünüldüğünde sağlanması güç bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKLAR

- Akad, M., Dinçkol, A. (1995), 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul: Alkım Yayınevi.
- Akbal, M. (2000), Hâkimin Davaya Bakamaması ve Reddi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Akcan, R. (2013), *Hâkimin Vasıfları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akcan, R. ve Kaya, C. (2010), *Medeni ve İdari Yargıda Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 68 (1-2), 170-196.
- Akman, A. (1985), 1917 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyye Kararnâmesi ve Tahlili, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Aktepe Artık, S. (2014), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Adil Yargılanma Hakkı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Alangoya, Y. (1979), Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Altenhain, K. (2015), Dokumentationspflicht im Ermittlungsverfahren.

Altıparmak, K. (1998), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Makul Sürede Yargılama Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Ansay, S.Ş. (1954), Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları.

Arslan, R. (1989), *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara: S Yayınları.

Arslan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S., Hanağası, E. (2020), *Medeni Usul Hukuku*, 6. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları.

Atalı, M. (2009), Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği Bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. Ankara, 239-263.

Atalı, M., Ermenek, İ., Erdoğan, E. (2019), *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Avcı, M. (1999), Türk Hukukunda Hâkimin Görevi İhmal Suçu, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, (4).

Bacqua, N., Codes Napoléon, Paris 1856, A. Durand.

Bayındır, A. (2015), İslâm Muhakeme Hukuku, İstanbul.

Berki, A. (1982), Açıklamalı Mecelle, İstanbul: Hikmet Yayınları.

Berkin, N. M. (1969), *Medenî Usul Hukuku Esasları*, İstanbul: Hamle Yayınları.

Börü, L. (2012), *Dava Konusun Devri*, Yetkin Yayınları.

Budak, A. C. (2010), *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, 3. Basım, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

Budak, A. C. ve Karaaslan V. (2019), *Medeni Usul Hukuku*, 3. Basım, Ankara: Adalet Yayınevi.

Centel, N. (1998), “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mahkemelerin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Türk Hukuku*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 45- 57. (1998)

Centel, N. (1996), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı*, İstanbul: Kazancı Yayınları. (1996)

Çatalkaya, C., Tarıkoğulları, R., Özcan, M. H. (1965), *Yeni İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Ankara.

Çelebican, Ö. K. (2004), *Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku Hakların Korunması*, Ankara.

Çelebican, Ö. K. (2019), *Roma Hukuku*, Onsekizinci Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Çon, Ö. (2013), *Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi*, Ankara, Yetkin Yayınları.

Direnisa, E. (2021), *Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

Ercan, İ. (1992), *Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir*, Konya, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Erişgin, Ö. S. (2002), Roma Hukukunda Yargıcın Reddi (Recusatio), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51(1).

Ermenek, İ. (2011), “*Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (1), 139- 176.

Ertanhan, M. (2005), *Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Seçkin Yayıncılık.

Fellmeth, A. X., Horwitz, M. (2009), *Guide to Latin in International Law*, Oxford University Press.

Giancola, A. (2016), The Development of Recusation Iudicis and the Rise of Aequitas. Unbound: Rev. Legal Hist. & Rare Books, 9.

Gören Ülkü, N. (2013), *Medeni Yargılama Hukuku’nda Hâkimin Reddi*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. (Tez)

Gören Ülkü, N. (2014), *Dava Ortaklığı veya Davaya Müdahale Halinde Hâkimin Reddi Talebinde Bulunabilecek Kişiler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı), 1613-1624. (Makale)

Görgün, Ş., Börü, L., Kodakoğlu M. (2020), *Medeni Usul Hukuku*, 10. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları.

Görgün, Ş., Börü, L., Toraman, İ., Kodakoğlu, M. (2019), *Medeni Usul Hukuku*, 9. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları.

Gözübüyük, A. Ş., Gölcüklü F. (2016), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Basım, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

Guide On Article 6 Of The European Convention On Human Rights, Right to a Fair Trial.

Güleç, Ş. (2021), *Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, Seçkin Yayınları.

Hanağası, E. (2001), *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. (Tarihsel Gelişim)

Hanağası, E. (2011), *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara: Yetkin Yayınları. (Silahların Eşitliği)

Helmholz, R. (1969), Canonists And Standards Of Impartiality For Papal Judges Delegate. *Traditio*, 25, 386-404.

Ignor, A., Befangenheit im Prozeß, *ZIS* 5/2012, Berlin, 228- 137, – www.zis-online.com

İnceoğlu, S. (2013), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık. (Adil Yargılanma)

İnceoğlu, S. (2013), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3. Basım, İstanbul: Beta Yayıncılık. (Bireysel Başvuru)

Kanar, M. Osmanlı Türkçesi Sözlüğü.

Karaahmetoğlu, A. (2021), “*Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi'nde Mecelle Bağlamında İşçi İşveren İlişkileri*”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 10 (23), 75-94.

Karaaslan, V. (2014), Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (2-MİHBİR Özel Sayısı), 97-133.

Karakocalı, A. (2011), *Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu*, Ankara.

Karayalçın, Y., Yongalık, A. (2008), *Hukukta Öğretim – Kaynaklar – Metod: Problem Çözme*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Kavasoğlu, A., Çon, Ö. (2018), “*İsviçre Usul Hukukuna Genel Bir Bakış*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 8 (1) , 49-58 .

- Kılınç, A. (2019), *Hâkimin Reddi Talebi ve Bu Talep Üzerine Verilen Kararlara Karşı Kanun Yollarına İlişkin Hükümlerin İncelenmesi*, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 15 (43), 467 – 496.
- Koral, R. (1947), *İç Hukukumuzda Tahkim*, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 13 (3), 1038-1081.
- Konuralp, C. (2014), *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyadi Tedbirler*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 71(2), 225-274.
- Kunter, N. (1977), *Madde itibariyle Yetkisizlik Kararı ve Hakimin Oyunu Belli Etmesi*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 43(1-4), 325-376.
- Kuru, B. (2019), *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları. (Ders Kitabı)
- Kuru, B. (2020), *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları. (El Kitabı)
- Kuru, B. (1961), *Nizasız Kaza*, Ankara: Ajans Türk Matbaası. (Nizasız Kaza)
- Kuru, B. (1989), *“Hâkimin Kendini Ret Talebinin Davanın Taraflarına Tebliğinin Gerekip Gerekmediği ve Hâkimin Kendini Ret Talebi Hakkındaki Merci (Mahkeme) Kararının Temyiz Edilip Edilemeyeceği”*, *Hukuki Mütalaalar (Yayınlanmamış Makaleler)*, Temmuz 2013 Ankara: Adalet Yayınevi. (Hukuki Mütalaalar)

Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (1986), *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: S Yayınları.

Kuru, B., Budak, A. (2011), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler*, İstanbul Barosu Dergisi, 85 (5), 3 – 43.

Marchant, J.R.V./ Charles, Joseph F., Cassell's Latin Dictionary (Latin English and English Latin), New York 1929, Funk & Wagnalls Company.

Monreal, A. A. (2015), The Recusatio Iudicis Suspecti In The Roman Law And Its Historical Fluctuations. Revista De Investigación De La Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III, 1(1), 173–200.

Öden, M. (1993), *Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 43 (1), 61-124. (Anayasa Yargısında Yasaklılık)

Örsten Esirgen, S. (2017), *Osmanlı Devletinde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*, Ankara.

Özbay, İ. (2014), “*Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı), 779-811.

Özekes, M. (1993), *Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. (Asli Müdahale)

Özekes, M. (2003), Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara.

Özen, M. (2004), *Hâkimin Cezai Sorumluluğu*, Ankara.

Özer, T. (2012), *HUMK'tan HMK'ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları*, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Özkan, Y. (2021), 1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanûnu Muvakkati'nin Modern Usul Hukukuna Etkileri, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Özkaya Ferendeci, H. Ö. (2019), *Federal Alman Mahkemesi'nin Hâkimin Reddine İlişkin Güncel Kararlarının İncelenmesi*, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 225- 243.

Öztek, S. (1985), Roma Medeni Usul Hukukun Ana Hatları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51 (1-4) , 335-372. (Roma)

Öztek, S. (2015), Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 21(2), 135-144.

Öztek, S., Taşpınar Ayvaz, S., Kale, S. (2020), “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifine İlişkin Bazı Açıklamalar Ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

Özsunay, E. (1983), “Yabancı Hukukun Benimsenmesi” Yoluyla Bir Çağdaşlaşma Modeli: Kemalist Hukuk Devrimi Üzerine Gözlemler ve Değerlendirmeler”, Atatürk’ün Hukuk Devrimi, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul.

Pekcanitez H. (2001), *İdari Yargıda Fer’i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar Tahlili)*, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 591- 601, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2019), *Medeni Usul Hukuku*, 9. Basım, Ankara: Seçkin Yayınları.

Pekcanitez, H. (2008), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul.

Postacıoğlu, İ. E. (1975), *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Basım, İstanbul.

Rosenberg, L., Schwab, K. (2004), Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozeßrecht, 16. Auf., München.

Rüzgaresen, C., Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, 2013, Ankara

Sancak Y. , Kıyak E. (2014), “Günümüz Türkçesiyle Mecelle’nin On Altıncı Kitabı Kitâbü’l Kazâ (Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22 (2), 45-105.

Seidl, E. (1962), *Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozeßrecht*, Carl Heymanns Verlag KG.

Selçuk, S. (1999), *Yasalar ve Yargıçlar*, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara.

Sezer, Y., Ermumcu, O. ve Bilgin, H. (2011), *Yeni Düzenlemeler Işığında İdari Yargıda Hâkimin Çekinmesi Ve Reddi*, Adalet Akademisi Dergisi, (5), 123-158.

Stein, P. (1999), *Roman Law in European History*, Cambridge University Press.

Şimil, C. (2014), “*Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı), 1351-1376.

Sungurtekin Özkan, M., Türkoğlu Özdemir, G. (2008), *Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları*, Seçkin Yayınları.

Tahiroğlu, B., Erdoğan, B. (2019), *Roma Hukuku Dersleri*, Der Yayınları.

Tanör, B. (1998), *Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul.

Tanrıver, S. (2020), *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları.
(Medeni Usul)

Tanrıver, S. (2013), “*Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (104), 12- 34. (Tabii Hâkim)

Tanrıver, S. (2004), “*Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (5)3, 191-215. (Adil Yargılanma)

Taşkın, A. (2000), *Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 49 (1), 117-136.

Taşpınar Ayvaz, S. (2009), *Zabıt Kâtiplerinin Reddi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (Özel Sayı), 595-615.

Taşpınar Ayvaz, S. (1999), *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Taşpınar Ayvaz, S. (2013), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, Ankara.

Taştan, A. Z. (2005), *Hâkimin Tarafsızlığı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

The Common Law and Civil Law Traditions, Çevrimiçi-
<http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/pdf/CommonLawCivilLawTraditions.pdf> ; Erişim Tarihi: 14.10.2021

Topuz, G., Konan, B. (2017), *Geçmişten Gümümüze Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (66), 763-794.

Ulukapı, Ö. (1991), *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Umar, B. (2014), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları. (Şerh)

Umar, B. (1967), *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mevaz Neuchatel Kantonundaki Tatbikatı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (Neuchatel Tatbikatı)

Umur, Z. (1982), *Roma Hukuku: Tarihi Giriş*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Üçok, C., Mumcu, A. (1985), *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Savaş Yayınları.

Üçok, R. (çev.), Besnier, C., (1950), “*Fransa’da Fransız Hukuku Tarihi Kürsüsünün Gelişmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (3), 521-533.

Ünal Özkorkut, N. (2008), “*Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Türkiye’de Yargıya Genel bir Bakış*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57 (1), 225-242.

Weber, M.- Spühler, K.(ed.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozeßordnung*, Basel 2013.

Yardımcı, T. E. (2021), *Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı*, Adalet Yayınları, Ankara.

Yıldırım, Ş. (2012), *İslam Hukukunda Yargıç Etiği*, e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, (7), 33-50.

Yılmaz, E., (1996), “*Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler*”, Şakir Berki’ye Armağan, Konya, 55-78.

Yılmaz, E., (1996), “*Aksayan Adaletten İşleyen Adalet*”, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 470-493.

Yılmaz, E. (1998), “Cumhuriyetimizin YetmişbeşYılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra İflâs Kanununu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler”, Cumhuriyet ve 75 Yıllık Hukuk Uygulaması Semineri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.3, 872- 876.

Yıldız, A. (2020), *Yargının Tarafsızlığı*, İstanbul: Onikilevha Yayınları.

Yılmaz, E. (2013), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınları. (Şerh)

Yılmaz, E. (2004), *Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları. (Sözlük)

Yılmaz, E. (2020), Yargı Etiği. Public and Private International Law Bulletin, 40(2), 1293-1311.

Young, M. W., Gral, J., "Eugene Huber Ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu (1849 - 1923)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 6, 1949, 162-180.

Zimmermann, R. (1992), Das Römisch-Kanonische *Ius Commune* Als Grundlage
Europäischer Rechtseinheit. *Juristenzeitung*, 8-20.

Çevrimiçi Gazeteler:

La Belgique Judiciaire, Gazette Des Tribunaux Belges Et Étrangers, Bruxelles 1852.

Neue Juristische Wochenschrift (NJW).