

**TÜRK YARGILAMA HUKUKUNDA MADDİ GERÇEĞİN  
ARAŞTIRILMASI**

**İSMAİL ÖZDEN**

**TARAFINDAN**

**YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE**

**SUNULAN TEZ**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**OCAK, 2017**

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

(Ünvanı Adı ve Soyadı)

Enstitü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm şartları sağladığını tasdik ederim.

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Kamu Hukuku Bölüm Başkanı

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir yüksek lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığını beyan ederiz.

Prof. Dr. Ali Şafak BALI

Danışman

### **Jüri Üyeleri**

Prof. Dr. Ali Şafak BALI (AYBÜ, Hukuk)

Prof. Dr. İlyas DOĞAN (Gazi Üniv., Hukuk)

Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA (AYBÜ, Hukuk)

## İNTİHAL

Bu tez içerisindeki bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Adı Soyadı :

İmza :

## ÖZET

### TÜRK YARGILAMA HUKUKUNDA MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI

Özden, İsmail

Yüksek Lisans, Kamu Hukuku Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali Şafak Balı

Ocak 2017, 120 sayfa

Bu çalışmada temel alınan düşünce, yargılama sonunda adil bir sonucun ortaya çıkması için uyuşmazlık konusu olayların maddi gerçeğe uygun olarak ele alınması gerekliliğinin vurgulanmasıdır. Bunun için öncelikle yargılama kavramının çeşitli yönleriyle açıklanması gerekir. Yargılama etimolojik kökeni itibariyle bir değer atfetme eylemidir. İnsanlar kişileri, eylemleri ve hatta nesnelere bazı değerler üzerinden anlamlandırmaya çalışırlar. Yargılama, ihlal eylemini gerçekleştiren kişinin hukuk normları bakımından değerlendirilmesidir. Sosyolojik açıdan yargılama ise haksızlığın cezalandırma yoluyla giderilmesidir. Bu tanım yargılamanın amacı sorununa yakından bakmayı gerekli kılar. Yargılamanın amaçları arasında gösterilen maddi gerçeğe ulaşma, adalete ulaşma amacına hizmet etmesi yönüyle önemlidir. Yargılama hukukunda maddi gerçek, geçmişte yaşanmış bir olayın deliller vasıtasıyla hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde mahkeme önüne getirilmiş hali olarak tanımlanabilir. Yargı ayrılığı rejiminin uygulandığı ülkemizde farklı yargılama kollarında yer alan farklı usul kuralları nedeniyle maddi gerçeğe ulaşma noktasında bazı sorunlar yaşanmaktadır. Özellikle medeni yargılama usulüne hâkim olan ilkeler nedeniyle yargılamanın maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet etmediği söylenebilir. Bu durum çalışmamızda tüm yargılama kollarına

hâkim olan ilkelerin mukayeseli şekilde incelenmesi ve bazı yüksek mahkeme kararlarının değerlendirilmesi yoluyla ele alınmıştır.

**Anahtar kelimeler:** maddi gerçek, yargılama, yargılamanın amacı, hak, yargılamaya hâkim olan ilkeler



## ABSTRACT

### THE INVESTIGATION OF THE FACTUAL TRUTH IN TURKISH PROCEDURAL LAW

Özden, İsmail

Master, Department of Public Law

Thesis Supervisor: Prof. Dr. Ali Şafak Balı

January 2017, 120 page

The idea underlying this study is to emphasize the necessity of handling dispute-related events in accordance with factual truth in order to bring about a fair result at the end of the trial. First of all, it must be explained in various aspects of the concept of trial. Judgment is the act of attributing a value in terms of etymological root. People try to make sense of people, actions, and even objects through some values. Judgment is the evaluation of the person who carried out the act of violation in terms of legal norms. In sociological perspective, judgment is the elimination of injustice through punishment. This definition makes it necessary to look closely at the question of the purpose of the judgment. Achieving the factual truth shown among the purposes of the trial is important because it serves the purpose of achieving justice. The factual truth in procedure law can be defined as an event which brought before the court in such a way as to leave no doubt in the past by means of the evidence. In our country where the principle of separation in trial is exercised, there are some problems at the point of reaching factual truth because of different procedural rules in different branches of judiciary. Particularly because of the principles ruling in the civil procedure, it can be said that the trial does not serve the purpose of achieving factual truth. This situation has been addressed in our work through a

comparative examination of the principles ruling all jurisdictions and the evaluation of some supreme court decisions.

**Key words:** material fact, judgment, purpose of judgment, right, principles ruling in judgment



*Sevgili eşim Handenur ve canım kızlarım Fatma Sena ve Ayşe Betül'e*



## TEŞEKKÜR

Elinizde yer alan bu çalışma, bir akademisyen adayının emekleme ürünüdür. Kimi zaman uykusuz gecelere, kimi zaman bitap gündüzlere mâl olmuş olsa da tamamlanmış olmasından duyduğum saadeti tarife kelimeler kifayet etmez.

Bu tezin hazırlanmasında şükranlarımı sunmam gereken pek çok kişi var. Ancak öncelikle bu yoğun ve yorucu süreçte tez danışmanım olmasının çok ötesinde, örnek kişiliği, ufuk açan fikirleri, hayata dair düşünce ve tavsiyeleri ile benim gibi mesleğinin henüz ilk demlerini yaşayan pek çok akademisyenin yolunu aydınlatan kıymetli hocam Prof. Dr. Ali Şafak BALI'ya minnet duygularımı sunarım. Akademik hayatımın ilk gününden itibaren gerek idareci gerekse hocalık yönüyle eşine ender rastlanan tevazusu ve sıcakkanlılığı bu mesleği benimsememe vesile olmuştur. Kendisine yoğun tez sürecim boyunca şahsıma karşı göstermiş olduğu anlayış ve sabır için ayrıca teşekkür ederim.

Tezimin kaynaklarının zenginleştirilmesinde tavsiyeleri ile yardımcı olan Yrd. Doç Dr. Altan Fahri GÜLERCİ'ye ve savunma aşamasında yoğun iş yüküne rağmen tezimi okuyarak değerli tavsiyelerde bulunan Yrd. Doç. Dr. Ayşe KILINÇ'a müteşekkirim.

Manevi desteklerini hep yanımda hissettiğim ve bu yolda omuz omuza yürüdüğüm kardeşlerim Ar. Gör. Şafak ORHAN ve Ar. Gör. Uğur Cem TÜRKER'e, tezimin çilesini benimle birlikte çeken Ar. Gör. Nilay ERDOĞAN'a ve Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki meslektaşlarıma en samimi teşekkürlerimi sunarım.

Tezim boyunca zaman ayıramadığım, varlıklarıyla manevi desteklerini hep yanımda hissettiğim sevgili eşim Handenur ÖZDEN ile biricik kızlarım Fatma Sena ÖZDEN ve Ayşe Betül ÖZDEN'e minnettarım.

Varlık sebebim kıymetli validem Fatma ÖZDEN ile muhterem babam Zeki ÖZDEN'e bu günlere gelmem de göstermiş oldukları özveri için teşekkürü bir borç bilirim

## İÇİNDEKİLER

İNTİHAL.....	iii
ÖZET .....	iv
ABSTRACT .....	vi
TEŞEKKÜR .....	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiv
GİRİŞ .....	xvi

## BİRİNCİ BÖLÜM

### YARGILAMA KAVRAMI

1. YARGILAMANIN ANLAMI.....	1
1.1 Terim, Kavram ve Tanım.....	1
1.2 Yargılamanın Tarihsel Süreçte Varoluş Biçimleri .....	4
1.2.1 Sümerlerde Yargılama.....	6
1.2.2 Babil İmparatorluğu'nda Yargılama.....	7
1.2.3 Eski Mısır'da Yargılama .....	8
1.2.4 Hititlerde Yargılama.....	9
1.2.5 Antik Yunan'da Yargılama.....	10
1.2.6 Eski Türk Toplumlarında Yargılama.....	11
1.2.7 Roma İmparatorluğu'nda Yargılama.....	12
1.2.8 Ortaçağ Avrupa'sında Yargılama.....	13
1.2.9 İslam Hukukunda Yargılama .....	14
1.2.10 Klasik Dönem Osmanlı Devletinde Yargılama.....	15
1.3 Yargılamanın Ontolojik Anlamı.....	16
1.4 Yargılamanın Sosyolojik Anlamı.....	18

1.4.1	Genel olarak.....	18
1.4.2	Toplum Vicdanındaki Reaksiyonun Giderilmesi .....	19
1.4.3	Cezalandırma Düşüncesi Bakımından.....	20
2.	HAK ARAMA, DEVLET ve YARGILAMA .....	21
2.1	Devlet ve Yargılama İlişkisinin Niteliği.....	21
2.2	Yargılamanın Konusu Olarak Hak Kavramı ve Hak Kavramının Devletle İlişkilendirilmesi .....	23
2.3	Hak Kavramının Tarihsel Süreçte Algılanma Biçimleri .....	23
2.3.1	İlk Çağ Tabii Hukukunda ve Roma Hukukunda Hak Kavramı .....	23
2.3.2	Ortaçağ Skolâstik Felsefesinde Hak Kavramı.....	24
2.3.3	Yeniçağda Hak Kavramı .....	25
2.3.4	Freidrich Carl von Savigny ve Bernard Windscheid İradenin Gücü Teorisi ....	26
2.3.5	Hak: Hukukça Korunan Menfaat (Rudolf von Jhering 1818-1892).....	27
2.3.6	Varsayım Olarak Hak Kavramı.....	28
2.3.7	Hukuki Pozitivist Açından Hak Kavramı .....	28
2.3.8	Amerikan Realizmi Açısından Hak Kavramı .....	29
2.3.9	İskandinav Realizmi Açısından Hak Kavramı .....	30
2.4	Hak İhlalinin veya Norma Aykırılığın Belirleyicisi Olarak Devlet .....	31
2.5	Yargılamanın Devlet İktidarı Dışındaki Varoluş Biçimleri.....	32

## İKİNCİ BÖLÜM

### YARGILAMANIN AMACI

1.	HUKUKUN VE YARGILAMANIN AMACI ÜZERİNE.....	36
2.	YARGILAMANIN AMACINA İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER .....	39
2.1	Sübjektif Hakların Korunması veya İhkâk-ı Hakkın Önlenmesi Amacı.....	39
2.2	Objektif Hukukun veya Hukuk Düzeninin Gerçekleştirilmesi Amacı.....	40
2.3	Kesin Hükme Varma Amacı .....	42
2.4	Hukuk Barışının Sağlanması Amacı .....	44
2.5	Adaletli Karar Verme Amacı .....	45

3. MADDİ GERÇEĞE ULAŞMA AMACI .....	47
3.1 Gerçek Kavramının Niteliği.....	48
3.1.1 Mahkeme Kararının Dayandığı Gerçek Kavramı .....	48
3.1.2 Maddi Gerçek-Mutlak Gerçek İlişkisi.....	49
3.1.3 Maddi Gerçek-Şekli Gerçek Ayrımı .....	50
3.1.4 Gerçeğe Ulaşma Amacının Adaletli Karar Verme Amacı ile Olan İlişkisi .....	52
3.2 Maddi Gerçeğe Ulaşma Amacı Bakımından Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemleri.....	53
3.2.1 Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Kavramları .....	53
3.2.2 Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemlerinin Türkiye’de ve Dünyada Uygulanış Şekilleri .....	54
3.2.3 Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemlerinin Olumlu ve Olumsuz Özellikleri .....	56
3.2.4 Farklı Yargılama Usullerinin Maddi Gerçeğe Ulaşma Amacı Üzerindeki Etkisi .....	57
3.2.5 Farklı Yargılama Usullerinde Yargılama Aktörlerinin Maddi Gerçeğe Ulaşma Amacına Etkisi .....	59
3.3 Maddi Gerçeğe Ulaşma Amacı ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ....	63
3.3.1 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Kavramı .....	63
3.3.2 Amaçsal Açıdan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları .....	64

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İLKELER İŞIĞINDA MADDİ GERÇEĞE ULAŞMA AMACININ İNCELENMESİ

1. Tarafların Dava Konusu Uyuşmazlığa Hâkimiyeti ve Maddi Gerçeğe Ulaşma ....	66
1.1 Medeni Yargılama Usulünde Tasarruf İlkesi.....	66
1.2 Ceza Yargılamasında Muhakemenin Mecburiliği İlkesi .....	69
1.3 İdari Yargılama Usulünde Tasarruf ve Yazılılık İlkeleri.....	70
2. Dava Malzemelerinin Mahkemeye Sunulması ve Maddi Gerçeğe Ulaşma .....	71
2.1 Medeni Yargılama Usulünde Dava Malzemelerinin Taraflarca Getirilmesi İlkesi.....	71
2.2 Ceza Yargılamasında Araştırma Mecburiyeti İlkesi .....	72

2.3 İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi .....	74
3. Muhakemenin Devamlılığı ilkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma .....	76
4. Dava Malzemelerinin Mahkemeye Sunulması ve Maddi Gerçeğe Ulaşma .....	77
4.1 Medeni Yargılama Usulünde Teksif İlkesi .....	77
4.2 Ceza Yargılamasında ve İdari Yargılama Usulünde Delillerin Her Aşamada İleri Sürülebilmesi .....	78
5. İspat Sorunu ve Maddi Gerçeğe Ulaşma .....	79
5.1 Medeni Yargılama Usulünde Kanuni Delil .....	79
5.2 Ceza Yargılamasında Şüpheden Sanığın İstifade etmesi.....	80
5.3 İdari Yargılama Usulünde İdarenin İspat Yükümlülüğü .....	80
6. Aleniyet İlkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma .....	81
7. Hâkimin Hukuku Görevinden Ötürü Uygulaması (Iura Novit Curia) İlkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma.....	81
8. Adil Yargılanma İlkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma .....	82
9. Usul Ekonomisi İlkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma .....	84
SONUÇ .....	86
KAYNAKÇA .....	92

## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>A.g.e.</b>	: Adı Geçen Eser
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CMK</b>	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>E.</b>	: Esas Numarası
<b>ed.</b>	: Editor
<b>Haz.</b>	: Hazırlayan
<b>HMK</b>	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK</b>	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>Hz.</b>	: Hazreti
<b>İ.Ö.</b>	: İsa'dan Önce

<b>K.</b>	: Karar Numarası
<b>LAÜ</b>	: Lefke Avrupa Üniversitesi
<b>m.</b>	: madde
<b>MK</b>	: 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>M.Ö.</b>	: Milattan Önce
<b>No</b>	: Number
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TAAD</b>	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>TCK</b>	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
<b>TDK</b>	: Türk Dil Kurumu
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Vol.</b>	: Volume
<b>yuk.</b>	: Yukarıda
<b>yy.</b>	: Yüzyıl

## GİRİŞ

Bu çalışma, yargılama sonunda verilecek hükümlerle adaletle ulaşmanın mümkün olabilmesi için dava konusu uyuşmazlığın maddi gerçeğe uygun bir şekilde ele alınması gerekliliğinin, Türk yargılama usulü bakımından farklı yargı kollarındaki uygulamasını incelemek amacıyla matuf olarak hazırlanmıştır.

İlk insan toplumundan günümüze insanoğlunun birbirleri ile olan ilişkilerinde aradığı gerçeklik adalet duygusu olagelmıştır. Gerçekten adalet, yerini bulduğunda insanı teskin eden bir his olarak da tanımlanabilecek bir yapıya sahiptir. Bu anlamda adil olmayan bir söz, eylem, davranış, tutum veya kararın insanda bıraktığı ilk tesir, öfke ve hayal kırıklığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Halen dünya üzerinde görülen ve çoğu kez insanların çok farklı argümanlarla açıklamaya çalıştıkları savaş, karışıklık ve benzeri içtimai hadiselerin kökeni incelenecek olursa, karşımıza adil olmayan bir hâle gösterilen öfkenin çıkacağı muhakkaktır. Bu hadiseleri nihayete erdirmenin de kanaatimizce tek yolu insana dair her alanda adil olmaktan başkası değildir.

Adalet, özellikle insanlar arasında işleyen düzenin bozulduğu, haksızlığın var olduğu ve uyuşmazlığın çıktığı anda yeniden tesis edilmesi gereken bir değerdir. İnsanlık tarihi dikkatle incelendiğinde aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların bu uyuşmazlığı çözmek için farklı yöntem ve usullerle dahi olsa üçüncü bir kişiden eski tabirle istimdâd eyledikleri görülür. Sosyal düzen kuralları olarak isimlendirilen kurallar çerçevesinde yürüyen ilişkilerin artık onarılamaz şekilde bozulduğu an devreye hukuk girmiş ve uyuşmazlık, bozulan düzeni eski hâline getirmesi için insanlarca tarafsız, saygın ve emin olarak kabul edilen bir kişi tarafından, uyuşmazlığın taraflarınca boyun eğilen kurallara göre sonlandırmıştır.

Yargılama kurumu, tam da bu noktada karşımıza çıkar. Tarih sahnesinde kimi zaman saygın bir aile büyüğü, kimi zaman bir aşiret lideri, kimi zaman dini bir figür, kimi zamansa kral veya imparator gibi yönetici sıfatlarıyla yer alan yargılama makamının kendisi de toplum tarafından uyulması gerektiğine inanılan kurallarla bağlı olmuştur. Bu



kuralların belirmesinde toplumsal birikimi oluşturan kültür öğeleri önemli yer tutar. Hiç şüphesiz ilgili kültürel olgulardan en önemlisi ise din kuralları olmuştur. Yargılamanın tarihi incelendiğinde hem yargılamayı yapacak kişinin belirlenmesinde hem de yargılamaya kaynaklık edecek kuralların tespitinde din olgusunun önemli rolü inkâr edilemez.

Modern devlet teşkilatı ve teorisi bakımından yasama ve yürütmeye birlikte üç temel sacayağından biri olarak kabul edilen yargı, kurumsal bir yapıya bürünmeden çok önce de, bağımsızlığına özen gösterilen bir toplumsal olgu olarak insanlık tarihinde yer edinmiştir. Tarihsel süreçte bütün erkleri kendisinde toplayan yöneticiler var olmuş hatta bazen bu yöneticilerin bizatihi kendilerine tanrısallık atfedilmiş olsa da, çoğunlukla dini ve kimi zaman dinle birlikte içtimai kurallarla, bu yöneticiler denetlenmiş, kutsala ve toplumsal olana aykırı davranan yönetim şekilleri ve yöneticiler kalıcı olamamışlardır.

18. yy dan itibaren bilim ve sanat başta olmak üzere dünyayı açıklama iddiasında olan her alanda insan merkezci (antroposantirik) yaklaşımın egemen olmasıyla, insan iradesinin hukuku da biçimlendirebileceği kabul edilmiştir. Hukukun insan iradesine teslimi ve anayasacılık hareketleriyle birlikte yasa koyucular insana dair her alanı pozitif hukukun içine dâhil etmişler, daha önce örf-adet, ahlak ve din gibi sosyal düzen kurallarının kapsamında kalan alanlar oldukça daralmıştır. Bu durumun yansıması olarak insanlar arasında kamuyu ilgilendirmeyen, cezalandırma ve haksızlığı giderme gibi amaçlara yönelik olmayan uyuşmazlık alanlarına da modern devletin el attığını görmekteyiz. Esasen ideolojilerin insanı şekillendirme, hukuk yoluyla makul ve makbul vatandaş yaratma arzusunun bir sonucu olarak ortaya çıkan medeni ilişkilerin legalizasyonu, hukukun doğası gereği mütemmim cüzü olan yargılama usul kurallarında da kendini hissettirmiştir.

Geçtiğimiz birkaç yüzyıl içinde devlet eliyle görülen yargılamanın içine dâhil edilen beşeri ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan yargılama kurallarının, çoğunlukla uyuşmazlıkları makul sürede sonuçlandıramadığı ve taraf ihtiyaçlarını karşılamadığı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle devlet, son yıllarda medeni yargılama alanını alternatif uyuşmazlık çözüm yolları vasıtasıyla daraltmaya çalıştığı gözlenmektedir. Özellikle ülkemizde arabuluculuk ve tahkim kurumlarına işlerlik kazandırmaya yönelik çalışmalar göze çarpmaktadır.

En yalın ifadesiyle yargılama adalete ulaşmak amacıyla yapılan bir faaliyettir. Uyuşmazlığın taraflarını ortak bir çıkar etrafında uzlaştırmak kaygısını gütmeyiz. Belirli hukuk kurallarını kullanarak ve haksızlık yapanı cezalandırarak bozulan toplumsal düzeni tekrar sağlar. Bu sayede bireylerin haksızlık karşısında öç alma duygusunu bastırır. Adil bir karara ulaşmanın öncelikli şartı ise yargılama konusu uyuşmazlığın yargılama makamının önüne maddi gerçeğe uygun bir şekilde konmasıdır.

Bu çerçevede tezimizin temel iddiası, hukuki uyuşmazlıkların mahkemeler eliyle çözümlenmesi süreçlerinde, anlaşmazlık konusu olayın, başka bir söyleyişle, maddi gerçeğin açığa çıkarılmamasının, yargılamanın amacının gerçekleşmesine, yani adaletin tesis edilmesine imkân vermediğidir. Bu iddia tezimizde Türk Hukuku açısından ele alınacak ve özellikle özel hukuk yargılama usulü bakımından, İdari ve Ceza yargılamalarına kıyasla test edilmeye çalışılacaktır. Temellendirilmesinde, ağırlıkla bu konudaki yerli ve yabancı dildeki literatür ile mevzuattaki ilgili hükümler değerlendirilecek ve ayrıca bazı örnek yüksek mahkeme kararları tartışma konusu yapılacaktır.

Bu amaçla, tezin ilk bölümünde yargılama kavramının mahiyetini değerlendirmeye çalıştık. Bu kapsamda yargılamanın etimolojik, teorik, ontolojik ve sosyolojik anlamları değindikten sonra, yargılamanın tarihte yazılı kaynaklarına ulaştığımız ilk medeniyet olan Sümerlerden, klasik dönem Osmanlı Devletine kadar olan süreçte belli başlı medeniyetlerdeki yargı ve yargılama kavramları hakkında bilgi verdik.

İlk bölümün sonunda ise yargılamanın konusu olarak hak kavramını ve hak kavramının son yüzyıllarda devletle kurulan bağına izah etmeye çalıştık. Bu izahın önemi şudur ki hak kavramı, hem haksızlık olgusunun açıklamasına temel teşkil etmesi hem de yargılamanın konusunun tespiti bakımından mühim bir yer tutar. Devlet müessesesinin ve insan iradesinin hak kavramının belirleyicisi olması ise yargılama kavramını da dolaylı olarak şekillendirmesi sonucunu doğurur. Şu an galat-ı meşhur olarak sadece devlet erkinin bir faaliyeti şeklinde algılanan yargılamanın, ilgili tarihsel süreçler ışığında ne olduğunun tespiti için hak kavramı üzerinden hareket edilmiştir.

İzleyen bölümün ilk kısmında yargılamanın amacına ilişkin ileri sürülen, subjektif hakların korunması ve ihkâk-ı hakkın önlenmesi amacı, objektif hukukun veya hukuk düzenin gerçekleştirilmesi amacı, kesin hükme varma amacı, hukuk barışının sağlanması amacı ve nihayet sayılan diğer tüm amaçların kendisine dayanak teşkil ettiği adaletli karar

verme amacına yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur. Akabinde tezimizin özünü oluşturan maddi gerçeğe ulaşma amacı, gerçek kavramı hakkında verilen ön bilgiler ekseninde değerlendirilmiştir.

İkinci bölümün son kısmında ise maddi gerçeğe ulaşma amacının farklı yargılama usullerindeki varlığına ilişkin yapacağımız araştırmanın ön hazırlığını teşkil etmek üzere yargı birliği ve yargı ayrılığı sistemleri incelenmiş, akabinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kavramı açıklanarak maddi gerçeğe ulaşma amacı olmayan hallerde yargılamanın yerine ikame edilen usuller hakkında bilgi verilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünü ise ilkeler ışığında maddi gerçeğe ulaşma amacı teşkil etmektedir. Bu bölümde özel hukuk yargılaması usulü ve ceza yargılaması usulüne egemen olan ilkeler mukayeseli bir şekilde incelenerek, söz konusu ilkelerin maddi gerçeğe ulaşma amacına uygun olup olmadıkları hakkında değerlendirme yapılmıştır. Özellikle tasarruf, dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ve teksif gibi özel hukuk yargılaması usulünün ana karakteristiğini yansıtan ilkelerin maddi gerçeğe ulaşma amacına ne ölçüde uyum sağladığı hususu üzerinde durularak, ilk iki bölümde yargılama kavramının muhtevasına ilişkin yapılan izahatla mevzubahis ilkeler arasında bağ kurulmaya çalışılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### YARGILAMA KAVRAMI

#### 1. YARGILAMANIN ANLAMAMI

##### 1.1 Terim, Kavram ve Tanım

Yargılama kavramının eski tabirle efrâdını câmi, ağyarını mâni bir tanımını yapmak gayet zor bir iştir. Zira semantik açıdan yargılama bir değer hükmü üzerine inşa edildiğinden ancak belirli nitelikleri ya da tarihi, sosyolojik yahut antropolojik anlamı bakımından tavsif edilebilir. Nitekim sözlükte yargılama “*Herhangi bir kimse, şey konu vb. ile ilgili olumlu veya olumsuz görüş belirtmek*”<sup>1</sup> şeklinde tanımlanarak kelimenin muhtevî olduğu değer atfetme yönü vurgulanmıştır. Diğer bir tanımda ise “*Bizi bilinenden bilinmeyenin çözümüne götüren fikri faaliyet*”<sup>2</sup> ifadeleri kullanılarak, muhakeme sonunda değer atfedilen olgunun, başta bilinmez durumda bulunması öne çıkarılmıştır.

Yargılamanın teorik anlamına geçmeden evvel yargılama kelimesi üzerinde yürütülen terim tartışmasına açıklık getirmek gerekir. Yargılama eski dilde muhakeme kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Sıklıkla sözlüklerde iki kelimenin birbiri yerine kullanıldığı da görülmektedir. Nitekim Türk Dil Kurumu sözlüğünde yargılama kelimesi, muhakeme kelimesine yollama yapılmak suretiyle “*Birbirine karşı olan iki tarafı dinleyerek bir yargıya varma, yargılama*” olarak ifade edilmiştir. Kelimenin ikinci anlamı olarak ise “*Bir konuyu zihinde iyice düşünüp inceleyerek karar verme, akıl süzgecinden geçirme, usa vurma, uslamlama*” tanımı verilmiştir. Yılmaz, muhakemeyi “*mantığa vurma,*

---

<sup>1</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5763b2b3d01b08.05886476](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5763b2b3d01b08.05886476) E.t. 17.06.2016, TDK sözlüğünde yargılama kelimesi, muhakeme kelimesine yollama yapılmak suretiyle “*Birbirine karşı olan iki tarafı dinleyerek bir yargıya varma, yargılama*” olarak tanımlanmıştır. Kelimenin ikinci anlamı olarak ise “*Bir konuyu zihinde iyice düşünüp inceleyerek karar verme, akıl süzgecinden geçirme, usa vurma, uslamlama*” tanımı verilmiştir.

<sup>2</sup> Altay Şakir / Keskin Veli, Hukuki ve Sosyal Terimler Sözlüğü, Ankara 1969, s. 225.

*hüküm verme yargılama yapma karşılıklı iddia ve savunma sahiplerini dinleyerek onlar arasındaki uyuşmazlığı çözümlene işi; sonuca varmak için yapılan ussal işlem*” olarak tanımlamıştır<sup>3</sup>. Yargılama kelimesinin İngilizce karşılığı olarak karşımıza çıkan *trial* şekli hukuk anlamında mahkeme önünde gerçekleşen bir faaliyet<sup>4</sup>, *judgement* kelimesi ise muhakeme, hüküm ve düşünce anlamlarında kullanılmaktadır<sup>5</sup>.

Muhakeme kelimesinin amaçsal açıdan yorumlanmasıyla farklı tanımlamalar yapmak mümkün olur. Buna göre muhakeme, bozulan “*toplumsal düzenin yeniden tesis edilerek uyuşmazlıkların çözülmesi ve hukuken son sözü söyleme*” olarak tanımlanabileceği gibi<sup>6</sup>, “*hakların belirlenmesi ve teslim edilmesi suretiyle adaletin kurumsal olarak tesis edilmesi için yapılması gereken tüm eylemler ve işlemler*” olarak da tanımlanabilir<sup>7</sup>. Ceza yargılaması bakımından muhakeme kelimesi suç temelli olarak ele alınmıştır. Örneğin Centel/Zafer muhakemenin konusunu “suç oluşturan eylemlerin ve bunları yapanların ortaya çıkarılması, failerin yargılanması ve bir sonuca ulaşılması<sup>8</sup>” olarak ifade ederken Öztürk, ceza muhakemesini “bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse bunun kim tarafından işlenmiş olduğu ve yaptırımının ne olacağı sorununa çözüm getirmek amacıyla, kural olarak, CMK’ya göre gerçekleştirilen iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyet” olarak tanımlamıştır<sup>9</sup>. İlgili görüşlerin ortak noktası suçun veya daha genel bir ifadeyle hukuk ihlalinin tespiti ve bu ihlali yapanların cezalandırılmasıdır.

Doktrinde terim birliği konusunda bir uzlaşma olmadığı görülmektedir<sup>10</sup>. Örneğin Kunter, kelimenin muhakeme kelimesinin karşıladığı anlamı ihtiva etmediğini, yargılamanın eski dildeki kaza kelimesinin karşılığı olarak kullanılabileceğini ileri sürmektedir<sup>11</sup>. Buna göre muhakeme özellikle ceza yargılaması bakımından iddia,

<sup>3</sup> Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s. 562.

<sup>4</sup> Longman Dictionary of Contemporary English Essex 2006, s.875.

<sup>5</sup> A.g.e., s. 1773.

<sup>6</sup> Balı (2011), s. 58.

<sup>7</sup> Balı (2011), s. 58.

<sup>8</sup> Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s.3.

<sup>9</sup> Öztürk s.33 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu (2009), suç temelli yaklaşımları uyuşmazlık kavramı üzerinden genişleterek tanımlamıştır. s.14.

<sup>10</sup> Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Kırıt Yasemin F. Saygılar/Özaydın Özdem /Akcan Esra Alan/Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013, s.34-35.

<sup>11</sup> Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2009, s.7-8.

savunma ve yargı (kaza) şeklinde üç sacayağından oluşur<sup>12</sup>. Dolayısıyla sadece kaza kelimesi yerine kullanılacak yargılama kelimesinin muhakeme kelimesinin yerine geçemeyeceği ifade edilmiştir<sup>13</sup>. Buna karşılık Selçuk, doğru terim üzerine yazdığı makalesinde yargılama ve muhakeme kelimelerinin eş anlamlı kelimeler olduğundan bahisle aralarında kapsam ve işlem ilişkisi bulunmayacağını, yargılama teriminin bir oluşu değil bir süreci ifade ettiğini belirtmiş, bu nedenle muhakeme teriminin kullanılması zorunluluğunun bulunmadığını ve yargılama teriminin tercih edilmesi gerekliliğini savunmuştur<sup>14</sup>.

Kanaatimizce hukuk gibi yapı taşı kelimeler olan bir alanda, kullanılan her sözcüğü dikkatle ele almak gerekir. Zira bir terimden her hukukçunun farklı bir anlam çıkarması, kavram karmaşasına ve nihayetinde adil olmayan sonuçlara yol açar. Ancak dilin yaşayan bir kurum olması hasebiyle zaman içinde bir kelimeye hukukçular tarafından farklı anlam ve muhteva yüklenebilmesi mümkün olduğundan, dil hassasiyetini göz ardı etmeden de esnek davranılabilir. Biz tez boyunca yargılama ve muhakeme kavramlarını birbirine ikame olacak şekilde ayırım gözetmeksizin kullandık.

Doktrinde yargılama “*objektif hukukun, (maddi hukuk kurallarının) bağımsız hâkimler (mahkemeler) tarafından belli bir olaya uygulanması*” olarak ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Buna göre hâkimin hukuki bir uyuşmazlığın çözümü için soyut hukuk kurallarının yorumlanması ve somut olaya uygulaması şeklinde gösterdiği mantıksal faaliyeti, yargılama olarak kabul etmek gerekir.

Bu minvalde yargılamadan söz edebilmek için uyuşmazlığın yargılama yapan bir makam önünde, önceden belirlenmiş kurallar dâhilinde çözümü gerekir. Teoride yargılamanın soyut hukukun bağımsız hâkimlerce belirli bir olaya uygulanması olarak ifade edildiğine yukarıda işaret etmiştik. Bu tanım yargılamanın maddi hukuk anlamındaki karşılığıdır. Biçimsel anlamda yargılamadan bahsederken ise makam odaklı bir tanıma ulaşılır. Yargılamayı yapan makamın yani mahkemenin yaptığı eylemlere bu anlamda

---

<sup>12</sup> Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013, s.38.

<sup>13</sup> Karşlı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 57.

<sup>14</sup> Selçuk Sami, “Doğru terim “Muhakeme” değil, “Yargılama” dır”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı Prof Dr. Nur Centel’e Armağan,2013, C.19, S.2, s.306-314.

<sup>15</sup> Kuru Baki/Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s.56.

yargılama demek mümkün olur<sup>16</sup>. Şüphesiz biçimsel tanımın bazı mahzurları vardır. Günümüz uygulaması<sup>17</sup> bakımından mahkemeler sadece yargılama yapmadıkları, aynı zamanda idari işler de gördükleri için yargılamaya mahkemenin yaptığı şeydir demek mümkün değildir. Ancak biçimsel kriterin yargısal faaliyetin kaynağını göstermesi bakımından faydası olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır<sup>18</sup>. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu maddi ve biçimsel tanımlara ilave olarak üçüncü bir kıstas daha getirmektedirler. Buna göre muhakeme yaşayan bir varlıktır ve bu varlığın görev şartlarına ve gereklerine uyuşunu düzenleyen hukuk dalına muhakeme hukuku denir<sup>19</sup>.

Yargılamayı yapan kişinin veya daha doğru bir ifadeyle, bir organizasyonun parçası olarak işgal ettiği yer anlamında makamın, sahip olduğu özellikler çoğu zaman yargılama faaliyetinin hukuksallığı ile doğrudan alakalıdır. Uyuşmazlığın tarafları bakımından mevcut normların somut bir anlam kazanması ve muhakeme faaliyetinin “yargılama” olarak anlamlandırılabilmesi, ilgili makama duyulan saygı ve atfedilen kutsallıkla doğru orantılıdır. Tarih boyunca muhakemenin aktif süjesi olarak hâkime tanınan bağımsızlık ve dokunulmazlığın temel hareket noktalarından biri de yargılama makamının, olay ve normdan hüküm çıkarma şeklindeki mantıksal faaliyetini, toplum nezdinde “yargılamaya” dönüştüren psikolojik etkisidir.

## 1.2 Yargılamanın Tarihsel Süreçte Varoluş Biçimleri

Hukukun doğum yeri<sup>20</sup> olarak da isimlendirilen yargılamanın tarihsel süreçte varoluş şeklinden söz ederken, hareket noktası olarak insanoğlunun toplu yaşam tarihini dikkate almak gerekir. Toplu yaşam insana farklı davranış şekillerini ve bu davranışların birlikte yaşamayı mümkün kılıp kılmadığını göstermiştir. İnsanın olağandan farklı olana olumlu ya da olumsuz değer atfetmesi şeklinde gerçekleşen yargılama faaliyeti, hukuksal süreçte insanların birbirlerini ve birbirlerinin davranışlarını değerlendirmeleri şeklinde karşımıza

<sup>16</sup> Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, s.1

<sup>17</sup> Tarihte pek çok medeniyet bakımından yargılama makamını işgal edenlerin aynı zamanda askeri, idari ve dini görevler de üstlendikleri vakidir. Örneğin Osmanlı Devleti uygulamasında Kadıların aynı zamanda Pazar yerlerini denetlemek gibi idari görevler de üstlendiği görülmektedir.

<sup>18</sup> Kalabalık Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Konya 2013, s. 13.

<sup>19</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu (2009), s.14.

<sup>20</sup> Öktem Niyazi/Türkbağ Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul 2012, s.259.

çıkılmaktadır<sup>21</sup>. Bu değerlendirmeler neticesinde iyi, kötü, adil olan, olmayan, gibi değer yargıları hukuksal bir anlama bürünmekte diğer bir ifadeyle sosyal düzenin sağlanması, izin verilen ve verilmeyen davranışlar bakımından hukuksal yargılamanın temel çekirdeği olarak belirmektedir<sup>22</sup>.

Kurumsal olarak bir yargılama müessesesinin teşekkülünden önce, yargılama kavramı sosyal düzen ve hak kavramları üzerinden açıklanabilir. Bir hakkın ihlali veya düzen bozan davranışın ortaya çıkmasının akabinde hakkı ihlal edilen taraf, ihkâk-ı hakka muktedir değilse sığınacağı yapı başta din ve akrabalık ilişkileri olmak üzere sosyal kurumlardır. Başka bir ifadeyle hukuksallığın ve buna bağlı olarak yargılamanın başlangıçta varoluş şeklinin, şu an yaşayan kabile toplumları üzerinde yapılan çalışmalardan<sup>23</sup> hareketle, dini<sup>24</sup> özellikler gösteren sosyal düzen kurallarından neşet etmiş olduğu, en azından hukuk normlarının din kuralları ekseninde üzerine inşa edildiği ifade edilebilir<sup>25</sup>. İlk insan toplumlarında sosyal düzenin kurucu unsuru olarak “tabu”nun ihlal edilmesi ile deprem, sel, kuraklık gibi doğal olaylar arasında bağlantı olduğu, emredici normun ve yasaklı davranışın oluşumunda ise bu mistik anlayışın tesiri izlenmiştir<sup>26</sup>. Yargılamanın bir takım dini ritüellere tabi olduğunu, yargılamayı yapan makamın da ya bizzat din adamı ya da meşruiyetini dinden alan bir yönetici olduğunu görmekteyiz<sup>27</sup>. Aşağıda tarih boyunca belli başlı medeniyetlerde hukuk ve yargılamaya ilişkin bazı veriler incelenecektir.

---

<sup>21</sup> Değer yargılarının sosyal olgulardan çıkarılması, hem zaman ve mekân hem de farklı toplumsal bileşenler bakımından rölâtif olması sebebiyle pozitif bilim açısından mantıklı görünmemektedir. Gürkan Ülker, *Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi*, Ankara 1999, s.20. Bununla birlikte her toplum ve her zaman diliminde bazı temel hukuki kurumların bazı temel değerler üzerinden açıklanabilmesi değer meselesinin rasyonel boyutuna işaret etmektedir.

<sup>22</sup> Can Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara 2011, s.12; Balı Ali Şafak, *Hukuk, Toplum, Siyaset Üzerine Söyleşiler*, Konya 2011, s.156.

<sup>23</sup> Gluckman Max, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Oxford 1965, s.216-268.

<sup>24</sup> Din kavramını burada büyü, totem ve sihir gibi doğüstü olguları kapsar şekilde ele aldık. Din olgusunun farklı algılanış şekilleri ve sosyolojik yaklaşım için bkz. Capps Walter H., “Society and Religion”, *Encyclopedia of Religion*, ed. M.Eliade, Newyork 1987, C.13, s. 375- 385.

<sup>25</sup> Can (2011), s. 12; Balı (2011), s. 156.

<sup>26</sup> Delice Aslan, *Antropoloji Penceresinden Hukuk: Basit Toplumlarda Akrabalık İktidar ve Çıkar İlişkileri*, s.104.

<sup>27</sup> Gluckman (1965), s.216 vd. *Hukukun ve buna bağlı olarak yargılamanın ilkel toplumlar bakımından din ile olan bağlantılarını anlatan örnekler için bkz.* Özcan Mehmet Tefik, *İlkel toplumlar toplumsal kontrol*, İstanbul 2012, s.301 vd. Özcan Ashanti toplumu bakımından diğer ilkel topluluklardan farklı olarak dinsel kut-törenselle inançların iktidar sistemiyle bütünleşik olduğunu, dinsel ögenin Ashanti toplumunda “*siyasal iktidarın meşruluk ideolojisi işlevi*”ni de yüklendiğini ifade etmektedir. s.319 İlkelerde yargılamanın farklı bir görünüm biçimi olan arabuluculuk kurumu ve arabulucuda aranan şartlardan biri olarak *dindar* olması hususunda bkz. Roberts Simon, *Hukuk Antropolojisine Giriş*, Çev. A. Erkan Koca, Ankara 2010, s.70-75.



### 1.2.1 Sümerlerde Yargılama

Tarihsel süreçte ilk çağda hukuka ve yargılamaya ilişkin ilk bilgilere Sümer ve Mısır medeniyetlerinden kalan kil tabletler ve papirüsler üzerinden ulaşmaktayız. Sümerler insanlık tarihinde siyasi düşünce, din, hukuk gibi sosyal kurumların ve dolayısıyla uygarlığın ilk olarak ortaya çıktığı medeniyettir<sup>28</sup>. Sümerler ilk kez Fırat ve Dicle nehirleri arasına yerleştiklerinde, göç ettikleri yerlerin dağlarına benzettikleri tapınakları *zigguratları* inşa etmişler, şehirler bu tapınakların etrafında teşekkül etmişti. Şehri bu tapınakların ve şehrin sahibi sayılan tanrılar adına yönetenler ise rahipler sınıfı olmuştur<sup>29</sup>. Zaman içinde askerler yönetimi ve tanrılar adına yasa yapma ve yargılama yetkisini rahiplerin elinden almıştır.

Sümerlerde hukuksal olanın tespitinde, kutsal sayılana ve tanrı iradesine aykırı olanın cezalandırılması düşüncesi yatmaktadır. Nitekim Sümer kaynaklarında Tanrı, insanların yaptıkları hoşuna gitmediğinde cezalandırdığı, bu nedenle cezalandırma şeklinde algılanabilecek bir doğa olayının hukuki emir ve yasak kavramına öncülük ettiği söylenebilir<sup>30</sup>. Sümerler aile hukukundan, mirasa, ceza hukukundan idareye varıncaya kadar kendisinden sonra gelen medeniyetleri etkilemişlerdir. Elimizde Sümerlerden kalan anlaşmalar, kontratlar, vasiyetnameler, makbuzlar ve mahkeme kararları başta olmak üzere pek çok hukuki belge ve kaynak ile tarihte bilinen en eski kanunlar bulunmaktadır<sup>31</sup>. Sümer Kanunlarının Babil Kralı Hammurabi'nin yaptığı kanuna temel teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

Dünya tarihi bakımından elimizde bulunan ilk mahkeme kararı M.Ö 1850 yılına tarihlendirilen ve literatürde “susan kadın olayı” olarak bilinen vakaya ilişkindir<sup>33</sup>. Kral Ur-

<sup>28</sup> Şenel Alaeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, Ankara 1995, s.40.

<sup>29</sup> Şenel (1995), s.46.

<sup>30</sup> Çığ Muazzez İlmiye, Kur'an İncil ve Tevrat'ın Sumerdeki Kökeni, İstanbul 2005, s.15.

<sup>31</sup> Kramer S.N., Tarih Sumerde Başlar, Çev. Muazzez İlmiye Çığ, Ankara 1998, s.46.

<sup>32</sup> Çığ (2005), s.19.

<sup>33</sup> Kramer (1998), s. 46.

Ninurta zamanında geçen olayda bir tapınak memuru, üç kişi tarafından öldürülmüş, katiller maktulün karısına kocasını öldürdüklerini söylemişlerdir. Maktulün karısı yetkili mercilere haber vermek yerine susmayı tercih etmiş, olayın açığa çıkması üzerine başkent İsin’de oturan Kral Ur-Ninurta, olayın geçtiği kent olan Nippur’daki adalet mahkemesi halk kuruluna olayı araştırma görevi vermiştir. Nihayetinde on bir üyeli kurulun dokuzu kadının susarak suça iştirak ettiğini ve cezalandırılması gerektiğini iddia ederken, iki üye ise kadının cinayete katılmadığı gerekçesiyle ceza almaması yönünde görüş bildirmiştir. Sıkı geçen tartışmalar neticesinde maktulün karısına iyi bakmadığı da göz önüne alınarak “susan kadın” a ceza verilmemiş sadece üç katil cezalandırılmıştır. Bu mahkeme kararı, Sümer medeniyetinde yargılama yapan makamı (üyeleri halktan seçilen adalet mahkemesi) ve bir anlamda temyiz merciini (Kral) göstermesi bakımından değerlidir. Ayrıca bu karardan Sümerlerin yargılamanın amacı olarak adaletle ulaşmayı benimsedikleri anlaşılmaktadır.

### 1.2.2 Babil İmparatorluğu’nda Yargılama

Şehir devletlerinden imparatorluklara geçiş aşamasında karşımıza Babil devleti çıkmaktadır. Sami ırkına mensup Babil toplumu işgal ettikleri coğrafyanın kadim medeniyeti Sümerlerin derin izlerini taşımaktadırlar. Babil devleti sıkı bir merkezi otoriteye dayanır. Yargılama kral adına kralın tayin ettiği hâkimler tarafından yapıldı<sup>34</sup>. Bu noktada artık yasa koyma ve yargılama yapma yetkilerinin aynı zamanda asker olan krala ait olduğu görülmektedir<sup>35</sup>. Ancak yasa yapma yetkisini toplumda geçerli olan kuralları ve hâkimlerin uyguladıkları sözlü hukukun kodifikasyonu olarak kabul etmek gerekir<sup>36</sup>. Tartışmasız olan şey şudur ki tarihin herhangi bir döneminde kral olarak isimlendirilen kişiler kimi zaman adaletle olmasa dahi yargılama işinin sahibi ya da

<sup>34</sup> McNeill William H., Dünya Tarihi, çev. Alaeddin Şenel, Ankara 2001, s.65.

<sup>35</sup> Hammurabi kendi ismiyle meşhur yasanın sunuş bölümünde yargılama ve kural koyma yetkisini şu şekilde anlatır “Marduk bana ülkenin insanlarına adalet vermeme ve (onların) bir (iyi) yönetime sahip olmalarını sağlamamı buyurduğunda, ülkenin her yerinde doğruluğu ve adaleti yerleştirdim (ve) halkı gönünlü kıldım” Charles Keith Maisels, Uygarlığın Doguşu, çev. Alaeddin Şenel, (Yakınoğ’da Avcılık ve Toplayıcılıktan Tanıma Kentlere ve Devlete Geçiş) Ankara 1999, s.453, (Driver, G.R. and Miles. J.C. (1952-5) The Babylonian Laws, 1: Commentary, II: Text. Oxford: Clarendon Press. s.13’ten naklen.)

<sup>36</sup> Şenel (1995), s.72.

kaynağı olagelmışlerdir<sup>37</sup>. Babil devletinde hâkimler yargılama yaparken Hammurabi yasa derlemesini kaynak *code* olarak kullanmışlardır<sup>38</sup>.

Babil imparatorluğunun en meşhur hükümdarı olan Hammurabi, ününü borçlu bulunduğu siyah bir stele kazınmış yasalarını imparatorluğa bağlı tüm kentlerde birer örnek olarak diktirmiştir. Hammurabi bizzat kendisi bu durumun sebebini “*Davası olan hatalı bir adam benim adil kral heykelimin önüne gelsin ve yazıtlı stelim ona yüksek sesle okunsun. Değerli sözlerimi dinlesin ve bu stelim davasını açıklığa kavuştursun. Davasını incelesin ve (dertli) yüreğini sakinleştirsin. Desin ki “Hammurabi ... ülkeye adalet getirdi”*”<sup>39</sup> şeklinde açıklamıştır. İki yüz seksen iki maddeden oluşan kanunnamenin önsözünde de belirtildiği üzere yasanın yapılış sebebi adaletin tecelli ettirilmesidir<sup>40</sup>.

Mezopotamya’da mevcut bulunan eski kanunların bir derlemesi niteliğindeki Hammurabi kanunnamesinde ceza hukuku bakımından diğer bütün Sami kavimlerinde olduğu gibi kısasa kısas prensibinin uygulandığı gözlenmektedir<sup>41</sup>. Babil İmparatorluğu’nda Hammurabi Kanunnamesi gibi temel norm hüviyeti gösteren hukuki metinlerin yanında bazen somut olay adaletini gerçekleştirmek amacıyla yönelik olarak Krallık Kararnameleri de çıkarılmıştır. Bazı durumlarda yargıçların krala doğrudan kararname çıkarması için başvurduğu, kralların bu başvurulara aynı durumda bulunan herkese uygulanacak üslup ve yöntemle soyut fermanlar şeklinde cevap verdikleri gözlenmiştir<sup>42</sup>.

### 1.2.3 Eski Mısır’da Yargılama

Eski Mısır medeniyeti incelendiğinde yargılamaya diğer kadim medeniyetlerde olduğu gibi dini motiflerin egemen olduğu görülür. Tanrı kral olan firavunun, yöneticileri ve soyluları hem yaşarken baş tanrı Ra’nın oğlu olmak sıfatıyla, hem de öldükten sonra Tanrı Osiris olarak yargılayacağı inancı hâkimdi. Mezopotamya uygarlığının aksine eski

<sup>37</sup> Sumner Maine Henry, *Dissertations On Early Law And Custom*, London 1883, s.160.

<sup>38</sup> McNeill (2001), s. 55; Şenel (1995), s. 55.

<sup>39</sup> Van De Mieroop Marc, *Antik Yakındoğu’nun Tarihi İÖ 3000-323*, Çev.Sinem Gül, Ankara 2006, s.140.

<sup>40</sup> Memiş Ekrem, *Eskiçağda Mezopotamya (En Eski Çağlardan Asur İmparatorluğu’nun Yıkılışına Kadar)*, Bursa 2007, s.156.

<sup>41</sup> Memiş (2007), s.158.

<sup>42</sup> Bordreuil Pierre / Briquel-Chatonnet Françoise / Michel Cecile, *Tarihin Başlangıçları Eski Yakındoğu Kültür ve Uygarlıkları*, İstanbul 2014, s.183.

Mısır'da bir yasa derlemesi olmamasının sebebi, Mezopotamya'da kralların Tanrı adına yasa çıkarırken Mısır'da firavunun bizatihi Tanrı olmasıdır<sup>43</sup>. Firavun yargılama yetkisini yerel yöneticiler (soylular) eliyle kullanmaktaydı.

Eski Mısır'da yargılamanın halk nezdindeki karşılığına ilişkin etkileyici bir örnek köylü bir kadının yerel yöneticiye hitaben yazdığı dilekçede şu şekilde ifade edilmektedir: “ *Sen öksüzlerin babası, dulların kocası, anaların koruyucususun. Büyük yönetici efendim sen, ülkenle birlikte göğün de efendisisin... İnsanların bütün malları senin. Sen davaları dinlemek, davalılar arasında yargı vermek, hırsızları yargılamak için atandın, Adalet ebedidir... Yakarışımı duy, adaleti yerine getir...*”<sup>44</sup> Dilekçede dikkat çeken hususlardan ilki halk nezdinde yargılamanın amacı olarak adaletin yerine getirilmesinin görülmesidir. Dikkat çeken diğer husus ise yöneticinin adaleti yerine getirmekle görevli olduğundan bahisle meşruyetinin kaynağı olarak adaletin öne çıkarılmasıdır.

#### 1.2.4 Hititlerde Yargılama

Hitit medeniyetinde yargılamanın din kavramı ile sıkı şekilde bağlı olduğu görülür. Ülkedeki en yüksek yargılama görevlisi ve aynı zamanda ilk derece yargılama makamlarının temyiz mercii olan Kral bu görevi Güneş tanrısı adına yerine getirmekteydi<sup>45</sup>. Kral ülkede yönetimi elinde tutan aristokratik “Büyük Aile”nin bir parçası idi. Diğer aristokratik ailelerle birlikte soylular meclisi *panku*'yu oluşturan bu yapının temel görevi Kral da dâhil olmak üzere tüm soyluları yargılamaktı<sup>46</sup>. Bununla birlikte Kral'ın yargılandığına ilişkin elimizde bir kanıt yoktur<sup>47</sup>.

Kadın erkek, güçlü güçsüz, köle hür ayrımı yapılmaksızın herkesin hukuk önünde eşitliği esasına dayalı yargılama yapılan Hitit'lerde<sup>48</sup> yargıçlara bir dava hakkında karar vermeden önce davanın görüldüğü yerin örf ve âdetinin gözetilmesi, Hitit yasaları ile ilgili

<sup>43</sup> Şenel (1995), s.74.

<sup>44</sup> Şenel (1995), s.77.

<sup>45</sup> Doğan Erdal, Hitit Hukuku Belleklerdeki Kayıp, İstanbul 2008, s.75.

<sup>46</sup> Macqueen J.G., Hititler ve Hitit Çağında Anadolu, Çev. Esra Davutoğlu, Ankara 2001, s.84.

<sup>47</sup> Macqueen (2001), s. 84.

<sup>48</sup> Kral II. Tuthaliya'nın yargıçlara yönelik şu emri dikkat çekicidir. “Ülkenin hukuk sorunlarıyla ilgili karar verecek olan sen, kararını iyi ver. Ekmek ve bira uğruna (kararlarını) onun (suçlunun) hanesi biraderi, karısı, bir aile üyesi, sülalesi, hısım ya da dostları lehine çevirme. Karar veremediğin bir davayı efendinin, kralın önüne getir ki kararı kral versin” Doğan (2008), s. 79.

yerin adetlerinin çatışmasından kaçınılması hatta yerel adetlerin uygulanması yargılanan lehine sonuç doğuracaksa Hitit yasaları yerine yerel adetlerin uygulanması emredilmiştir<sup>49</sup>. Bu durum geniş bir coğrafya ve farklı milletler üzerinde hüküm sürmüş olan Hititlerin bir çeşit “çok hukukluluk” esasını da benimsemiş olduklarını gösterir.

### 1.2.5 Antik Yunan’da Yargılama

Antik Yunan polislerinde tiranlıktan, krallığa ve demokrasiye varıncaya dek süregelen değişik siyasal yönetim şekilleri ve buna bağlı olarak farklı yargılama türlerinden söz etmek mümkündür. Bu polislerin en önemlilerinden Sparta’nın siyasi yapısını meşhur yasa koyucu Lykurgos tarafından belirlenmiştir. Biri başrahiplik diğeri başkomutanlık yetkilerini kullanan iki kral tarafından yönetilen Sparta’da Apella adı verilen halk meclisi tarafından seçilen devlet denetçileri (Ephorlar), kralı yargılama ve tutuklama yetkilerine sahipti<sup>50</sup>. Bir diğeri önemli polis olan Atina’da Yunanlıların büyük yasa koyucularından Solon’dan önce yargılama yetkisi aristokratlardan kurulu bir meclis olan Aeropagus’un elindeydi. Solon devlet kurumlarını koruyan bir yüksek mahkeme ve ceza mahkemesi niteliğini haiz Aeropagus’un yetkilerine dokunmamakla birlikte buna alternatif olmak ve halkın da yargılamaya katılmasını sağlamak amacıyla Heliaia’yı kurmuştur<sup>51</sup>. Otuz yaşını aşan her Atina vatandaşının hâkim veya jüri üyesi olarak katılabildiği Heliaianın önemini Aristoteles şu cümlelerle ifade etmektedir “*Solon’un devlet düzeninde halk hâkimliği en çok su üç direğe dayanmaktadır: Bunların birincisi ve en önemlisi borç için şahısların vücudunun rehin olmasının yasak edilmesidir. İkincisi başkaları haksızlığa uğradıkları zaman herkesin onları koruyabilmesi, üçüncüsü bir memurun verdiği bir karar karşısında yargıya başvurulabilmesidir. En çok bu sonuncusunun, toplumun gücünü artırdığı söyleniyor. Mahkemede reyi elinde tutan halk, devleti de elinde tutuyordu.*<sup>52</sup>”

Eski Yunan kent devletlerinde yargılamanın herhangi bir hukuk eğitimi olmayan vatandaşlar tarafından bir çeşit tiyatro gösterisi şeklinde yapılıyor olması, iyi hatiplerin jüriyi etkileyerek adaletsiz kararlar çıkmasına sebep olduğu iddialarını da beraberinde

<sup>49</sup> Doğan (2008), s.78.

<sup>50</sup> Ağaoğulları Mehmet Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, Ankara 2013, s.25.

<sup>51</sup> Şenel Alaeddin, Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine, Ankara 1970, s.118.

<sup>52</sup> Aristoteles, Atinalıların Devleti, Çev. Suat Yakup Baydur,, Ankara 1943, s.16.

getirmiştir. Nitekim Sokrates Platon'un aktardığı meşhur savunmasının ilk bölümüne, aralarında Aristophanes'in de bulunduğu kişiler tarafından ileri sürülen, laf cambazlığı ve hitabet yeteneği sayesinde ceza almaktan kurtulacağı iddialarına yanıt vererek başlar<sup>53</sup>. Sokrates yargılamanın amacına ilişkin olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının önemini ise “ *Siz asıl benim doğruyu söyleyip söylemediğime bakın, yalnız buna önem verin. Bir yargıcın değeri de zaten bu tutumuyla orantılıdır. Konuşmacınınınki de doğruyu söylemesiyle* <sup>54</sup>” cümleleriyle vurgulamıştır. Antik dönemde sanık, yargılama makamı ile ceza hususunda bir çeşit pazarlık yapabilmektedir. Sokrates'in kendi davasında, yargılamaya “hakikati ortaya çıkarma işlevi” atfetmesi hasebiyle, söz konusu pazarlık meselesine tepki olarak çok düşük miktarda kurtuluş bedeli önerdiği ve bu durum yargılamaya saygısızlık olarak kabul edilerek, kendisinin haksız olduğunu düşünenlerden daha fazla aleyhine oy kullanılarak idama mahkûm olduğu anlaşılmaktadır<sup>55</sup>.

### 1.2.6 Eski Türk Toplumlarında Yargılama

Türklerin göçebe bir toplum olması ve yazılı kaynakların sınırlı olması sebebiyle eski Türk toplumlarında yargılamaya ilişkin elimizde birincil kaynak olarak çok fazla bilgi ve belge bulunmamaktadır. Yazılı kaynaklar Çin medeniyeti gibi komşu medeniyetlerin yazılı eserlerinden ve sınırlı sayıda bulunan yazıtlardan müteşekkildir. Bununla birlikte *töre* olarak da ifade edilen hukuk kuralları güçlü bir sözlü kültür ürünü olarak kuşaktan kuşağa aktarılabilmiştir.

Eski Türk toplumlarında töre üç yolla vücut bulur. İlk olarak Gök Tanrı'dan kut (egemenlik) alan Kağan'ın koyduğu kurallar törenin oluşmasında en sık görülen yoldur<sup>56</sup>. Nitekim Türkçenin bilinen en eski sözlüğü olan Divan-ı Lügati't Türk'te yargılama kelimesinin kökeni olması kuvvetle muhtemel “yarlıg” kelimesinin anlamı, Kağan'ın (Hakan'ın) buyruğu, fermanı olarak ifade edilmektedir<sup>57</sup>. Töreyle belirleyen Kağan yargılamayı da töreye göre yapma yetkisine sahiptir. Çin kaynaklarından elde edilen

<sup>53</sup> Platon, Sokrates'in Savunması, Çev. Nejat Bozkurt, Ankara 2013, s.39-40.

<sup>54</sup> Platon (2013), s.40.

<sup>55</sup> Russell Bertrand, Batı Felsefesi Tarihi İlkçağ, Çev. Muammer Sencer, İstanbul 1996, s.195.

<sup>56</sup> Pamir Aybars, “Orta – Asya Türk Hukukunda “Töre” Kavramı”, AÜHFD, C. 58, S.2, 2009, s. 363.

<sup>57</sup> <http://www.achiq.org/pitikler/dlt---.pdf> erişim tarihi 08.06.2016

bilgiye göre Hunlarda ve Göktürklerde yargılamanın kamu adına yapıldığı görülmektedir<sup>58</sup>. İkincisi yılın belirli zamanlarında mutad olarak toplanan Kurultay'ın almış olduğu kararlarla şekillenen kurallardır<sup>59</sup>. Kurultay bazı hallerde Kağan'ın kural koyma yetkisinin dahi sınırlayabilen önemli bir hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>60</sup>. Son olarak *Yosun Hukuku* olarak ifade edilen ve toplumda kendiliğinden ortaya çıkan hukuk kurallarıdır ki bu kurallar Kağan'ın onayladığı ölçüde geçerli kabul edilmişlerdir<sup>61</sup>.

Göktürk kitabelerinde geçen “ *Onlar Bilge Kağanlar imiş; buyrukları da her halde bilge imişler, bahadır imişler, beyler de ulusu da birbirine uygun imişler. Onun için o ülkeyi o kadar iyi koruyabilmişler, ülkeyi koruyarak kanunları düzenlemişler* ” cümlelerinden de devlet yönetimi ve yargılamada Hakan'ın rolüne ilişkin önemli ipuçlarını bulmak mümkündür<sup>62</sup>. Yerleşik düzene geçen ilk Türk devleti olan Uygurlara gelinceye kadar gelişmiş bir hukuk sistemi ve yargılamasından söz etmek mümkün değildir. Uygurlarda ise pek çok hukuki meselenin taraflar arasında düzenlenen belgeler aracılığıyla ispatlandığı anlaşılmaktadır<sup>63</sup>.

### 1.2.7 Roma İmparatorluğu'nda Yargılama

Tarihsel süreçte hukuku ile kaim olan ve şu an pozitif hukuka temel teşkil eden Roma'da krallık döneminde, kral aynı zamanda yargı yetkisini de kendisinde toplamıştır<sup>64</sup>. Gerektiğinde cezai müeyyideler de uygulayabilen kralın verdiği karar bağlayıcıdır. Roma özel hukukunda yargılama iki temel merhaleden geçmiştir: Uyuşmazlık durumunda devletin tarafları hakem önüne gitmeye mecbur kıldığı ve fakat icra hususunda devletin aktif rol almadığı cebri tahkim dönemi (*ordo iudiciorum*) ve davaların devlet eliyle görüldüğü ve icrasının da yine devlet tarafından yapıldığı dönem (*cognitio extra ordinem*)<sup>65</sup>. Cebri tahkim döneminde hakkının ihlal edildiğini düşünen taraf *magistra*<sup>66</sup>

<sup>58</sup> Üçok Coşkun/ Mumcu Ahmet/ Bozkurt Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1999, s.27.

<sup>59</sup> Pamir (2009), s.366.

<sup>60</sup> Pamir (2009), s.366.

<sup>61</sup> Pamir (2009), s.368.

<sup>62</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt (1999), s.25.

<sup>63</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt (1999), s.32-36.

<sup>64</sup> Tahiroğlu Bülent/ Erdoğan Belgin *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul 2013, s.228.

<sup>65</sup> Karadeniz-Çelebican Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara 2000, s.305-308.

isimli devlet görevlisine gitmekte, magistra ilgiliye dava hakkı verirse taraflar arasında bir tahkim anlaşması yapılarak, dava hakemin önüne gidiyordu. İmparatorluk dönemiyle birlikte artık dava tek aşamada memur sıfatı taşıyan hâkimler eliyle görülmekte ve dava neticesinde kararın icrasını da yine devlet yerine getirmekteydi<sup>67</sup>.

Cumhuriyet döneminde Roma ceza yargılaması bakımından önemli suçlarda Konsüllerin tayin ettiği kimselerin hâkimlik göreviyle vazifelendirildiği anlaşılmaktadır. Devlete müteallik olmayan suçlar bakımından davalara tarihi sırasıyla praetorlar, valiler ve son olarak taraflarca kabul edilen hâkimler bakmışlardır. Yargılama halk huzurunda cereyan eder, hâkim idam cezasına hükmederse sanık halk meclisine istinaf başvurusunda bulunabilirdi<sup>68</sup>. Halk meclisinin, günümüzde bazı Anglo-Sakson hukuk sistemini uygulayan ülkelerde de olduğu üzere hâkimin kararını red ve kabul olmak üzere iki seçeneği vardı. Bu durum Roma'da ceza yargılamasında, yargılamanın amacı bakımından adaleti sağlamanın, halkın vicdani kanaatiyle belirlenebileceğine olan inancı göstermektedir.

### 1.2.8 Ortaçağ Avrupa'sında Yargılama

Ortaçağda hukuk kurallarının ve yargılamanın temel hareket noktası dindir. Batı dünyasında kralın ve/veya feodal yöneticinin yargılama yetkisi dahi papalığın tesiri altındadır<sup>69</sup>. Ortaçağ Batı dünyasında en büyük suçlar dine karşı işlenen suçlar kabul edildiğinden en şiddetli cezalarda bu suçlar için öngörülmüştür. Öte yandan Ortaçağın sonlarına doğru değişen sosyo-ekonomik şartlar ve toplumsal yapı, geleneksel hukuk ve yargılama usullerinin de değişmesini zaruri kılıyordu<sup>70</sup>. Hukuk ve yargılama alanında isteklerini etkili bir şekilde dillendiren grup ise burjuvazidir. Burjuvazinin bu yöndeki en

---

<sup>66</sup> Roma'da krallık devrinden sonra devletin en yüksek makamını işgal eden ve daha sonra *praetor* sıfatıyla kişiler arasındaki ihtilafları halleden konsüle *magistra* denirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz Umur Ziya, Roma Hukuku, İstanbul 1982, s.526-528

<sup>67</sup> Akıncı Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Konya 2013, s.315; Tahiroğlu/Erdoğan (2013), s.232.

<sup>68</sup> Arsal Sadri Maksudi, Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara 1941, s.303-309.

<sup>69</sup> Ortaçağda kilise hukuku ve papalığın hukuki ve siyasi rolü için bkz. Ullman Walter, Law and Politics in the Middle Ages, Cambridge 2008, s.117-161.

<sup>70</sup> Henri Pirenne, Ortaçağ Avrupa'sının Ekonomik ve Sosyal Tarihi, Çev. Özgür Kocabaşoğlu, İstanbul 2009, s.62.



önemli talebi ise daha hızlı bir hukuk sistemi, tesadüflere bağımlı olmayan ispat yolları ve içinde bulunduğu toplumu iyi tanıyan nitelikli hâkimler olmuştur<sup>71</sup>.

Ortaçağ Avrupa'sını diğer zamanlardan ayıran en önemli yargılama usulü engizisyon yargılamalarıdır. Maddi gerçeğe ulaşma bakımından hiçbir sınır tanımayan bu yargılamalarda hem tahkikat aşamasında hem de sanık suçlu bulunduğu hallerde cezalandırma aşamasında akıl almaz işkencelere başvurulmuştur<sup>72</sup>. Aydınlanma çağı ile birlikte ceza yargılamasında sanığa tanınan haklar geçmişte yaşanan engizisyon yargılamalarına duyulan tepkinin ürünüdür.

### 1.2.9 İslam Hukukunda Yargılama

Ortaçağ İslam dünyası bakımından yargılamada asli yetkili devlet reisidir. Hz. Muhammed önüne getirilen davalarda eğer konuya ilişkin vahiy gelmemişse kendi içtihadı doğrultusunda karar vermiştir. Hz. Ömer döneminin sonuna kadar devlet başkanları yargılama yetkisini kendi elleriyle kullansalar da bu yargılama yapmak üzere bir başka görevli atanmasına engel olmamıştır. Nitekim Hz. Muhammed sağlığında ashabından bazı kimseleri yargılama yapmak üzere görevlendirmiştir<sup>73</sup>. Şifahi yargılama usulünün egemen olduğu bu dönemde dava yeri olarak mescitlerin kullanıldığını ve yargılamaya konu olan olayın İslam'ın temel kaynakları olan Kitap, Sünnet ve İctihad esas alınarak çözümlendiğini görüyoruz<sup>74</sup>.

Dört halife dönemi sonrasında halifelik kurumu, Emevi ve Abbasi hanedanları zamanında saltanata dönüşmüştür. İslam devletinin coğrafi sınırlarının genişlemesi ve farklı kültürlerin etkisi hukuki değişim ve farklılaşmayı da beraberinde getirmiştir. Emeviler ve devamında Abbasi Hanedanı devletin kurumsal yapısı ve hukuk sistemi bakımından özellikle Doğu Roma ve Sasani devletinden etkilenmiştir<sup>75</sup>. Kültürel açıdan yaşanan bu gelişmeler beraberinde hukuki değişim ve gelişmeleri getirmiş, Emeviler döneminde pek çok fıkıh ekolü doğmuştur. Selçuklu ve Osmanlı gibi iki büyük Türk

<sup>71</sup> Henri Pirenne (2009), s. 64.

<sup>72</sup> Engizisyonun kökeni, uygulanış metodları ve tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baigent Michael/ Leigh Richard, The Inquisition, London 2000.

<sup>73</sup> Karaman Hayreddin, İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 2012, s.98.

<sup>74</sup> Karaman (2012), s.99.

<sup>75</sup> Ekinci Ekrem Buğra, İslam Hukuku Umumi ve Hususi Hükümler, İstanbul 2016, s.72.

devletinin hukukuna kaynaklık eden Sünni fıkıh ekollerinden Hanefi mezhebinin yargılamaya ilişkin kurallarına, kodifiye edilmiş halde on dokuzuncu yüzyılda Mecelle-i Ahkâm-ı Adli' de rastlıyoruz<sup>76</sup>.

Standart mahkeme salonlarının, kurul halinde görev yapan mahkemelerin ve jürilik sisteminin bulunmadığı İslam hukukunda kadı adı verilen ve kendi mutlak otoritesiyle yargılama yapan bir hâkimin görev yaptığı kadılık mahkemeleri<sup>77</sup> genellikle şehrin merkez camisinde görev yapmışlardır<sup>78</sup>.

### 1.2.10 Klasik Dönem Osmanlı Devletinde Yargılama

Osmanlı Devleti'nde hukuk ve yargılama, kendinden önce tarih sahnesinde yer alan Türk devletlerinin hukuk geleneği ile İslam hukukunun uyumlu birlikteliği şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Şüphesiz Osmanlı Devleti, hüküm sürdüğü uzun zaman diliminde tevarüs ettiği bu iki temel kaynak üzerinde nevi şahsına münhasır düzenlemelere de gitmiştir<sup>79</sup>. Ancak Osmanlı Devletinde uygulamadaki nüanslar, hukukun şer'i yapısına zarar vermemiş, temel esas olarak İslam hukuku geçerliliğini sürdürmüştür<sup>80</sup>.

Klasik dönem Osmanlı Devleti'nde yargılama, ülkenin her yerinde, kaza<sup>81</sup> adı verilen yerleşim birimlere atanan kadılar eliyle gerçekleştirilmekteydi. Kadılık mahkemeleri olarak da isimlendirebileceğimiz ve şer'i usulle çalışan bu mahkemeler her tür uyuşmazlıkların ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktaydılar<sup>82</sup>. Osmanlı Devletinde

<sup>76</sup> Mecelle aslında medeni hukuka ilişkin bir "code" olmasına rağmen pratik kaygılar sebebiyle, Mecelle'nin son bölüm yargılama hakkındaki maddelerden oluşmaktadır. Mecelle' de yargılamaya egemen olan ilkelerin örnekleri için bkz. Armağan Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 2006, s.166-168

<sup>77</sup> Zubaida Sami, İslâm Dünyasında Hukuk ve İktidar, Çev. Burcu Koçoğlu Birinci/Hasan Hacak, İstanbul 2008, s.73

<sup>78</sup> Zubaida, s.76

<sup>79</sup> Konumuzun yargılama kavramının tarihsel süreçte anlaşılma biçimleri olması nedeniyle, 19. Yy Osmanlı Hukukuna temas etmeyeceğiz. Zira Tanzimat Dönemi olarak isimlendirilen ve Batı Hukukunun resepsiyon yolu ile benimsenmesi esasına dayalı bu dönem modern hukuk sistemlerine büyük oranda benzemektedirler.

<sup>80</sup> Koşum Adnan, "Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri", Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 17. Bahar 2004, s.159.

<sup>81</sup> Bugün halen dilimizde ilçe kelimesi ile eş anlamlı olarak kullanılan "kaza" kelimesi kadı atanacak büyüklükteki yerleşim yeri "taht-ı kazâ" demek olup, kadı kelimesinin Arap harfleriyle yazılışında kullanılan "dat" harfinin fonetiğindeki z sesiyle benzeşmesi nedeniyle dilimize kaza olarak yerleşmiştir. Devellioğlu Ferit, Osmanlıca Türkçe Sözlük, s. 498.

<sup>82</sup> Akman Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004, s.35.

kadıya yardımcı olan naiplerle birlikte yargılamada maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olması bakımından önemli bir süje olarak “şühüd’ül hal” kurumunu görüyoruz. Genellikle eski kadı ve kazaskerlerin mahkemenin işleyişini bir tür gözlemci sıfatıyla denetlemişlerdir<sup>83</sup>.

Çeşitli idari görevleri de bulunan *Divan-ı Hümayun* ise yüksek mahkeme görevini üstlenmişti<sup>84</sup>. Divan-ı Hümayun üyelerinden *kazasker*, divana getirilen şer’i davaların hallini üstlenmişti. 1574 yılına kadar kadıların atamasını da üstlenen kazaskerin bu görevi *şeyhülislama* verilmiştir<sup>85</sup>. Şeyhülislamlık makamı ilmiye sınıfının başı olmak hasebiyle hem din hem hukuk adamlarının atamalarını yapmış hem de çıkarılan kanunları İslam hukukuna göre değerlendirdiği için bir çeşit anayasa mahkemesi fonksiyonu da üstlenmiştir<sup>86</sup>.

Osmanlı döneminde klasik dönem mahkemeleri; genel yetkili şer’i mahkemeler, Müslüman olmayanların davalarına bakan cemaat mahkemeleri ve Osmanlı vatandaşı olmayan yabancıların davalarına bakan konsolosluk mahkemeleridir. Bunlara ilaveten bazı özel günlerde ve özel davalar için kurulan divanlarda vardır. Cuma günleri toplanan ve temyiz mahkemesi görevi de üstlenen *Cuma Divanı*, bir çeşit istinaf mahkemesi sayılabilecek *Çarşamba Divanı*, asker kişilerin dava ve miras taksimleri işlerini gören *Kazasker Divanı* bu divanlara örnek olarak gösterilebilir<sup>87</sup>.

### 1.3 Yargılamanın Ontolojik Anlamı

Yargılama eyleminin ontolojik açıklamasının yapılabilmesi ancak “yargılama yapıldığında gerçekte ne yapılmaktadır?” sorusuna verilecek cevapla mümkün olur. Zira yargılama kavramı bünyesinde farklı anlamlar ihtiva eden rölatif bir yapıya sahiptir. Bu soruyu cevaplamak ise, sorunun muhataplarının yani aktif (yargılayan) ve pasif (yargılanan) süjelerinin, yargılamanın sonuçlarından doğrudan veyahut dolaylı bir şekilde etkilenen toplumun, olayları dışarıdan izleyen bir göz olarak sosyologların, mantıksal bütünlük içinde yargılamanın içerdiği anlamı çözmeye gayret eden filozofların ve nihayet

<sup>83</sup> Cin Halil/ Akyılmaz Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2013, s181

<sup>84</sup> Aydın M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2012, s. 141; Akman (2004), s.36.

<sup>85</sup> Avcı Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya 2013, s. 91.

<sup>86</sup> Avcı (2013), s. 97.

<sup>87</sup> Avcı (2013), s. 100.

sistematliğini kurarak *düzeni* sağlamaya çalışan hukuk bilimcisinin görüşlerinin tetkik edilmesiyle mümkün olur<sup>88</sup>.

Yargılayan bakımından muhakeme, hukukun uygulanmasıdır<sup>89</sup>. Bu noktada meselenin özünün anlaşılabilmesi için uygulanan hukuk kavramı üzerinde durmak gerekir. Yargılayanın muhakemesine esas aldığı hukuk tanımı, uygulamanın yapıldığı ülkenin hukuk sistemine<sup>90</sup>, hâkimin kişilik özellikleri, dünya görüşü ve geçmiş yaşam tecrübesine<sup>91</sup> ve hatta uygulamanın yapıldığı zamanın konjonktürüne göre değişik şekillerde belirir. Hukuk sistemleri, yargılayanın muhakeme içindeki rolü ve tesirini göstermesi bakımından önemlidir. Örneğin Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı bir ülkede muhakeme, her ne kadar önceki içtihatlarla ve kanunla bağlı olsa da yargılayanın her seferinde yeniden hukuku yaratması ve yaratılan hukuk üzerinden adaleti gerçekleştirmeye çalışması iken<sup>92</sup>, Kara Avrupası hukuk sisteminde pozitif hukuk doğrultusunda mevcut hukuk normunun somut olaya doğru bir şekilde tatbikidir.

Yargılamanın pasif süjesi bakımından muhakeme, en öz ifadesiyle hak arama faaliyeti olarak tanımlanabilir. Şüphesiz hakkının muhtel olduğunu düşünenler bakımından meramını sözlü yahut yazılı bir şekilde yargılayan makama aktardığı andan, yargılayanın kararını açıkladığı ana kadar gerçekleşen tüm olaylar hak arama faaliyetinin aşamalarıdır. Hakkı ihlal etmekle veya suç işlemekle itham olunan bakımından ise ithamın yerinde olmadığını tespitinin ve toplum içinde saygınlığının korunması hakkının, diğer bir ifadeyle toplumun kişi itibarını sağlama ödevinin tesisi, muhakemenin varlık sebebi olarak karşımıza çıkar.

Yargılamanın toplum bakımından anlamı, mündemiç olduğu ibret ve düzenleyicilik fonksiyonları bakımından değerlendirilebilir. Bu zaviyeden yargılama, hukuka aykırılığın neticesinde bozulan düzenin tesisi ve ihlali yapanın madden ve manen yaptığının bedelini

---

<sup>88</sup> Balı (2011), s.59.

<sup>89</sup> Balı (2011), s. 59.

<sup>90</sup> Özden İsmail, “Hakimin Hukuk Yapımındaki Rolü”, Ali Şafak Balı (Editör), Hukuk Politikası, Ankara 2016, s. 264-266.

<sup>91</sup> Amerikan Realist Hukuk Akımı'nın önemli temsilcilerinden Llewellyn, realizm hakkında yazdığı meşhur makalesinin başlangıç bölümünde, yargılayanın verdiği karara yansıyan kişisel özelliklerini vurgularken “*Verdikleri kararın arkasında hâkimler insani arka planı olan kişilerdir*” cümlesiyle girizgâh yapar. Llewellyn Karl N., Some Realism about Realism- Responding to Dean Pound, Harward Law Review, Vol 44, No 8. , Cambridge 1931, s.1222.

<sup>92</sup> Schwarz A. B., *İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk*, (çev. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu), Hapisane Matbaası Adliye Vekaleti Yayını, Ankara 1937, s.13.

ödüyör olduğuna olan inancın mücessem halidir denilebilir. Neticesinin çok öncesinde daha ihlalin gerçekteştiği andan itibaren, ihlal fiiline ve ihlali yapana yönelik usûli tedbirlerden başlayarak, mahkeme aşamasında, muhakemenin yapıldığı yerin fiziki şartlarından muhakeme yapanın kıyafetine varıncaya kadar pek çok detay ve nihayet hükmün ilan ve icrası safhasındaki şekli ve maddi unsurlar, toplumun yargılamaya bütünsel açıdan verdiği anlamın ve yargılamadan ne anladığının cevabı olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 1.4 Yargılamanın Sosyolojik Anlamı

### 1.4.1 Genel olarak

Toplumsal düzeni bozan fiilin gerçekteştiği andan, toplumun bu fiilin bütün sonuçlarıyla izale edildiğini kabul ettiği ana kadar olan sürede bir sosyal travma hali mevcuttur. Kimi zaman toplumsal sonuçları bakımından ağır bir surette gerçekteşen bu halin, toplum tarafından düzenin bozulmuş olması sebebiyle oluşan yaranın sarılmasıyla görevli olduğu kabul edilen kişi veya makam eliyle ortadan kaldırılması gerekir. Zamanında ve etkili şekilde müdahalenin gerçekteşmemesi halinde ise düzeni bozan fiilin faillerine karşı öç alma ve bedel ödetme gibi kontrolden çıkmaya müsait tepkilerin vuku bulacağını kestirmek güç değildir.

Yargılama, yukarıda izah edilen gerekçelerle, sosyolojik açıdan bir toplumun kendi vasatı içinde süren düzeninin bozulmasına, yine düzen içinde kalarak gösterdiği reaksiyondur denilebilir. Cümlenin mefhum-u muhalifinden, toplumsal düzeni bozan davranışı “kınanabilir“ olarak belirlemeyen ve haksızlık yapanı cezalandırmayan bir mekanizmayı, sosyolojik açıdan yargılama olarak kabul etmek zor olduğu anlamı çıkmaktadır. Bu yönüyle yargılama bir belirlemedir. Yargılama neticesinde toplumsal düzeni bozan *hukuka aykırı* fiil tespit edilmiş olur.

Her ne kadar sosyal örgütlenmenin somut düzlemde en belirgin hali olan devlet teşkilatının bir parçası olmak hasebiyle sırf mahkeme eliyle görölmenin dahi toplum üzerinde bir uyuşmazlığın çözümlünün yargılama olarak kabul görmesinde belirleyici bir etkisi olsa da son tahlilde yargılama kavramının, “yapanın yanına kâr kalmamak”, “haksızlığın bedelini ödetmek” gibi olgularla açıklanması doğru olur. Yargılamanın

haksızlığın bedelini ödetmemesi adaletsizlik duygusuna yol açar. Adaletsizlik algısı çoğunlukla öfke duygusu ile birlikte anılmıştır<sup>93</sup>. Haksızlığa karşı insanların en yaygın gösterdiği tutum kızgınlıktır. Nitekim bu eşitsizlik ve haksızlık algısının toplu şiddet eylemlerinin başlamasını sağlayan bir şart olduğu da ifade edilmiştir<sup>94</sup>. Dolayısıyla sosyolojik açıdan yargılamanın, bedel ödetme ve öç alma kavramları ile izah edilmesi gerekir.

#### 1.4.2 Toplum Vicdanındaki Reaksiyonun Giderilmesi

Vicdan kavramı bir olay ya da olgu üzerine değer yargısı atfetme anlamıyla bireysel ve toplumsal iki farklı yönden ele alınabilmekle beraber, biz burada toplum vicdanı kavramıyla adalet duygusunu, daha doğru bir anlatımla sosyal düzeni bozan davranışın toplumsal hafızada adalet idesi üzerinden değerlendirilmesini anlamaktayız. Aristo'nun adalet tanımından hareketle hak edenin hak ettiğini alması (dağıtıcı adalet anlayışı) ve kanun önünde herkesin eşit olması (denkleştirici adalet anlayışı) toplum vicdanında normalin dışına çıkanın izole edilmesini ve akabinde bedel ödemesi neticesini gerektirir<sup>95</sup>. Öte yandan Durkheim'in organik dayanışma ve onarıcı adalet üzerinde kurduğu yakın ilişki de bu zaviyeden önemlidir<sup>96</sup>. Durkheim'a göre ihtilafların çeşitlenmesi ile birlikte çözüm de onarıcı hukuka ve adalet anlayışına uygun olarak çözülmesi eğilimi artacaktır.

Yargılama sosyolojik anlamda toplum vicdanındaki reaksiyonun teskin edilmesidir. Bu durum ancak amaca uygun yol ve yöntemlerle mümkün olur. Düzeni bozan davranışın adil bir şekilde ve zamanında tespiti ve tecziyesi mümkün olmamışsa, reaksiyonun ve dolayısıyla yargılamanın şekli, yönü ve makamı değişir. Sonuca odaklı ve hukuksallık dışındaki bu yeni reaksiyon, kimi zaman düzeni bozan davranışın failinden başkasına yönelebileceği gibi kimi zaman da orantılılık sınırlarının dışında belirir<sup>97</sup>. Bugün adalet duygusunu tatmin etmeyen kararlar neticesinde, toplum vicdanındaki reaksiyonun

<sup>93</sup> Miller Dale T., Disrespect And The Experience Of Injustice, Annual Review of Psychology, California 2002, S.52, s.534 <http://www.annualreviews.org/doi/full/10.1146/annurev.psych.52.1.527> (Çevrimiçi) Erişim tarihi 17.10 2016.

<sup>94</sup> Miller (2002), s.534.

<sup>95</sup> Rehbinder Manfred, Hukuk Sosyolojisi, Çev. İlyas Doğan/ Hilal Kafkas, Ankara 2015, s.189-191.

<sup>96</sup> Wacks Raymond, Hukuk Kuramını Anlamak Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş, Çev. Fatma Sezgin Şahin Ünver/ Serdar Ünver, Ankara 2016, s.281

<sup>97</sup> Balı (2011), s.61.

giderilmesinin, bizatihi kendileri yargılanmış ve suçlu olarak hüküm giymiş kişilerden beklenmesi, trajik ama sıklıkla gözlemlenen bir olgu olarak karşımızdadır.

### 1.4.3 Cezalandırma Düşüncesi Bakımından

Cezalandırma, en yalın tabiriyle toplumun suç olgusuna gösterdiği bizatihi suçun varlığından doğan ve teşkilatlanmış toplumun gösterdiği hırslı bir tepkidir<sup>98</sup>. Cezalandırmayı öç ya da intikamdan ayıran en önemli özellik gelişigüzel bir tepki olmayışıdır. Aksine bireysel olarak zarar gören mağdurun ve genel olarak mağdur kabul edilebilecek olan toplumun uhdesinde bulunan öç alma hakkının bir kurula bırakılması durumu söz konusudur<sup>99</sup>. Öte yandan cezalandırma hırslı bir tepkidir: Bozulan düzenin doğurduğu öfkenin doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir.

Fonksiyonel açıdan, yargılamanın sonucunda yargılayanın vereceği hüküm tespit, eda veya ifa olabileceği gibi yargılamanın türüne göre ceza mahkûmiyeti de olabilmektedir. Hükümün içeriğinin bir olayın veya olgunun tespiti, bir borcun ifası veyahut bir yükümlülüğün edası olduğu durumlarda yapılan faaliyeti yargılama olarak nitelerek sosyolojik açıdan tartışmalıdır. Yukarıda izah ettiğimiz üzere yargılamayı, sosyolojik olarak hukuksallığın ve düzenin bozulmasına gösterilen reaksiyonun dindirilmesi olarak ele almak gerekir. Cezalandırma bu anlamda toplumla kurulan iletişimidir. Toplumsal kınamanın bir göstergesi olmak yönünden suçlu ile kurulan fiili bir bağıdır<sup>100</sup>. Duruşmaların kamu düzeni bakımından sakınca görülmeyen haller dışında aleni olarak yapılması<sup>101</sup> ve hükümün millet adına verilmesi gibi olgular ilgili faaliyetin toplumsal boyutu olmaksızın sırf bir anlaşmazlığın çözümü olmak hasebiyle yargılama hüviyeti gösteremeyeceğinin delilidir.

---

<sup>98</sup> Topçuoğlu Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1984 s. 71.

<sup>99</sup> Topçuoğlu (1984), s. 72.

<sup>100</sup> Wacks (2016), s. 455.

<sup>101</sup> Balı (2011), s. 62.

## 2. HAK ARAMA, DEVLET ve YARGILAMA

### 2.1 Devlet ve Yargılama İlişkisinin Niteliği

Devletin ilk kez ne zaman ortaya çıktığı sorusunun cevabı devlet kavramına yüklenen anlama bağlı olarak farklı şekillerde cevaplanabilecektir. Biz burada sosyolojik, tarihsel veya antropolojik bir cevaptan ziyade hukuki bir sistem<sup>102</sup> veya siyasi teşkilatlanmanın özel bir formu<sup>103</sup> olarak devleti ele aldığımız için modern devleti on beşinci ve on altıncı yüzyıllar içinde ortaya çıkan<sup>104</sup> bir kurum olarak değerlendireceğiz.

Bilge, yiğit, ölçülü ve doğru<sup>105</sup> olarak sıralıyor Platon ideal devletinin özelliklerini ve amacını şu şekilde ifade ediyor: “*Biz devletimizi bütün topluma birden mutluluk sağlasın diye kuruyoruz.*”<sup>106</sup> Devletin mutluluk kelimesiyle bir arada kullanılması Türk-İslam geleneğinde de sıklıkla karşımıza çıkmaktadır<sup>107</sup>. Ünlü Selçuklu veziri Nizamü'l-Mülk, Siyasetnamesinde isyan ve anarşi halini bir dehşet tablosu olarak betimler ve bu hali sona erdirip düzeni tekrar tesis eden kişiyi şu şekilde anlatır: “*Nihayet, Allah-u Teâlâ'nın takdiri ile kullardan birisi saadet ve devlete erişir. Hakk Teâlâ bu kişinin bahtını açarak talihini ona yaver kılar, ona verdiği akıl ve fikirle eli altındakileri layıkıyla istihdam eder, onları başarılı olabilecekleri makam ve mevkiye yerleştirir. Halk arasından hizmetkârlarını ve adamlarını tek tek seçerek her birine birtakım rütbelere, mertebeler verir. Din ve dünya meselelerine kifayetlerinde onlara güvenir. Sağladığı adalet sayesinde hayatlarını rahatça idame etsinler diye, itaat yolunu yol bilen ve kendi işleriyle meşgul olan tebaayı sıkıntılara karşı kollar.*” Platonun ideal devletinden günümüze kadar devletin ne olduğu konusunda gerek kavramsal gerekse fonksiyonel anlamda bir fikir birliği olduğunu söylemek güçtür.

<sup>102</sup> d'Entreves Alexander Paserine, The Notion of The State, Oxford University Press, Oxford 1967, s.96.

<sup>103</sup> Morris Christopher W., An Essay on the Modern State, Cambridge University Press, Cambridge 1998, s.23.

<sup>104</sup> Kapani Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, Ankara 1999, s.39; d'Entreves (1967), s.103.

<sup>105</sup> Platon, Devlet, Çev. Sabahattin Eyüboğlu- M.Ali Cimcoz, Türkiye İş Bankası Yayınları, XXIV Basım, Ankara 2013, s.125.

<sup>106</sup> A.e., s.116.

<sup>107</sup> Nizamü'l-Mülk, Siyasetname, Çev. Mehmet Taha AYAR, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2009, s.12.



Bu farklı tanımların sebebi devlet olgusuna ideolojik yaklaşımların çeşitliliğidir<sup>108</sup>. Kimi zaman ve kültüre göre kana susamış bir *leviathan* olarak tasvir edilen devlet, kimi zaman ve kültürlerde “ana” kutsallığına erişmiştir.

Modern anlamda devlet kavramı genelde üç saç ayağı üzerinden tanımlanmıştır: Millet, ülke ve egemenlik<sup>109</sup>. Millet beşeri unsuru, ülke milletin üzerinde yaşadığı toprak parçasını, egemenlik ise milletin ülke üzerindeki fiili egemenliği anlamına gelir. Bunlara ilaveten dördüncü bir unsur olarak hukuki kişiliği de devletin unsurları arasında gösteren yazarlar vardır.

Modern devletin kişiliğinin, iktidarı kullanan kişilerden bağımsız olarak tanımlanıp tanımlanmayacağı sıklıkla tartışılan gelen bir konudur<sup>110</sup>. Devletin yaşayan bir organizma olarak iddia edildiği görüşler bir yana, en azından modern devlet bakımından kişilik hususunun hukuki kişilik olarak ele alınması makul görünmektedir. İşin ilginç tarafı, hak ve borç sahibi olabilen bu yapı, uhdesinde yargılama hakkını bulundururken aynı zamanda bahsi geçen hukuki kişiliği nedeniyle yargılanan konumunda da olabilmektedir. Devletin hukuki kişilik sahibi olmasının pratik faydası ise iktidarı elinde bulunduran kişi veya organizasyondan bağımsız olarak kurumsal devamlılığı sağlaması, diğer bir ifadeyle insan unsurunun hukuk kuralları çerçevesinde ve bu çerçevede tarafından belirlenen zamanla sınırlı olarak iş görebilmesi; iktidarı elinde tutan insan unsuru değişse dahi devlet tüzel kişiliğinin kesintisiz devam edebilmesidir. İnsan unsuruyla ilişki yönünden hukuki kişiliğin sağladığı diğer bir fayda ise iktidarı kullanan kişileri belirli statüler içine sokarak iktidarın kullanılmasını bir tür organizasyon ve iş bölümü ilişkisine çevirmesidir. Devletin hukuki kişiliği hâkimiyet alanında her türlü aile, grup, dini veya sosyal teşkilatın üstünde bir yapı özelliği gösterir; eski tabirle tecezzi kabul etmeyen bir otoritedir. Bu otoritenin hukukla sınırlandırılmış olması ise devletin ontolojik varlığının mazur görülebilmesinin yegâne dayanağıdır<sup>111</sup>.

Temelde yasama, yürütme ve yargılama faaliyetlerinin kaynağı olarak kabul edilen modern devletin “hak” kavramının içerik ve sınırlarını belirlediği, bu şekilde somutlaşan hak kavramı üzerinden normları vücuda getirerek, yargılamanın konusunu oluşturduğu

---

<sup>108</sup> Kapani (1999), s.35.

<sup>109</sup> Gözler Kemal, Devletin Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Bursa 2012, s.4.

<sup>110</sup> Kapani (1999), s.43.

<sup>111</sup> Morris (1998), s.105.

görülmektedir. Aşağıda öncelikle tarihsel süreçte hak kavramının algılanış biçimlerini ve modern devletin bu belirlemedeki yeri ve rolünü, daha sonra normun ihdası ve yargılamaya kaynaklık etmesi bağlamında devlet yargılama ilişkisini ve nihayet devlet iktidarı haricinde yargılamanın var olup olamayacağı sorununu inceleyeceğiz.

## **2.2 Yargılamanın Konusu Olarak Hak Kavramı ve Hak Kavramının Devlele İlişkilendirilmesi**

Yargılamayı yapan makamın belirlenmesinde yargılama kavramının ontolojik varlığı kadar önemli olan bir diğer husus ise yargılamanın içeriğini oluşturan şeyin ne olduğu, diğer bir ifadeyle zaman çizgisinde yargılama fitilini ateşleyen olaylar zincirinin başlangıcını neyin oluşturduğu sorunudur. Hak kelimesine yüklenen anlamın belirleyici olduğu bu silsilenin başlangıç noktası bir ihlâl eylemidir. İhlâl edilen şey ise gerek sosyolojik anlamda ele alınan yargılama kavramı bakımından, gerekse pozitif yani modern devlet kavramına eklenen hukuk bakımından *haktır*.

Hak kavramının yapısal açıdan analizi, bir hakka sahip olmanın taşıdığı anlamı bulma yolunda bize rehberlik edecektir<sup>112</sup>. Böylelikle ihlâl eyleminin niteliği ve sosyolojik anlamda ihlâlê karşı toplumun takındığı bir tavır olarak yorumlanabilecek yargılama kavramını anlamlandırabilmek mümkün olacaktır. Biz burada konumuz açısından tarihsel süreçte hak kavramının algılanış biçimlerinden hareketle modern devletin hak kavramını belirleyerek aslında yargılama kavramını da belirleme hakkına sahip olduğuna işaret etmekle yetineceğiz.

## **2.3 Hak Kavramının Tarihsel Süreçte Algılanma Biçimleri**

### **2.3.1 İlk Çağ Tabii Hukukunda ve Roma Hukukunda Hak Kavramı**

Hak kavramının algılanış şekli tarihi süreç içinde değişiklik göstermiş, hak kelimesine yüklenen anlam içinde bulunulan zamanın sosyal, kültürel ve ekonomik şartlarıyla paralel şekilde farklılaşmıştır. İnsan olmanın doğal bir sonucu olarak kabul

<sup>112</sup> Beysan Nazime, Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.18.

gören hak sahibi olmak ifadesinin insanlarca, belirli sonuçlara ulaşmak için üretilen (uydurulan) bir şey mi yoksa insanın doğasında var olan hukuk fikrinin doğal bir sonucu mu olduğu tartışıla gelmiştir.

Roma'da hak kavramının modern hukuki zamanların algı şekliyle var olup olmadığı tartışılmıştır. Bazı yazarlar en iyimser yaklaşımla ortaçağa kadar hak kavramının teknik anlamda bilinmediğini ifade etmektedirler<sup>113</sup>. Roma'da hukuk sisteminin davalar (actio) üzerinden tanımlandığını ve Anglo Sakson sisteme benzer şekilde prosedürel bir özellik gösterdiğini görüyoruz. Bu nedenle sübjektif hak ve yükümlülükler yerine Roma'da hakları korumak üzere açılmış davaları görüyoruz. Nitekim Roma'da hakkının ihlal edildiğini düşünen kişinin dava açmak için hasmını yargılama yapan memurun önüne çağırmasına “*in jus vocatio*” yani hakka davet denmesi<sup>114</sup> bu gerçeğin bir yansıması olarak kabul edilebilir.

### 2.3.2 Ortaçağ Skolâstik Felsefesinde Hak Kavramı

Ortaçağda önemli bir yer tutan Hıristiyan Fransiskan tarikatının kurucusu Assisili Francesco, müritlerine fakirlik (dünyevi mülkiyetten el çekme) kuralı koymuş olmasına rağmen<sup>115</sup> Fransiskanlar diğer dindar sınıflar gibi geniş arazilere ve mallara sahiptiler. Bu durumu açıklamak ve teorik bir zemine oturtmak gerekiyordu: Zira hem eşya üzerindeki mülkiyet hakkına karşı çıkıp hem de mala sahip olup ondan faydalanmak, tarikatın halk üzerindeki inandırıcılığıyla bağdaşmayacaktı. İşte bu durumu aşmak üzere tarikatın önde gelen üyelerinden biri olan Duns Scouts, *dominium* (bir mala malik olmak) ve *imperium* (bir malı elinde bulundurup faydalanmak) ayrımı ile hak kavramına yeni bir yaklaşım getirmiş oldu. Böylelikle tarikat malik olmadan malı elinde tutabilecekti. Bu görüş daha sonraları papalığın da resmi görüşü olarak uzun süre kabul görmüştür<sup>116</sup>. Bu tarikatın bir üyesi olan ünlü düşünür Ockhamlı William sübjektif ve objektif hak ayrımı yapmıştır. Sübjektif hak “ Kişinin bir şey üzerinde veya bazı şeyleri yapma hususunda hakkı olması”

<sup>113</sup> Baumann Richard A., Human Rights in Ancient Rome, Routledge Taylor and Francis Group, London 2000, s.5.

<sup>114</sup> Arsal Sadri Maksudi (1941), s. 275.

<sup>115</sup> Robson Michael, The Franciscans in the Middle Ages, The Boydell Press, Woodbridge 2006, s. 128. Bu yönüyle Fransiskanlar İslam coğrafyasındaki Melamilik Tarikatına benzer. Melamilerden farklı olarak Fransiskanlar zaman zaman zenginlerin mallarını da yağmalamışlardır.

<sup>116</sup> Edmundson William A., An Introduction to Rights, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s.7.

şeklinde formüle edilmiştir. Objektif hak ise, “Filistinlilerin bir devlete sahip olma hakkı vardır” cümlesinde kullanılan şekliyle, bir şeyin hukuki olarak doğru kabul edilmesi olarak tarif edilebilir<sup>117</sup>.

### 2.3.3 Yeniçağda Hak Kavramı

Grotius hak kavramını zaman içinde hiçbir şüpheye yer bırakmaksızın ve kati olarak kullanılabilen üç yetki üzerinden tanımlamıştır. Buna göre hakkın içe dönük yetkisi; kişinin kendisi üzerinde kullanılabildiği güç yani bireysel özgürlük kapsamında kendi üzerinde tasarruf edebilmesidir<sup>118</sup>. Hakkın dışa dönük yetkisi ise kişinin üçüncü kişiler üzerinde kullanabildiği güçtür. Bu duruma örnek olarak babanın evlatları, efendinin köleleri üzerinde sahip olduğu yetki gösterilebilir. Üçüncü yetki, hakkın eşya üzerinde sağladığı egemenliktir (dominium) . Burada eşya, tarla benzeri bir mülk olabileceği gibi rehin hakkındaki görünüm şekliyle hukuki bir yetki de olabilir<sup>119</sup>. Grotius’a göre hak, en geniş kapsamlı tarife göre insanları övgüye değer ve iyi olana yönelten ahlaki bir yetkidir<sup>120</sup>.

Hak sahibi kişi hakkını işlevsel olarak kullanabilmesi için tali bir hakka daha sahip olmalıdır. Bu tali hak asıl hakkın ifa edilebilmesi için bünyesinde güç kullanmayı da barındırır. Pufendorf’a göre tali hak doğa durumundan medeni topluma sosyal sözleşme ile geçiş sürecinden önce de vardı. Kişinin temel özelliklerine bağlı bulunan hakkı “ suum” yani hayat hakkı, fiziki bütünlük ve bir şeylere sahip olma hakkı diye tanımlamak mümkündür. Suum doğal hukuk tarafından korunan bir kalkan örmüştür. Bu kalkanın delinmesi ise zarar gören veya saldırıya uğrayan hakkın tamiri ve geri alınması için güç kullanma hakkını beraberinde getirmektedir. Bu durum “ bellum privata” demektir ki herkesin herkese karşı olan savaşı anlamına gelir. Medeni toplumun kuruluşu ile güç kullanma hakkı sosyal sözleşme uyarınca kişilerden sivil topluma geçmiştir. Sivil toplum ise bunu mahkemeler eliyle kullanır. Şiddet güç tekeline sahip olan devletçe kullanılır.

---

<sup>117</sup> Edmundson (2004), s.9.

<sup>118</sup> Grotius Hugo, The Right of War and Peace Book I, Edited and with an Introduction by Richard Tuck from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund, Indianapolis 2005, s.138.

<sup>119</sup> Grotius (2005), s.139.

<sup>120</sup> Grotius (2005), s.148.

Devletin ise vatandaşlar üzerinde suçu bastırmak şeklinde doğrudan ve devletin varlığını korumak maksadıyla dolaylı olmak üzere iki hakkı olduğundan söz edilebilir<sup>121</sup>.

#### 2.3.4 Freidrich Carl von Savigny ve Bernard Windscheid İradenin Gücü Teorisi

Savigny, Puchta ile birlikte tarihçi hukuk okulunun önde gelen temsilcilerinden biridir. Savigny'e göre hak bir kişinin güç alanıdır. Bu alanda kişinin iradesi rızasına uygun olarak üstün bir şekilde ortaya çıkar. Savigny yükümlülüğü bir kişinin irade alanından ayrılarak diğerinin hâkimiyet (irade) alanına dâhil olan bir hareket olarak tanımlar. Yükümlü tarafın hareketi gerekli ve belirli bir hal alır. Yükümlülüğün ifası doğal bir hale gelir. Savigny'e göre hak üçüncü bir kişi tarafından sorgulanıp mahkeme önüne getirilene dek ruhsal bir hali ifade eder. Bu itiraz durumundan evvel de hak zaten vardır. Bu yüzden hak ihlaline karşı gösterilen tepki mahkemede tespit edilmeden önce de doğal ve bu ihlalin bertaraf edilmesi ise doğal olmayan bir durumun def edilmesidir.

Windscheid'in teorisi irade gücü teorisinin saflaştırılmış ve parlatılmış hali olarak ifade edilebilir. Ona göre hak bir güçtür ki bir kişi iardesini diğerinin iradesi üzerinde kullanır. Hak yasal sistemle ilişkilendirilebilen bir irade alanıdır. Windscheid'in teorisi bu konsept içinde pozitivizmin genel şemasına eklenmiş gibidir. Hakkı bireye güç sağladığı sürece devletin emri olarak kabul etmek gerekir.

Hakkın iradenin gücü olması tezi Agust Thon tarafından cevaplandırılmıştır. Thon bazı durumlarda bir şeye sahip olma iradesinin olmayışına rağmen veya iradenin hakkın kullanılmasının aksi yönünde olmasına rağmen hak yine de vardır. Örneğin engelli ya da kısıtlıların veya borcun borçlu tarafından ödenmesini kabul etmeyen ve fakat alacak hakkını da reddetmeyen alacaklının durumunda hakkın varlığı aşikârdır. Bu eleştirilere karşı Windscheid varlığı bilinmeyen veya varlığı sahibince istenmeyen hakların var olabileceğini buna rağmen hala bir iradenin var olduğunu bu iradenin ise hak sahibinin değil hukuk sisteminin iradesi (yükümlü kişiden yapmasını istediği şey) şeklinde ortaya çıktığını ifade etmiştir.

---

<sup>121</sup> Puffendorf Samuel, On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law, Edited by James Tully, Translated by Michael Silver Thorne, Cambridge 1991, s. 158.

### 2.3.5 Hak: Hukukça Korunan Menfaat (Rudolf von Jhering 1818-1892)

Jhering menfaatlerin hukukunun temsilcisidir. Hukuku yasalarca korunan menfaatler olarak tanımlar. Bu tez doğal olarak menfaatin olmadığı durumlar bakımından eleştirilere maruz kalmıştır. Örneğin üçüncü kişiler lehine yapılan sözleşmeler de sözleşme yapanların doğrudan bir menfaatinin varlığından söz edilemez. Bu muhtemel eleştirilere karşı Jhering bir hakkın varlığındaki en esaslı unsurun doğrudan doğruya bir menfaatin varlığından ziyade menfaatin doğabilme ihtimali olduğu şeklinde açıklama getirmiştir<sup>122</sup>. Hakkın bu tarifine ulaşabilmek için Jhering hukukun genel kapsamını yeni baştan tanımlamıştır. Pozitif hukuk sadece geleneksel (otantik) olandır. Bu durum ise büyük ölçüde devletin iradesi içindedir. Haklar bireylerin iradelerinin ve devletin iradesinin bileşkesidir. Bireyler haklara güçlü hissetmek için değil, hayatı idame için gerekli olan şeylere ve sosyal iletişime sahip olmak için ulaşmalıdır<sup>123</sup>.

Jellinek hakları irade ve hukukça korunan menfaat karışımı olarak tanımlar<sup>124</sup>. Ona göre hak hukuk sistemi tarafından korunan ve tanınan insan iradesinin gücüdür ki bir malvarlığını ya da menfaati etkiler. Teorisi yeterli olmayan teorilerin üstesinden gelmek için ortaya çıkmış olmasına rağmen ikisinin de eleştirisini almaktan başka işe yaramamıştır. Jellinek Jhering'in aksine hak kavramını kamu hukukuna dayandırır. Jellinek hakların temsili teorisinin önde gelen temsilcilerindendir. Haklar ve ödevler hukuki normların sınırsız karmaşıklığını hukuki temsil yoluyla aşmamızı sağlar.

Hak ve yükümlülük kavramları normlar hiyerarşisinin zeminini oluşturmak için inşa edilmiş gerçek dışı ve yapay konseptler olduğu iddia edilmiştir. Değerleri hukuk düzenindeki didaktik ve pratik kullanımlarıyla bağlantılıdır. Yukarıda izah edilen sebepler realist akımların doğmasına ve hakkın varlığının tümünden reddine yol açmıştır.

<sup>122</sup> Çağıl Orhan Münir, "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Anahatları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1947, C. 13, S. 1, s.266.

<sup>123</sup> Çağıl (1947), s.271.

<sup>124</sup> Güriz (2011), s.124.

### 2.3.6 Varsayım Olarak Hak Kavramı

Hak kavramına inkârcı yaklaşan doktrinlerin faydacılığın bir parçası olarak Jeremy Bentham(1748-1832)'la başladığı söylenebilir<sup>125</sup>. Bentham'a göre yalnızca egemenin emirleri ve kişilerin eylemleri gerçektir<sup>126</sup>. Hukukun kurduğu düzeni anlayabilmek için kişilerle ve kişilerin egemenin izin verdiği veya yasakladığı eylemleriyle yakınlık kurmak gerekir. Ona göre haklar ve ödevler kurgusaldır. Hukuk düzeninin hayali ve mecazi yapay yaratımlarıdır<sup>127</sup>. Deneysel olarak kanıtlanabilir değildir. Buna rağmen hukuk pratiği bakımından faydaları vardır. Mecazen söylemek gerekirse kağıt para gibi temsilidir. Gerçek değeri ancak karşılığında altın alındığında ortaya çıkar.

### 2.3.7 Hukuki Pozitivist Açıdan Hak Kavramı

Austin hakkın kapsamını açıklamaya Bentham'ın teorisinden başlar. Bentham, hak kavramını egemenin (sovereign) emirleri olarak kabul etmiştir. Bentham haklar ve ödevleri ise pozitif hukuka dayanan emirlerle davranışların birleşimi olarak yorumlamıştı<sup>128</sup>. O zamanlar için ilerici hatta devrimci olarak nitelenebilecek bu teori şu an için geleneksel olarak ifade edilebilir. Bentham doğal haklar hakkında söylediği “hiç babası olmayan bir oğul” “göz kamaştırıcı karanlık” gibi ifadelerle mesnetsiz ve tutarsız olduğunu savunmuştur<sup>129</sup>. Austin, Bentham'ın teorisini yaratılan sorumluluklar, yaratılan hakları doğurur şeklinde yeniden yorumlar. Bu haliyle Austin hakkın bağımsız varlığı fikrine karşı çıkmış hakkı bir yükümlülüğün karşılığı olarak nitelemiştir<sup>130</sup>. Austin'e göre haklar ve yükümlülükler hukukun ürünleridir. Hukuk kavramını ise bağımsız ve siyasal bir toplumun

<sup>125</sup> Güriz (2011), s.128.

<sup>126</sup> Yıldız Elif Çağla, Jeremy Bentham'ın Ceza Teorisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, s. 47.

<sup>127</sup> Yıldız (2014), s. 47.

<sup>128</sup> Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 2011, s.128.

<sup>129</sup> Wacks (2016), s.403.

<sup>130</sup> Güriz (2011), s.125.

kurduğu egemenliğin emirleri olarak algılamak gerekir. Yükümlülüğün kaynağını Austin yine egemenin emirleri olarak göstermektedir.

Hak kavramının geleneksel teorilerinin eleştirilerinden biri de Hans Kelsen'in (1881-1973) çalışmalarında ortaya çıkar. Kelsen'e göre haklar hukuk normlarından bağımsız varlığa sahip değildir. Hukuk normları ise müeyyidelerinin uygulanabilirliği sayesinde iradelerini gerçek hayatta hissettirirler<sup>131</sup>.

Leon Duguit (1859-1928) hakkın reddine ve hakkın hukuki durum kavramı ile değişikliğine farklı bir anlam yüklüyor. Duguit hak kavramının iradenin kuralı olarak tanımlanmasını eleştirmiş, hiç bir iradenin bir başka irade üzerinde üstünlük kuracak özel bir yeteneğe sahip olmadığını ifade etmiştir. Liberal düşüncenin bir savunucusu olarak Fransız düşünür ihtiyaçların benzerliği ve doğuştan gelen yeteneklerin tümleyici doğası prensiplerine karşı çıkmıştır. Bu açıdan haklar aldatıcı ve boş içeriğe sahip, dayanışma göstermek isteyen bir toplumda uygulanamaz şekilde betimlenmiştir. Duguit'ye göre kişisel hakkın varlığı bilimsel olarak ispat edilemeyeceğinden *a priori* kabul edilen bir kişisel hakkı kabul etmemektedir<sup>132</sup>.

### 2.3.8 Amerikan Realizmi Açısından Hak Kavramı

Amerikan realizmi Bentham'da olduğu gibi elverişsiz metafizik kavramlarla dolu hukuk dilinin mahkeme kararları esas alınarak tekrar inşa edilmesi gerekliliğini iddia ediyordu. Bentham'dan farklı olarak hukukun gerçekliği egemenin emirlerinde değil mahkeme kararlarında arıyorlardı. Onlara göre hak mahkeme ne dilerse o idi<sup>133</sup>. Bu teori öngörülebilirliğin teorisi olarak tanımlanabilir. Haklar ve ödevler ancak hâkimler tarafından tekrar tanımlandıklarında kullanılabilirler. Hâkimler önüne gelen olayda kararını peşin olarak vermiştir.

<sup>131</sup> Kelsen'in hak kavramına yaklaşımı hakkında bkz. Kelsen Hans, Pure Theory of Law, Çev. Max Knight, New Jersey 2005, s.125-138.

<sup>132</sup> Seviğ Vedat Raşit, "Leon Duguit'ye Göre Hukuk Kaidesi, Subjektif Hak ve Hâkimiyet", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1949, C. 15, S. 1, s.349.

<sup>133</sup> Gürkan Ülker, Hukuki Realizm Akımı, Ankara 1967, s. 34; Akı Emine İrem, Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 22.



Büyük muhalif olarak tanınan Oliver W. Holmes (1841-1935) haklar ve ödevleri hâkimin gelecekte yapacağı kehanetler olarak tanımlar. Ona göre ihlal olana dek hak ve ödev kavramının hukuka uyulmazsa karşılaşılabilecek yaptırım olma tahmininden öte bir varlığı yoktur<sup>134</sup>. Amerikan Realizm akımı temsilcileri içinde hak ve ödev kavramlarına en çok itibar eden Karl N. Llewellyn (1893-1962) olmuştur. Ona göre geleneksel hak anlayışı bir kuruntu olmasına rağmen hak kavramını hukuk dünyasının dışına atmak iyi bir fikir değildir. Hak kavramını görmezden gelmek gerçekleri ve hukuk içinde kapsadığı gerçeklik alanının da görmezden gelmek anlamına gelir. Alışıl gelmiş hak ve ödev kavramları birer hayali varlıklardır. Buna rağmen bu kavramları geleneksel ifade şekilleriyle kullanmak gerekliliktir. Burada dikkat edilmesi gereken husus hak ve ödev kavramlarını kullanırken realist bir şekilde tekrar tanımlamaktır<sup>135</sup>. Bu durum ise mahkemenin öngörülebilir davranışı anlamına gelir. Geleneksel haklar kurgu olanların aksine mahkemenin kararını tarif eden kullanışlı kısa yollar olarak anlaşılmalıdır.

### 2.3.9 İskandinav Realizmi Açısından Hak Kavramı

Amerikan realizminin davranışçı haline nazaran İskandinav Realizmi psikolojik açıklamayı öne almıştır. Hâkimlerin psikolojik durumları akımın öncelikli tartışma alanını oluşturur. İskandinav realizmi için dünya tüm ruhsal ve metafizik öğelerden arınmış<sup>136</sup> belirli bir zaman ve mekânda var olan fiziksel ve somut bir gerçekliğe indirgenmiştir. Bu anlamda hak ideal bir kavram olarak gerçekte var olan bir şeyi karşılamaz. İnsan hayal dünyasının ürünü olan kurgusal ve sahte bir kavramdır. Bu durum hak kavramının işlevsizliğini göstermez. Aksine hak kavramı beraberinde getirdiği ödev yükümü ile birlikte hukuk düzenine dâhil olan insanlar üzerinde hakka sahip olma ve başkalarının hakkına riayet yükümlülüğünü doğurur<sup>137</sup>. Bu sebeple haklar gerçekte var olmasalar da var olan hukuku belirten ve hukuk dilini yapılandıran işlevsel ve değerli bir özellik gösterir.

<sup>134</sup> Oliver Wendel Holmes Junior, *The Path of Law*, Harvard Law Review, 1897, s.5.

<sup>135</sup> Llewellyn Karl N., *Jurisprudence Realism Theory and Practice* (with a new introduction by James J. Chriss), New Brunswick and London 2008, s.8-14.

<sup>136</sup> Akı (2008), s.28.

<sup>137</sup> Akı (2008), s.28.

## 2.4 Hak İhlalinin veya Norma Aykırılığın Belirleyicisi Olarak Devlet

Hukukta kaynak probleminin merkezi olarak devleti aldığımızda, yargılamanın tüm unsurlarının ve konusunun belirleyicisi de devlet olmaktadır. Devlet norma aykırılığı belirlerken yargı fonksiyonunu kullanır. Bu noktada devletin kaynaklık ettiği hukuk normu kavramına esas teşkil etmek üzerine sosyal bilim açısından norm kavramı üzerinde kısaca durmak gerekir.

Normlar bazı yazarlara göre değerlerin vücut bulmuş somut hali olarak isimlendirilebilir<sup>138</sup>. Bir diğer tanıma göre normlar sosyal davranışın sınırlarını gösteren emirlerdir<sup>139</sup>. Bu açıdan insan davranışları normlar tarafından yönetilir. Bir sosyal normun gerçek veya normatif bir davranış olması gerekmediği gibi en çok rastlanan bir davranış kalıbı olması da gerekmez. Norm kavramı doğru ve uygun davranış hakkındaki sosyal beklentilerin müsebbibi olduğundan norma uygunluk hukuksallık ve meşruiyetin de kaynağı olarak kabul edilir<sup>140</sup>. Gerçekten de norma uygun olmayan (anormal) hareket kimi zaman toplumdun dışlanmaya varan sosyal tepkilere sebep olur.

Hukuk dogmatikliği bakımından normdan bahsederken üç temel soru üzerinden hareket edildiği görülür: Adalet, geçerlilik ve etkinlik<sup>141</sup>. Hukuki pozitivism açısından adalet, hukuk düzeninin amaçladığı değere uygunluktur; ideal adalet değeri deontolojik bir sorun olduğundan meselenin tetkikinde kullanılmamalıdır<sup>142</sup>. Geçerlilik, normun yürürlüğüne ilişkin soruyu cevaplar. Meşru bir iktidardan sudûr etmiş, Kelsen'in ifadesiyle bir temel norma (grundnorm) istinat eden<sup>143</sup>, normlar hiyerarşisinin bir parçası ve hiyerarşi içindeki

<sup>138</sup> Bruce Steve / Yearly Steven, The Sage Dictionary of Sociology, Sage Publications, London 2006, s.216.

<sup>139</sup> Abercombie Nicholas / Hill Stephen / Turner Bryan S., The Penguin Dictionary of Sociology, Penguin Books, London 1994, s.287.

<sup>140</sup> Abercombie/Hill/ Turner (1994), s.288.

<sup>141</sup> Hafizoğulları Zeki, Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s.35.

<sup>142</sup> Kelsen Hans, General Theory of Law and State, Translated by Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge 1949, s.49; Hafizoğulları (1996), s.36.

<sup>143</sup> Kelsen (1949), s.115; Kelsen'in geçerlilik ve meşruluk kavramını sadece yöntemsel pozitivism olarak gören ve bu görüşün hukuki pozitivismden farkını anlatan bir görüş için bkz. Gürbüz Ahmet, Hukuk ve Meşruluk Meşru Hukukun Temel Unsurları, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.96 vd.

üst normla çatışmayan ve son olarak halen yürürlükte olan norm geçerlidir. Normun etkinliği ise saygınlıkla yani normun muhatabının o norma uyma noktasında takındığı tavırla ilgilidir. Normun kaynağı olan makam çeşitli vasıtalarla, gerektiğinde cebir kullanarak saygınlığını sağlamalıdır.

## 2.5 Yargılamanın Devlet İktidarı Dışındaki Varoluş Biçimleri

Modern devletin ortaya çıkışından önce de yargılamanın farklı şekillerde var olduğuna yukarıda yargılamanın tarihçesi bölümünde değinmiştik. Bu durum esasen yargılamanın sosyolojik anlamıyla doğrudan alakalıdır. Sosyal kontrolün bir aracı olması nedeniyle hukuk, ilkel kabul edilen bazı toplumlarda farklı şekillerde tezahür eder. Şöyle ki, görenek olarak adlandırılan ve norma aykırılık halinde belirli yaptırımlar öngören bir yargılama şeklinin var olmasına rağmen modern bir hukuk sistemi ve yargılamasından söz edemeyiz<sup>144</sup>. Bu başlık altında değineceğimiz husus ise modern devlet yargılamasıyla birlikte, hatta bazen modern devlet yargılamasına rağmen varlığını sürdüren yargılama biçimleridir.

Sosyolojik açıdan yargılamanın en nihayetinde bir kültür ürünü olduğu göz önünde tutulursa, devlet yargılamasıyla birlikte var olan yargılama şekillerinin de temelde kültürel çoğulculuk olgusunun bir sonucu olduğu ortaya çıkmaktadır. Bugün çoğu ülkenin homojen bir kültüre sahip olmaması daha doğru bir ifadeyle farklı kültürlerin bir arada yaşamak zorunluluğu beraberinde bazı sorunlar doğurmuştur<sup>145</sup>. Bu sorunları aşmanın yolu sosyal adalet ilkesi çerçevesinde farklılıkların bir grubun lehine olacak şekilde çözülmemesidir<sup>146</sup>. İşte tam da bu noktada karşımıza, toplumda azınlıkların yani farklı kültür gruplarının zararına çalışan, egemen grubun arzuları doğrultusunda oluşan pozitif hukuk sisteminin etkinliği sorunu çıkmaktadır. Nitekim ülke sınırları içinde farklı grupların hukuki ihtiyaçlarını görmezden gelen ve hatta bunları pozitif hukuk kuralları ile yasaklama yoluna giden sistemlerde, engellenmeye çalışılan kültürün sistemle çatıştığı, bu çatışmanın bazen

---

<sup>144</sup> Radcliff-Brown A.R., Structure and Function in Primitive Society, Essays and Adresses, The Free Press, Illinois 1952, s.212.

<sup>145</sup> Balı Ali Şafak, Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, “Öteki ile Barış İçinde Yaşamak, Çizgi Kitabevi, Konya 2001, s.195.

<sup>146</sup> Balı (2001), s.201.

terör eylemlerine varan boyutlara ulaştığı<sup>147</sup> ve her halükarda pozitif hukukla bastırılmayan bu ihtiyaçların kendine özgü şart ve koşullarda bir yaşam olanağı bulduğu inkâr edilemez bir gerçektir.

Devletin müsaadesi dâhilinde, devlet yargılamasından farklı hukuk kurallarının uygulanmasına ve buna bağlı olarak farklı yargılama usullerinin varlığına ilişkin en iyi örnekler Anglo-Sakson hukuk sistemini kullanan ülkelerde rastlanmaktadır. Özellikle medeni yargılama hukuku bakımından devletin bireylerin hayatına müdahil olmaktan imtina ettiği bu sistemde davaların ancak çok karmaşık hukuki meselelere bağlı önemli olaylarda açıldığı gözlenmektedir<sup>148</sup>. Bu durumun dikkate değer bir yansıması İngiltere’de Müslüman ve Yahudi guruplara tanınan dini kurallara göre yargılama yapılan mahkemelerdir. İlgili guruplara verilen bu yetki ilk kez 1950 yılında kanuni esaslara bağlanan ve 1966 yılında tahkim yoluna ilişkin kanuna (arbitration act) dayanmaktadır. Nitekim ilgili kanunun genel ilkeler kısmında özetle, kanunun amacının gereksiz gecikme ve masraflar doğmadan taraflar arasında adil bir çözüm bulmak olduğu, kamu ilgisine mazhar güvenlik meseleleri haricinde tarafların aralarındaki uyuşmazlığı istedikleri yöntemle çözebilecekleri ifade edilmiştir<sup>149</sup>. Halen İngiltere’de beş şehirde görev yapan mezkûr mahkemelere kadın hakları ve ayrımcılığa ilişkin bazı tepkilerin varlığına rağmen ilginin gittikçe artması<sup>150</sup>, yargılamanın devletin koyduğu pozitif hukuk kurallarının haricinde sosyal bir ihtiyacı gideren kültürel bir yapı olduğuna önemli bir örnek teşkil eder.

---

<sup>147</sup> Balı (2001), s.197.

<sup>148</sup> Yalçınkaya Namık Kemal, İngiliz Hukuku -Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle- ,Eroğlu Matbaası, Ankara 1981, s.224.

<sup>149</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/1>

<sup>150</sup> [http://www.bbc.com/turkce/multimedya/2012/01/120119\\_dg\\_sharia.shtml](http://www.bbc.com/turkce/multimedya/2012/01/120119_dg_sharia.shtml) (Çevrimiçi) E.t.17.11.2016)

## İKİNCİ BÖLÜM

### YARGILAMANIN AMACI

#### 1. HUKUKUN VE YARGILAMANIN AMACI ÜZERİNE

Yargılamanın amacına ilişkin teorik açıklamalara ve ileri sürülen teorilere değinmeden önce hukukta amaç problemi üzerinde kısaca durmak gerekir. Amaç (gaye), bir işte ulaşılmak istenen sonuç<sup>151</sup>, nihai hedef olarak tanımlanabilir. Hukukun amacının, araştırılmaya değer olup olmadığının belirlenmesi, farklı hukuk anlayışlarını kavramada bize yardımcı olacaktır. Örneğin hukukun amacının toplumun ortak faydası olarak ele alınması sosyalist hukuk düşüncesine, amacın hukuk güvenliği olarak ele alınması ise liberal hukuk düşüncesine temel olacaktır. Diğer yönden hukukun amacının tespiti, hukukun pratikte insana temas eden noktası olan yargılamanın da amacının belirlenmesini doğrudan etkileyecektir.

Doğa bilimlerinden farklı olarak deney ve gözleme dayanmayan bu nedenle bazı yazarlara göre bilim olarak dahi kabul görmeyen hukuk, konusu gereği beşeri ilişkilere değer atfederek, bu değerlemeye kıstas olarak amaç ölçütünü kullanmış, bu sayede hukukun axiologie (değer teorisi) ile bağı ortaya çıkmıştır<sup>152</sup>. Özellikle doğal hukuk düşünürleri hukukun finalist (gayeci) olduğunu söylemişlerdir.

Hukukun amacının olduğuna yönelik fikir birliğine rağmen<sup>153</sup>, amacın ne olduğu sorusu boşlukta kalmıştır. Kimi düşünürlere göre hukukun amacı adalet iken kimilerine göre ise toplumun ortak faydası hukukun amacını teşkil eder. Hukukun aslında sosyal bir

<sup>151</sup> [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.586bb7df494a28.36717728](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.586bb7df494a28.36717728) (Çevrimiçi) E.t. 10.08.2016.

<sup>152</sup> Güriz (2011), s.56.

<sup>153</sup> Henckel amacın varlığını kabul etmekle birlikte hukuk fikrinin ve amacın belirli bir kavram olarak donuklaştırılmasının zaman içinde hukuk üzerine düşünmeyi gereksiz kılacağından “ adalet” veya “hukuk düşüncesi” üzerinden soyut bir şekilde tarifinin daha doğru olacağını belirtmektedir. Henckel Wolfram, “Yargılama Kurallarının Adalet Değeri Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Çev. Ergun Önen, Yıl 1969, S.1-2, s.232.

fonksiyon ifa ettiğini düşünen hukukçulara göre hukukun amacı yukarıda zikredilen görüşlerden ayrı olarak doğuracağı sosyal sonuçlara göre de şekillenir. Bu düşünceye göre insan davranışları yasa koyucunun güttüğü amaca göre manipüle edilebilecektir. Genelde pozitivist ve iradeci hukukçuların savunduğu bu görüşe göre kanun koyucu önceden tespit edilmiş bir maksadı, bir ideali olmaksızın hareket etmez. Kanun onun için bir hedefe ulaşmak hususunda bir vasıta<sup>154</sup>. Bu hedef ise kanun koyucunun ideolojisiyle belirir. Bir hukuk kuralının içeriğinin saptanmasında sosyal nedenler ve sosyal amaçlar birlikte rol oynar.

Yargılama kavramının amacı hakkında tıpkı hukukun amacı konusunda bahsettiğimiz üzere başta var olup olmadığı daha doğrusu bu amacı araştırmanın gerekliliği, sonrasında ise belirlenen amacın ne olduğu üzerinden bazı tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmaların çıkış noktası farklı yargılama kollarına ilişkin farklı kuralların olması gerektiği tezinden ileri gelmektedir. Buna göre temelde medeni yargılama ve ceza yargılaması (ki bunlara idari yargılama anayasa yargılaması gibi başta ifade edilen yargılama kollarına nispetle yeni gelişen yargı kolları ilave edilebilir) usullerinin farklı olduğu, bu farklılıktan ise farklı ilkelere istinat eden farklı amaçlar türetilebileceği gerçeğini ortaya çıktığı iddia edilmektedir. Bunun yanı sıra amaç olarak ifade edilen bazı ilkelerin de her yargılama kolu için farklı yorumlandığı aşikârdır.

Yargılamanın amacını araştırmanın gerekliliği sorunu, bu amacın tespiti halinde elde edeceğimiz sonucun işlevselliği ya da teorik ve pratik faydasına bağlıdır. İlk bölümde izah etmeye çalıştığımız üzere gerek yargılamanın anlamı, gerekse sosyolojik ya da ontolojik varlığı bize yargılamanın bir sebebe müstenit olarak ortaya çıktığını ortaya koymaktadır. Eğer bu sebebin kaynağı tespit edilebilirse hem yargılanan, hem yargılayan hem de yargılama kurallarının bizatihi kendisi yargılama sonucunda ortaya çıkan sonucun, ilgili süjelerin mutlak tatminine yakınlaşması noktasında ileri doğru atılmış bir adım olacaktır. Örneğin yargılamanın amacının doğru tespitinin, sürelere, delil toplanmasına, duruşmanın şekil kurallarına veyahut benzer şekilde herhangi bir usul kuralının doğru anlaşılıp yorumlanmasında ve son kertede yargılamanın taraflarına doğru uygulanmasında pratik bir faydası olması, amaç sorunu üzerinde yapılan tartışmaların havanda su dövmek kabilinden bir beyhude çaba olmadığını gösterir. Öte yandan ilgili kuralların tespit edilen amaç (özellikle bu amacın tek bir esasa hasredildiği durumlarda) etrafında yorumlanması amaca

---

<sup>154</sup> Güriz (2011), s.61.

göre yorum yapılarak hukuki bütünlüğe zarar verilmesi sonucunu da beraberinde getirme ihtimalini doğurmaktadır. Bununla birlikte amaç doğru tespit edilmezse hukuk binası temelinden sarsılır. Örneğin kamu gücünün koruma tedbirleri şeklinde en yoğun hissettirildiği ceza yargılaması devlet şiddetinin yansıması şeklindeki kaba kuvvete dönüşür.

İşlevsel yönden amaç düzenleyicidir zira bütün bir yargılama, amacın etrafında şekillenir. Bu noktada pozitif hukuk yönüyle, amacın tespitini elzem kılan hususlardan bir diğeri, hukuk yapımı noktasında doğmaktadır. Kodların ete kemiğe bürünme aşamasında kanun koyucuyu etkileyen pek çok faktör vardır. Kanun koyucunun referans alacağı değer olarak amaç, bu anlamda tespit edilmeye muhtaçtır. Örneğin dava aşamasında uyulması gereken sürelerin tespitini içeren bir usul hükmünün yürürlüğe girme aşamasında hakkın zayi olmaması ile davaların sürüncemede kalmaması arasındaki dengeyi kurarken kanun koyucunun yargılamanın amacına göre bir tutum alması beklenir<sup>155</sup>.

Yargılamanın amacının tespiti yargılamaya hâkim olan ilkeler bakımından da önemlidir. Hukukun insan eliyle yaratıldığına ilişkin kanaatin hemen hemen tüm dünyaya egemen olduğu günümüzde, insan düşüncelerinin beden bulmuş hali olan ideolojilerin yargılamaya olan tesiri, kendi sistematiği ve ilkelerinin yargılama kurallarının yapılması ve yorumlanması safhalarında da varoluşuyla karşımıza çıkmaktadır. Örneğin tarihte faşist ideolojinin egemen olduğu zaman dilimlerinde devletin pozitif hukuk yoluyla sosyal hayata müdahalesine rastlıyoruz. Medeni kanuna konan ceza hükümleri vasıtasıyla özel hukuk ve kamu hukuku ayrımının sınırlarını silikleştiren 1942 tarihli medeni kanun ile devlete ve hükümet şefine yönelik suçlar bakımından idam cezası başta olmak üzere pek çok ağır ceza hükmü bulunan 1930 tarihli İtalyan ceza kanunu, Mussolini döneminde var olan faşist ideolojinin hukuka müdahalesinin yansımalarıdır<sup>156</sup>.

Bir ülkede pozitif hukukun kaynağı olan iktidarın benimsediği ideoloji ile ilgili yasaların yargılama ve yürütülmesi safhalarında uygulayıcısı durumunda bulunan kamu görevlileri ve yargıçların aidiyet anlamında mensup bulunduğu ideolojiler “kanunun ruhunun” belirleyicisi olabilmektedir. Örneğin liberal ideoloji ekseninde şekillenen bir iktidar organizasyonunun yaptığı yargılamaya ilişkin bir normun tasarruf ilkesi

<sup>155</sup> Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s. 3.

<sup>156</sup> Bulut İlhan, “İdeoloji ve Hukuk”, Ali Şafak Balı (Editör), Hukuk Politikası, Ankara 2016 s.126

çerçevesinde taraflara öncelik vermesi beklenirken, sosyalist ideolojinin egemen olduğu bir hukuk yapım sürecinde kamu menfaati çerçevesinde re'sen araştırma ilkesinin ön planda olacağını söylemek mümkündür.

Şüphesiz ideolojilerden bağımsız olarak bazı temel ilkelerin varlığını kabul etmek doğru olur. Mukayeseli hukuk bakımından konu incelendiğinde, hemen hemen her ideoloji ve dünya görüşü bakımından kabul gören, yokluğunda adil yargılamadan söz edemeyeceğimiz ilkelere söz edilebilir<sup>157</sup>. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında, "herkesin... yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkı", "kararların alenî olarak verilmesi ilkesi", "bir suçla itham edilen kişinin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı" gibi temel ilkeler evrensel niteliği haizdirler. Ancak bu durumda dahi bu ilkelerin yorumlanmasında şahsi ve ideolojik tesirlerin olacağını göz ardı etmemek gerekir.

## 2. YARGILAMANIN AMACINA İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER

### 2.1 Sübjektif Hakların Korunması veya İhkâk-ı Hakkın Önlenmesi Amacı

Doktrinde geleneksel pozitivist hak anlayışının bir yansıması olmak üzere irade üzerinden tanımlanan sübjektif hakların<sup>158</sup>, başka bir ifadeyle iradenin tesiriyle varlık bulan menfaatlerin tespit edilmesi, korunması ve somutlaştırılması yargılamanın amaçlarından biri olarak gösterilmiştir.

İhkâk-ı hakkın önüne geçebilmek üzere kamu gücü tarafından teşkilatlandırılan bir otorite olan yargılama erki, kişilerin hukuk düzeni tarafından tanınan menfaatlerini yine kamu gücünü kullanarak korur. Bu yaklaşıma göre tarihsel süreçte hakkın korunması organize bir kamu gücünün varlığı esas alınarak iki temel zaman diliminde incelenebilir. Teşkilatlı kamu gücü öncesinde, salt kaba kuvvete dayalı hakların korunması durumu

<sup>157</sup> Van Rhee C.H. (Remco) and Verkerk Remme, "Civil Procedure", Edited by, Jan M. Smits, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2006, s. 124. Yazar milli kanunlar bakımından bu durumun bir örneği olarak Fransız medeni yargılama kanununun "*principes directeurs du procès*" başlığı altında sayılan ilkeleri göstermektedir.

<sup>158</sup> Sübjektif hak kavramsal açıdan dilimizdeki hak kavramının karşılığı olup sübjektif kısmı kişiyle olan bağı ifade etmektedir. Bu ayrımın varoluş sebebi ise batı dillerinde hak ve hukuk kelimelerinin aynı kelime ile (İngilizce right Almanca recht) ifade ediliyor olmasıdır.



mevcut iken bir çeşit anarşi ortamı olarak adlandırılabilir halden, *düzen* haline geçişle birlikte kolektif karşı koymadan söz edilmektedir. Nitekim bu zaviyeden hukuk “*bireyin meşru savunma hakkının kolektif organizasyonu*” olarak tanımlanmıştır<sup>159</sup>. İhkâk-ı hakkın kaba kuvvet esaslı olması ve ölçüsünün belirlenememesi gibi sebeplerle insanoğlu, düzeni bozan bu durum yerine kimi zaman Roma ‘da olduğu gibi üstün kamu gücü esaslı bir yargılama yoluna giderken<sup>160</sup> kimi zaman yargılama konusu olaya taraf olmayan üçüncü bir kişiye bir çeşit hakemlik görevi vermiştir<sup>161</sup>.

Hak üzerinden yargılamanın amacını açıklamak hak kavramına verilen anlamla doğrudan ilgilidir. Hak kavramını, hukukça korunan menfaat olarak izah ettiğimizde bazı temel problemlerle yüzleşmemiz gerekir. Öncelikle; Hukukun pozitif hukuk olarak algılanması durumunda pozitif hukukun korumadığı veya henüz düzenleme altına almadığı menfaatler bakımından hakkın yokluğu karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca menfaat kavramının sübjektifliği sebebiyle iş dönüp dolaşıp kanun koyucunun iradesinde düğümlenir. Klasik liberal anlayıştan hareketle yargılamanın neticesinde korunamayan şeye hak dememek icap edecektir. Bir diğer temel problem de hakların korunmasına ilişkin olarak iddia edilen tarihsel süreçte ihkâk-ı hak’tan örgütlü karşı koyuşa geçiş sürecinin farazi bir tarihsel hipoteze dayanıyor oluşudur. Elimizde ilgili sürecin yaşanmışlığına ilişkin yer ve zaman bakımından tüm insanlığı kapsayacak veri mevcut olmadığından, yargılamanın amacını kendiliğinden hak almanın ikamesi olarak görmek bu anlamda mutlak doğru olarak kabul edilemez.

## 2.2 Objektif Hukukun veya Hukuk Düzeninin Gerçekleştirilmesi Amacı

Hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi amacı, çoğunlukla sübjektif hakların korunması amacı ile birlikte veya onu tamamlayacak şekilde ileri sürülen bir teoridir. Objektif hukuk kavramı olarak herkese uygulanabilen genel nitelikli kurallar yani en geniş anlamıyla hukuk

<sup>159</sup> Bastiat Frederic, Hukuk, Fransızcadan İngilizceye çeviren Dean Russel, İngilizceden Türkçeye çeviren Yıldırım Arsan ve Atilla Yayla, 5.Baskı, Ankara 2014, s. 14.

<sup>160</sup> Roma’da devletin davaya müzaheretini önceleri magistraların davanın işleyişini düzenlemesinden ibaretken, zamanla devletin müdahalesi artmıştır. Di Marzo Salvatore, Roma Hukuku, Çev.Ziya Umur, İstanbul 1954, s.98

<sup>161</sup> Hz. Muhammed dönemi Arap toplumunda sıklıkla rastlanan hakemlik müessesinde, hakem kamu üstün gücünü temsil etmezdi. Örneğin Hz. Muhammed’in dedesi Abdülmuttalib ile Abdülmuttalib’in amcasının oğlu (daha sonra Emevi hanedanının kurucusu olacak Muaviye’nin dedesi) Harb arasında, Harb’in Abdülmuttalib’in himayesindeki bir Yahudi tüccarın öldürmesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta, Hz. Ömer’in dedesi Nüfeyl b. Abdiluzza hakemlik etmiştir.

düzeni demektir. Kişilere tanınan haklar hukuk düzeni tarafından belirlendiğinden yargılamanın amaçlarından biri olarak gösterilen hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi ise hak kavramının muhtevasının yargılama ile beliriyor olması ile ilgilidir. Bu görüşü savunanlara göre hak ancak mahkemelerin verdiği hüküm ile somutlaşan ve her hükümle tekrar yenilenen bir olgudur<sup>162</sup>.

Hukuk düzeni hüküm yolu ile hakları koruduğundan, usul hükümleri yargılamanın hakları koruması amacına yönelik olarak şekillenmelidir. Bu durum ise ancak hukuk düzeninin korunması ile mümkün olur. Öte yandan sübjektif hak kavramından bağımsız olarak da hukuk düzeninin korunması amacından söz edilebilir. Özellikle ceza yargılaması bakımından kişisel bir hakkın ihlal edilmediği eylemlerin salt hukuk düzenini bozması gerekçesiyle yargılandığı durumların varlığı göz ardı edilmemelidir<sup>163</sup>.

Hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi hukuk güvenliği ile bağlantılıdır. Hukuk güvenliği ise hukuk aracılığıyla sağlanan koruma değildir. Örneğin dış hayatın tehlikelerine karşı sağlanan koruma daha çok ortak yararın bir unsurunu teşkil eder. Burada kastedilen güvenlik, hukuk normunun kesin olarak görülebilir ve anlaşılabilir oluşu ile bu normların ilişkili olduğu hadiseler tatbik edileceğine duyulan inançtır. Kanun koyucunun herhangi bir zamanda hukuku herhangi bir şarta bağlı olmaksızın ortadan kaldırabilmesi kesinliği izale edeceğinden hukuk güvenliği ilkesi gereği kuvvetler ayrılığı ilkesi ya da anayasa yargısı gibi kurumlar tesis edilmiştir. Adalet idesi çoğu kez hukuk güvenliği idesi ile birlikte yer almıştır. Nitekim kesin olmayan bir hukukun adil olduğundan söz edilemez. Çünkü öngörülemeyen bir hukuk düzeninde eşit olaylara eşit muamele de yapılamayacaktır. Bentham'a göre emniyet, gelecek için projeler üretmemize, hayatımızı şekillendirmeye imkân veren ve hayatımızın birbiri ardınca devam eden küçük yaşantılar olmaktan çıkarıp şimdiki zamanla gelecek zaman arasında basiret bağıyla kuvvetli bir köprü vazifesi gören idedir<sup>164</sup>.

Hukuk düzeninin gerçekleştirilmesinin hükme bağlanması dolayısıyla hâkime hukukun yaratılması ve geliştirilmesi noktasında yüklenen sorumluluk eleştirilmiştir. Buna göre hukuk düzenini yarattığı ileri sürülen hâkim “kanunla” bağlıdır ve hukukun

<sup>162</sup> Taşpınar, Ayvaz Sema, “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Faruk Erem Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 1999, s. 774.

<sup>163</sup> Örneğin TCK dördüncü bölümde sayılı devletin güvenliğine karşı suçlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

<sup>164</sup> Çobanoğlu Rahmi, Hukukta Gaye Problemi, İstanbul 1964, s.111.

gerçekleştirilmesinde doğrudan değil, verimli işleyen hukuk düzenini sağlamadaki katkısı vasıtasıyla dolaylı bir şekilde etkisi olmuştur<sup>165</sup>.

Bir diğer eleştiri ise her hüküm ile hukukun dinamik bir şekilde tekrar yaratıldığı ve hak kavramının muhtevasının belirlendiği iddiasının, bireyi objektif hukuk için bir malzeme yapmasına yönelik getirilmiştir. Bireyler şahsi davalarını takip ederken kendi menfaatleri doğrultusunda hareket edeceklerinden onları dolaylı da olsa objektif hukukun inşa malzemesi olması fikri kabul edilemez. Hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi bu anlamda amaç değil yargılama sürecinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmek gerekir<sup>166</sup>. Şüphesiz bu eleştirilerde haklılık payı olmakla birlikte hâkimin “kanunla” bağlı olduğu ve hukukun belirlenmesinde dolaylı bir payı olduğu görüşüne katılmak zordur. Zira hâkimin “hukukla” bağlı olduğu Kıta Avrupa’sı hukuk sisteminde dahi kuru biçimden ibaret olan mevzuata ruh üfleyenler bizzat hukuku uygulayanlardır. Öte yandan hukuk düzeni gerçekleştirmenin bireyi metalaştırdığı ve amaçtan çok sonuç olarak kabul edilmesi gerektiği tezi bazı davalar bakımından temelsizdir. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere öncelikle objektif hukukun gerçekleştirilmesi amacına hizmet eden davalar mevcuttur<sup>167</sup>.

### 2.3 Kesin Hükme Varma Amacı

Yargılamanın amaçları arasında gösterilen kesin hükme varma, yargılama neticesinde uyuşmazlığı her türlü değer hükmünden bağımsız olarak salt biçimsel şekilde sona erdirmek anlamına gelmektedir. Bu görüşün esası, usûli bir kavram olan yargılamanın amacının, yine usûli bir kavram olan kesin hüküm ile açıklanmasına dayanır. Ceza yargılaması bakımından belirli suçlara belirli usûl kuralları uygulanarak elde edilen cezanın ve yine medeni yargılama bakımından belirli hukuki olay ve olgulara önceden tespit edilmiş usûl kuralları çerçevesinde ulaşılan kesin hükmün, maddi içeriğinden bağımsız olarak, salt uyuşmazlığı bitirmesi yönüyle hukuki barış ve istikrarı sağlayacağı düşünülmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre yargılama hukuku doğruluk adalet gibi değer

<sup>165</sup> Taşpınar Ayvaz (1999), s. 775.

<sup>166</sup> Taşpınar Ayvaz (1999), s. 775.

<sup>167</sup> Örneğin Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular sonucunda verilen kararlar, emsal kararlar olması yönüyle objektif hukuk düzeninin sağlanması amacına hizmet ederler.

hükümlerinin değil devlet gücü ve otoritesi ile yargılama makamı önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verilebilirliğin garantisini oluşturur<sup>168</sup>.

Kesin hükmün toplumun ortak yararı kavramıyla doğrudan ilgisi vardır. Kesin hüküm sayesinde sağlanacak düzenin toplumun ortak yararını sağlayacağı düşünülmektedir. Adalet idesinde olduğu gibi ortak yararın da içeriği farklı siyasi ve felsefi görüşlere göre farklı anlamlara gelecek şekilde yorumlanmaktadır. Sosyal açıdan ortak yarar, bütün bireylerin yararlarıdır. Eğer bu gerçekleşmiyorsa mümkün oldukça çok sayıda bireyin yani "çoğunluğun" yararlarıdır. Organik anlamda ortak yarar bir devlet ya da ırk tarafından temsil olunan fertlerin toplamından daha fazla olarak "insanlığın" yararlarıdır. Ortak yarar kurumsal manada gayri şahsi değerlerin gerçekleşmesinden ibaret olan yararlarıdır<sup>169</sup>. Örneğin bir sanat dalının gelişmesi zaman ve mekândan arî olarak ortak yararı teşkil edebilir. Ortak yarar idesi liberal görüşteki yazarlarca "tek bir insanın hakkı milyonlarca insanın hakkı kadar mukaddestir" şeklindeki itirazlara mevzubahis olmuştur. Liberal doktrin bireyin yararı sağlanmadıkça ortak yarardan bahsedilemez demektedir. Ortak yarardan hareketle hukukun özgürlükleri daraltıcı ve eşitliğe aykırı yorumuna tepki olarak doğan bu görüş, hukuka liberal düzene ait kurumları koruma vazifesi vermiştir. Ortak yarar tek başına hukukun ve yargılamanın amacı olarak değerlendirilirse, bu totaliter ideolojilere hukuku istedikleri gayeye yönelik olarak kullanma fırsatı vermektedir. Bu nedenle adalet ve emniyet gibi prensipler ihmal edilmeden ortak yarar gözetilmelidir.

Kesin hükme ulaşma amacına yönelik en temel eleştiri, dava neticesinde ortaya çıkan sonucun amaç olarak sunulmasıdır<sup>170</sup>. Her ne kadar kesin hükmün uyuşmazlığı veya suç neticesinde oluşan sosyal düzendeki bozulmayı ortadan kaldıracağı iddia edilse de etik değerden yoksun bir kararın iddia edilenin aksine sonuçlar doğurması kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca yargılamanın amacı olarak kesin hükmün esas alınması hukukun yapımı ve yorumlanması aşamalarında da etik değerlerin göz ardı edilmesi ve pratik kaygıların öne geçmesi ihtimali nedeniyle sosyal sonuçları itibariyle sorunlu bir yaklaşımdır. Özellikle süreler, tarafların iddia ve savunmalarının mahkeme önüne getirilmesi gibi usul kurallarında yalnızca kesin hükme ulaşma amacı doğrultusunda yapılacak düzenlemeler toplumun adalet beklentisini sağlamayacağından, kesin hüküm

---

<sup>168</sup> Taşpınar Ayvaz (1999), s. 762.

<sup>169</sup> Çobanoğlu (1964), s.102.

<sup>170</sup> Taşpınar Ayvaz (1999), s.762.

adaletli karar verme amacına hizmet ettiği ölçüde amaca hizmet edeceği göz ardı edilmemelidir.

## 2.4 Hukuk Barışının Sağlanması Amacı

Hukuk barışı kavramı olarak: Bir gerçek ya da tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı şekilde bir hakkın kaybı, bir mağduriyetin gerçekleşmesi veyahut toplumsal düzenin bozulması yüzünden güven ve istikrar içinde yaşayamaması nedeniyle muhatap olmak durumunda kaldığı yargılama erki tarafından verilen bir karar ile sağlanan; düzenin bozulduğu, hakkın kaybolduğu veya mağduriyetin gerçekleştiği anın öncesinde yer alan barış halini tarif için kullanılır. Bir anlamda hukuk barışını, yargılama erkinin barışı bozan olay, olgu veya davranışı izale etmesi sebebiyle, kişinin ihkâk-ı hak yoluna başvurmasına gerek olmaksızın hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması olarak kabul etmek gerekir.

Yargılamanın başta gelen amaçlarından biri olarak gösterilen uyuşmazlığın giderilmesi yoluyla hukuk barışının sağlanması<sup>171</sup>, hukuk yoluyla düzenin sağlanacağı şeklinde bir ideal oluşturma ve yargılamaya yön veren usûl ilkelerinin tespiti bakımından da önemlidir. Zira sonucunda hukuka aykırılığın giderilmediği ve adalete ulaşmayan bir sürece, süreç her ne isimle isimlendirilmiş olursa olsun, muhakeme demek mümkün değildir. Hukuk barışının sağlanmasını yargılamanın sùjeleri üzerinden değerlendirmenin de doğru olmadığı kanaatindeyiz. Yargılama sonucunda çıkan kararın medeni yargılama bakımından davacıyı veya davalıyı (bazı durumlar da her ikisini) ceza yargılaması bakımından sanığı tatmin etmemiş olabilir. Nihayetinde uyuşmazlıkları doğuran sosyal yapı içinde tarafların kişisel çıkarları söz konusu olduğundan, tarafları mutlak anlamda memnun etmek çoğu kez mümkün de değildir. Burada kanaatimizce esas dikkat edilmesi gereken husus, somut vakıanın özellikleri de göz ardı edilmeden uyuşmazlıklar neticesinde çıkan yargı kararlarının istikrarlı ve kamuoyu vicdanını tatmine yönelik olarak verilmiş olmasıdır. Bu yönüyle hukuk barışı somut olayın taraflarından ziyade toplumun genelini ilgilendiren bir kavramdır.

---

<sup>171</sup> Konuralp Haluk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s.6.

## 2.5 Adaletli Karar Verme Amacı

Yargılamanın amacına ilişkin ileri sürülen tüm görüşleri kapsayan ve aslında mevzubahis tüm ilkelere kaynaklık eden amaç adalete ulaşmaktır. Cümle tersten okunursa adaletli bir karar çıkmayan faaliyete muhakeme denilmesi mümkün değildir. Peki, adil bir kararın tespiti mümkün müdür? Adaletin eskilerin tabiriyle zıddıyla kâim olmasının bir sonucu olarak adaletsiz bir kararın tespiti aynı zamanda adil bir kararın tespitini de mümkün kılar<sup>172</sup>. Bir kararın adaletsiz olması ise bir hakkın doğrudan veya dolaylı bir biçimde çiğnenmesinin<sup>173</sup> bir sonucudur.

Adalet kavramı tarih boyunca üzerinde en çok tartışılan hukuk felsefesi konularından biri olmuştur. Adalet, hakkında yapılan birçok tanıma rağmen üzerinde uzlaşılan bir tanımla mevcut değildir. Bu durumun sebebi adalet kavramı (objektif anlamda adalet) ile adalet idesi (sübjektif anlamda adalet) arasındaki ayrımın belirsizliğidir. Öznel adalet, kişinin erdem olarak sahip olduğu bir tutum olarak “adalet severlik” iken, nesnel adalet kişiye özgü olmayan, kişiler arası somut durumlarda ortaya çıkan “ilişkilerin bir niteliğini” ifade eder<sup>174</sup>.

İlk çağlarda adaletin tanımı olarak Aristo tüm insanların ve tüm olayların eşit muameleye tabi tutulmasını değil, fakat eşit bir ölçüye göre değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle, yapılacak muamelenin insanların ve olayların gösterdiği farklılıklara göre değişeceği bu nedenle muamelelerin mutlak değil orantılı bir eşitliğe dayanması gerekliliğini ifade etmiştir. Daha sonraları Aquinalı Thomas'ın daha kristalize ettiği<sup>175</sup>, Dağıtıcı adalet (iustitia disturbativa) olarak ifade edilen bu anlayışa göre herkese topluma katkısı ve yeteneği oranında muamele edilmelidir. Denkleştirici adalet (iustitia commutativa) ise eşit kabul edilenler arasında eşit muamele esasına dayanır. Kimse

---

<sup>172</sup> Kuçuradi İonna, Adalet Kavramı, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri (Haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1997, s.323.

<sup>173</sup> Kuçuradi (1997), s.325.

<sup>174</sup> Aral Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam, İstanbul 1988 s. 161.

<sup>175</sup> Topakkaya Arslan, “Aristoteles'te Adalet Kavramı”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi The Journal of International Social Research, Volume 2/6, Winter 2009, s.629.

verdiğinden çok almamalı bu şekilde karşısındakinden üstün hale gelmemelidir<sup>176</sup>. Örneğin anayasada vatandaş olmayana mülkiyet hakkı verilmemesinin dağıtıcı adalet, şartları taşıyan herkesin memur olabilmesi ise denkleştirici adalet ilkesi gereğidir.

Yukarıda bahsedilen dağıtıcı ve denkleştirici adalet anlayışları kimi zaman bekleneni vermekten uzak kalmışlardır. Örneğin herkese hak ettiği cezanın verilmesi gerektiğini savunan adalet anlayışı, failin ruhsal eksikliklerini göz ardı ettiği için, aynı şartları taşıyan herkese eşit muameleyi öngören denkleştirici adalet anlayışı ise pozitif ayrımcılık açısından kadınların ve çocukların korunması ilkesini dikkate almadığı öne sürülerek adilane bir sonuç doğurmadıkları nedeniyle eleştirilmişlerdir.

Bu bağlamda nesafet (equitas) kavramının yukarıda zikredilen eksikliklerin izalesi amacıyla doğduğunu görüyoruz. Buna göre adalet insanların bireysel özellikleri ve somut olayın özelliği göz önünde tutularak uygulanan eşitlik durumudur<sup>177</sup>. Sosyal ilişkilerin düzenlenmesi ve bunun düzenleyicisi olarak devletin görüldüğü durumlar için ise sosyal adalet tanımı yapılmıştır. Buna göre yüksek buyurma gücü olan devletin adalet tesis ederken sosyal himayeye muhtaç kişileri gözetmesi gerekir. Sosyal adalet ve buna bağlı olarak sosyal devlet anlayışı felsefi temel olarak sosyalizmden değil liberal devletin tabi hukuk yorumundan neşet etmiştir.

Adalet idesiyle ilgili olarak kamu yararının gereği olduğu ifade edilmiştir. Buna göre adalet kavramı bünyesinde adaletsiz bir durumun varlığını barındırır. Adaletsizlik ise toplumun düzenini bozacak ve kargaşaya yol açacaktır. Bu noktada tartışılması gereken şey adil olmadığı kabul edilen şeyin mi sosyal düzeni bozduğu yoksa düzeni bozan şeyin bizzat adaletsizlik yarattığıdır. Şüphesiz felsefi bakımdan iyi, güzel, doğru gibi mutlak bir değer ölçüsü olan adaletin toplulukla fert arasında bir gerginliği içerdiği, çünkü adalet idesinin ontolojik varlığının bu gerginliği çözme amacına matuf olduğu realitesidir. Yukarıdaki soruya dönecek olursak sosyal düzeni bozan bir şey mutlaka gayri adil olmak zorunda değildir. Örneğin Nazi Almanya'sında var olan düzeni kabullenmek adalet idesine bağlanamaz.

---

<sup>176</sup> Çobanoğlu (1964), s.103.

<sup>177</sup> Öktem/Türkbağ (2012), s71.

Adalet idesinin pozitif hukukla ilişkisi ise yukarıda zikredildiği üzere kendi içinde mündemiç bulunan adaletsizlikle doğru orantılıdır<sup>178</sup>. Pozitif hukukun olmadığı bir "ideal" düzende adalet ilkesine hiç gerek olmayacaktır. Adalet ilkesi pozitif hukuku denetlemek üzere hukuk kurallarının adil olup olmadığının değerlendirildiği bir sistematığın sonucudur. Bu noktada pozitif hukukun geçerliği ve hukukun objektif geçerliği kavramlarını da dikkate almakta fayda vardır. Usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş bir yasanın adil olup olmadığı onun adalet ölçütüne göre değerlendirilmesiyle ortaya çıkar.

Doktrinde adalet kavramının belirsizliği öne sürülerek yargılamanın amacının adalete ulaşmak olduğuna ilişkin görüşlere ihtiyatlı yaklaşmak gerektiğini savunulmaktadır. Buna göre adalet ahlaki bir değer olduğundan bilimsel bir çalışmanın konusu da olamaz. Adil olması gereken yasadır. Mahkeme kararlarının adil olması yargılama kurallarının adil olmasına bağlı olup, bu durum ise yargılama hukukunun değil hukuk politikasının sonucudur<sup>179</sup>. Öte yandan diğer bir görüşe göre adalet insan vicdanının tartabildiği bir değerdir<sup>180</sup>. Kanaatimizce kendine özgü ilkelerle belirlenmesi zor olsa da adaleti hâkim karşısına çıkan her davada felsefi bir derinliğe sahip öngörüyle yeniden inşa etmelidir. Çünkü adalet, *“bazen mevcut toplumsal normlardan çıkarılabilecek geleneksel bir değer bazen de geleneksel normlardan ayrılmayı gerektiren bir ideal değerdir”*<sup>181</sup>.

### 3. MADDİ GERÇEĞE ULAŞMA AMACI

Muhakemenin sonunda verilecek hükmün dayandığı vakıaların, oluş şekline uygun olarak ele alınması zaruridir. Hüküm verilme işlemi en kaba tarifıyla hukuk kuralının vakıaya uygulanması olduğundan<sup>182</sup>, vakıanın gerçeğe aykırı şekilde hükme esas alınması hükmün de sıhhatini olumsuz yönde etkileyecektir. Özellikle medeni yargılama hukukundaki liberal anlayış bakımından vakıaların ve delillerin taraflarca hazırlama ilkesi doğrultusunda mahkeme huzuruna getirildiği göz önüne alındığında, tarafların, menfaatleri yönünde bir hükmün teşekkülü için çoğu zaman vakıa ve delilleri, oluş şekline aykırı

<sup>178</sup> Güriz (2011), s.74.

<sup>179</sup> Taşpınar Ayvaz (1999), s.773-774.

<sup>180</sup> Yılmaz Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2013, s.32.

<sup>181</sup> Balı(2011), s.171.

<sup>182</sup> Hukuki muhakeme ve hükmün değeri hakkında bkz. Uzun Ertuğrul, Akıl Tutkunu Hukuk, İstanbul 2010, s.29 vd.



şekilde sunmaları kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle adil bir hükmün tesisi için hükme esas teşkil eden vakıaların maddi gerçeğe uygun olması gerektiği ortadadır<sup>183</sup>.

### 3.1 Gerçek Kavramının Niteliği

#### 3.1.1 Mahkeme Kararının Dayandığı Gerçek Kavramı

Gerçek kavramı sözlükte “*bilinçten bağımsız somut ve nesnel olarak var olan*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>184</sup>. Bir başka tanıma göre gerçek “*varlığı hiçbir koşulda yadsınamayan durum, olgu*” dur<sup>185</sup>. Her halükarda gerçek bilgiye dayanır. Bilginin kaynağı, doğruluğu, imkânı ve sınırları gerçek kavramının da temel belirleyicisidir. Tarih boyunca üzerinde uzlaşılan bir bilgi kuramı olmamakla birlikte, aydınlanma çağı ile birlikte mahkeme kararının dayandığı gerçeğin tespitinde, bilginin rasyonel olduğu esasına dayanılır<sup>186</sup>. Marks’a göre mutlak gerçeğe ulaştıran bilgi aklidir ve akıl her bir şeyin bilgisini bilmeye muktedirdir. Bilgi rölatif olarak değerlendirilemez; nesneldir<sup>187</sup>. Dolayısıyla mahkeme kararının dayandığı gerçek, kişiye göre değişmeyen, duyularla algılanabilen nesnel özellik gösterir<sup>188</sup>.

Bilginin doğruluğunun, bilim üzerinden açıklanması bazı eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Muhakemede ele alınan deliller, tanık beyanları hatta sanık gibi muhakeme süjelerinin, bilimsel bilgi ile değerlendirilip mahkeme hükmünün bu verilere dayanarak kurulması hakkındaki ilk eleştiri bilginin üretilmesi aşamasına ilişkindir. Bilim

<sup>183</sup> Gaul Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, Çev. Nevhis DEREN YILDIRIM, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, Derleyen M. Kamil YILDIRIM, İstanbul 2012, s.93.

<sup>184</sup> Hançerlioğlu Orhan, Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1999, s.131.

<sup>185</sup> Ulaş Sarp Erk, Felsefe Sözlüğü, (Hazırlayanlar: A. Bâki Güçlü, Erkan Uzun, Serkan Uzun, Ü Hüsrev Yolsal) Ankara 2002, s.593.

<sup>186</sup> Fezyioğlu Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s.71.

<sup>187</sup> Yenişehirlioğlu Şahin, Felsefe Diyalektik Bilgi Kuramı (Epistemoloji), Ankara 1982, s.369; Marks bilginin yalnızca kavramsal olmadığını aynı zamanda maddesel olduğunu da ileri sürmüştür. s. 369.

<sup>188</sup> Yargıtay maddi gerçek hakkında “...Ceza Yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada **mantık yolunun izlenmesi** gerekir. Gerçek; **akla uygun ve realist**, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez...” ifadesi ile rasyonel gerçek anlayışını benimsemiştir. YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 1993/6-79 K. 1993/108 T. 19.4.1993. (www.kazanci.com)

insanlarının, dışlanma ve değersiz görülme gibi sebeplerle içinde buldukları bilim ortamında kabul gören paradigmaların<sup>189</sup> dışına çıkamadıkları, deney ve denetlemeleri sonucunda paradigmaya aykırı sonuca ulaşan bilim insanlarının ise paradigmanın kendisinden ziyade yönteme ilişkin veya teknik hatalara sorumluluk yükledikleri görülmektedir<sup>190</sup>. Teknik gelişmelerin insan hayatına egemen olduğu günümüzde, mahkeme kararları bilirkişi kararları çerçevesinde verilmekte, hükme esas alınan bilimsel bilgi ise çoğunlukla bilirkişi raporuna aykırı karar verilerek sorumluluk alınmak istenmemesi ve kararların tek bilirkişi raporuna dayanması gibi sebeplerle güvenilir olmaktan çıkmaktadır<sup>191</sup>.

İkinci ve önemli bir eleştiri de bilimsel bilginin zamanla değişmesi ve özellikle ceza muhakemesinde gerçeğe ulaşma amacıyla esas alınan teknik bir bilginin aradan yıllar geçtikten sonra yanlışlanabilmesidir<sup>192</sup>. Gerçekten de tarihte pek çok mahkeme kararının değişen teknik bilgiler çerçevesinde tekrar ele alındığında, mahkûmiyet verilen kimi ceza davalarında sanığın masum olduğu ortaya çıkmıştır. Zikredilen bu eleştirilerin haklılık payı bulunmakla birlikte, hükme esas alınan maddi gerçek mutlak gerçek demek değildir. Aşağıda değineceğimiz maddi gerçek mutlak gerçek ayrımı bu anlamda maddi gerçeğin kapsamı ve sınırlarının belirlenmesini de sağlayacaktır.

### 3.1.2 Maddi Gerçek-Mutlak Gerçek İlişkisi

Yargılama makamının hükme esas aldığı maddi gerçek kavramı doktrinde “ *geçmişte olup biterek tarihe mâl olmuş bir olayın ya da olaylar bütünü, onun belli parçalarını temsil eden vasıtalar, yani deliller aracılığıyla bugün ortaya konmuş hali*” olarak tanımlanmıştır<sup>193</sup>. Bu tanımdan hareketle maddi gerçeğin iki unsurdan meydana geldiğini görüyoruz. Bunlardan ilki geçmişe dönük olması diğeri ise olayın oluş şeklinin deliller

<sup>189</sup> Paradigma sözlükte “Bilimde bilim adamının dünyaya bakışını belirleyen, ona fenomenleri açıklama olanağı veren model, kavramsal çerçeve ya da ideal teori” olarak izah edilmiştir. Terime bu anlamı veren ünlü düşünür Thomas Kuhn, paradigmayı bilimsel düşünce ve faaliyet kavramsal çerçeveler tarafından belirlenir, paradigmalara göre gerçekleşir. Cevizci Ahmet, Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1999, s.675.

<sup>190</sup> Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti, Ankara 2016, s. 46.

<sup>191</sup> Karakehya (2016), s. 47.

<sup>192</sup> Karakehya (2016), s.48-49.

<sup>193</sup> Fezyioğlu (2002), s.72.

aracılığıyla ortaya konmasıdır<sup>194</sup>. Geçmişte yaşanmış bir olayın akıl ve bilim süzgecinden geçirilen delillerle ortaya konması, ulaşılan gerçeğin mutlak gerçek olduğunu göstermez. Zira mutlak gerçeği, hakkında en ufak şüpheye dahi yer olmayan ve aksi her türlü ihtimalin tüketilerek yeniden inşa edilmiş olan geçmişin bir tür kopyası olarak kabul edilmek gerekir.

Gerçeğin aslında subjektif bir algı<sup>195</sup> olduğu hesaba katıldığında geçmişte yaşanmış bir olayın mutlak gerçekliğine ulaşmak imkânsızdır. Bununla birlikte maddi gerçeğin mutlak gerçeğe aykırı olduğu hususunda bir şüphe oluşması hükmün sıhhatini zedeler<sup>196</sup>. Özellikle ceza yargılaması bakımından bu iki durumu karıştırmamak gerekir. Ceza yargılamasında hâkimin vicdani kanaate göre verdiği karar, deliller ve emarelerin mantık kuralları çerçevesinde yorumlanmasından ibarettir. Hâkim olay örgüsünde karşılaştığı boşlukları akıl yürüterek doldurur<sup>197</sup>. Tekraren belirtmek gerekir ki bu noktada dikkat edilmesi gereken husus maddi gerçeğin mutlak gerçeğe aykırı olduğu noktasında çürütülememiş bir şüphenin bulunmaması gerekliliğidir.

### 3.1.3 Maddi Gerçek-Şekli Gerçek Ayrımı

Amaçsal bir problem olarak gerçek kavramı üzerinde bazı tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmaların temel hareket noktası değişik yargılama usullerinin dayandığı farklı ilkeler bakımından gerçeğe ulaşmanın mümkün olup olmadığı ya da daha doğru bir ifadeyle gerçek kavramının niteliği üzerinedir. Doktrinde bu tartışma şekli- maddi gerçek ayrımı üzerinden yürütülmüştür. Bu iddiaya göre re'sen araştırma ilkesinin cari olduğu ceza yargılaması, maddi gerçeği ararken, dava malzemelerinin taraflarca hazırlandığı medeni yargılama hukuku, şekli gerçekle yetinmek durumundadır.

<sup>194</sup> Karakehya Hakan, “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, Eskişehir Barosu Dergisi, Yıl 2006, S. 10, s.96.

<sup>195</sup> Gerçek olarak algıladığımız durum kişinin sosyal statüsü, yaşı, cinsiyeti, kültürel birikim ve çevresi gibi faktörlerden bağımsız değildir. Gerçek algısının değişkenliği hakkında yapılan bazı deneyler için bkz. Sherif Muzafer, A Study of Some Social Factors in Perception, New York 1935.

<sup>196</sup> “Birçok Yargıtay kararında belirtildiği gibi ceza yargılamasında amaç her tür kuşkudan uzak maddi gerçeği araştırmak, saptamak ve buna göre sonuca varmaktır. Yargılamaya konu edilen fiilin sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine dair en ufak bir şüphenin söz konusu olması durumunda mahkûmiyet kararı verilemez ve masumiyet karinesi gereğince şüpheden sanığın yararlanacağı kabul edilerek beraat kararı verilmesi bir zorunluluktur.” YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2015/359 K. 2015/417 T. 24.11.2015 (www.kazanci.com)

<sup>197</sup> Fezyioğlu (2002), s.82.

Medeni yargılamanın şekli gerçekte yetinmek durumunda olduğu iddiasına ciddi itirazlar gelmiştir<sup>198</sup>. Bu konuda ilk itiraz, ceza yargılaması ve medeni yargılamanın uygulama şekline kaynaklanan farklar nedeniyle, farklı gerçeğe ulaşma metotlarının var olduğu ve bunun medeni yargılamada aslında maddi gerçeğin aranmadığı sonucunu doğurmayacağı hususudur<sup>199</sup>. Farklı yargılama biçimlerinin bulunması birden fazla gerçeğin bulunmasından değil uyumsuzluğun niteliği ve uyumsuzluğun çözümündeki temel yarar meselesindedir.

Medeni yargılama yöntem olarak tarafların hâkimiyetini benimsemiştir. Taraflar özel hukuk kişileri olduğundan mahkeme önüne getirilen menfaatler de özel hukuk kişilerinin - kanun koyucu aksini düzenlemediği sürece- birbirine üstünlüğü olmayan menfaatleridir. Bu menfaatlerin dava konusu edilmesi hayatın doğal akışında kendiliğinden çözülemeyen bir çatışma olduğunu gösterir. Çatışmanın taraflarının, davaya konu olan vakıaları hâkim dâhil olmak üzere çatışmanın içinde yer almayan üçüncü kişilerden daha iyi bilmesi ise su götürmez bir gerçektir. Şu halde dava sonunda hükmün kendi lehine verilmesini uman tarafların vakıaları ve vakıaların oluş şeklini gösteren delilleri en ince ayrıntısına varıncaya dek mahkeme önüne getirmesi beklenir<sup>200</sup>. Ayrıca delil ve vakıaları tarafların getirmesi yerine mahkemenin re'sen araştırması halinde davanın usul ekonomisi ilkesine aykırı bir şekilde uzaması ve buna rağmen sağlıklı neticelere ulaşılamaması ihtimali de vardır<sup>201</sup>.

Medeni yargılamanın şekli gerçekte yetinmek zorunda olduğu hakkında ileri sürülen görüşlere yönelik ikinci itiraz davanın mahiyetine göre re'sen araştırma ilkesinin uygulanabiliyor olmasıdır. Buna göre kamu düzenini ilgilendiren davalar ile çekişmesiz yargılama işlerinde kural olarak hâkim vakıa ve delillerin toplanması noktasında görevlidir. Kamu düzenini ilgilendiren davalarda hâkim ikrar, feragat ve sulh gibi davayı sonlandıran taraf işlemleri ile de bağlı değildir. HMK'da tâdâdi olarak gösterilen çekişmesiz yargılama işlerinde ise genellikle hasmın bulunmayışı sebebiyle re'sen araştırma ilkesinin cari olduğu söylenebilir. Medeni yargılamadaki metot farkı davanın mahiyetine göre değişebildiğine göre yargılamada aranan hususun şekli gerçek olduğu

---

<sup>198</sup> Yılmaz (2013), s. 33, Tercan Erdal, "Hâkimin davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi", Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C.7, S.18, s.5.

<sup>199</sup> Alangoya Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s.87.

<sup>200</sup> Alangoya (1979), s. 88.

<sup>201</sup> Alangoya (1979), s. 88.

iddiası hakikati yansıtmamaktadır. Bir diğer itiraz ise hâkimin davaya taraflarca getirilme ilkesi nedeniyle kayıtsız kalmasına ilişkindir. Hâkim dava şartlarını re'sen incelediği gibi, davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflara açıklama yaptırabilir, delil gösterilmesini isteyebilir. (HMK m. 31) Tarafların da dürüstlük kuralına uygun şekilde davranması esastır. Dava malzemesi hususunda gerçeğe aykırı beyanlar hükme esas alınmaz. Nihayet bu eleştirileri ileri sürenlere göre ceza yargılamasında hâkimin delilleri serbestçe takdir edebiliyor olması da medeni yargılamanın şekli gerçeğe yetindiği savını ispatlamaz. Zira senetle ispat kuralı gibi hâkimi bağlayan kuralların varlığı da gerçek dışı tanık beyanları gibi maddi gerçeğin bulunmasını engelleyen durumların önüne geçebilmektir.

### **3.1.4 Gerçeğe Ulaşma Amacının Adaletli Karar Verme Amacı ile Olan İlişkisi**

Maddi gerçeğe dayanmayan bir hükmün, yargılama için ileri sürülen amaçlardan birine uygun olması düşünülemez. Örneğin yargılamanın hukuk barışını sağlama amacı olduğunu ileri süren bir görüş bunu kurgusal bir gerçeklik üzerinden verilmiş bir mahkeme kararına dayandırması halinde kendisiyle çelişmiş olacaktır. Çünkü hukuk yolu ile hak ettiğini alamayan bir davalı ya da davacının hukuk dışı yollara yönelmesi şaşırtıcı olmaz. Günümüzde özel hukuk yargılamasının maddi gerçeği ikincil plana iten bazı usul uygulamaları yüzünden tarafların ihkâk-ı hakka başvurmaları sıklıkla karşılaştığımız durumlardır. Örneğin belirli bir bedelin üstündeki alacağını senetle ispat kuralı sebebiyle hukuk yoluyla alamayan bir alacaklı ya bizzat kendisi veya hukuk dışı bazı örgütlenmeler tavassutuyla borçludan tahsil yoluna başvurabilmektedir. Bu nedenle verilen hüküm neticesinde bir hakkın zayı olduğu ve adaletin gerçekleşmediği uyuşmazlık çözümlerinin, her ne kadar kamu gücü kullanılarak ve önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde yapılıyor olsa da, en azından sosyolojik anlamda yargılama olduğunu kabul etmek zordur.

Bir yönüyle adaletli karar vermek, yargılama neticesinde ortaya çıkan karardan doğrudan veya dolaylı bir şekilde etkilenen kişilerin beklentilerinin karşılanması anlamına da gelir<sup>202</sup>. Şüphesiz ilgililerin beklentilerini etkileyen bazı psikolojik faktörler de vardır.

<sup>202</sup> Hacıkadiroğlu Vehbi, Kuramlar ve Adalet, Kuramlar ve Adalet, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri (((Haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1997, s.382.

Çoğu zaman karardan olumsuz etkilenen kişilerin “*duygularının çarpıtıcı etkisi altında*”<sup>203</sup> kararın adil olmadığını iddia etmeleri mümkündür. Bununla birlikte söz konusu psikolojik etkinin doğumunda verilen hükmün maddi gerçeğe uygun olmamasının da payı büyüktür. Sanal bir gerçeklik (maddi gerçeklikten ziyade tarafların mahkeme huzurunda oluşturduğu gerçeklik) üzerinden yapılan bir yargılama ve verilen hüküm ilgililerin beklentisini karşılamaz.

Gerek herkese kendisine düşeni vermek şeklinde tanımlanan nesnel adalet anlayışında –ki burada nesnelliği sağlayan pozitivist bir yaklaşımla herkesin neyi hak ettiğini yasa koyucunun belirliyor oluşudur<sup>204</sup>- gerekse “*haksızlıklar karşısında kurulu düzeni değiştirme arzusu*”<sup>205</sup> anlamında bir ideal değer olan adalet anlayışında somut bir gerçekliğe dayanmayan bir kararın adil olduğunu söylemek zordur. Nesnel adalet anlayışında yasa koyucunun belirlediği hak kavramının tespit ve teşekkülü bir maddi gerçekliğe dayandığı zaman anlam bulur. Öte yandan ideal adalet anlayışında izafi bir gerçeklikle haksızlığın giderilmesi mümkün görünmemektedir.

### **3.2 Maddi Gerçeğe Ulaşma Amacı Bakımından Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemleri**

#### **3.2.1 Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Kavramları**

Pozitif hukukun sosyal alana yoğun bir şekilde müdahil olması, uzmanlaşma kavramının öne çıkmasını sağlamıştır. Bu durumun en önemli örneği olarak geleneksel devlet anlayışından modern devlete geçiş gösterilebilir. Tüzel kişiliğe bürünen devlet mekanizmasının, tıpkı diğer gerçek ve tüzel kişiler gibi insanla doğrudan kurduğu temas neticesinde ortaya çıkan zararları karşılamak için, önceleri *hazine teorisi*<sup>206</sup> geliştirilmiş ve

<sup>203</sup> Hacıkadiroğlu (1997), s. 383.

<sup>204</sup> Aral Vecdi, Hukuki Değer Olarak Adalet, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri (Haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1997, s.330.

<sup>205</sup> Aral (1997), s.331.

<sup>206</sup> Tarihsel süreçte Almanya’da polis devletinden hukuk devletine geçiş aşamasında devletin davada doğrudan muhatap alınmaması yüzünden devletin vatandaşlarına vermiş olduğu zararın özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilen “hazine” tarafından ödenmesi esasına dayanan teoridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler Kemal / Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012, s.61; Günday Metin, İdare Hukuku, Ankara 1999, s.24; Giritli İsmail / Bilgen Pertev / Akgüner Tayfun / Berk Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2012, s.67.

fakat bu teoriyle belirlenen devlet anlayışının sadece maddi zararı karşılayıp “haksızlığı” tüm sonuçlarıyla giderememesi üzerine devlet tüzel kişiliğini yargılamak amacıyla *hukuk devleti* teşekkül etmiştir. Hukuk devleti ise tüm eylem ve işlemleriyle yargı önünde sorumlu tutulabilen devlet anlayışı olduğundan, devleti yargılamak ihtiyacı idari yargı kolunun varlığına vücut vermiştir.

Hukuki nitelikleri gereği bir bütün oluşturan yargısal işlerin tek bir yüksek mahkeme şemsiyesi altında ve kendilerine özgü yargılama usulleri çerçevesinde çözülmesi amacıyla örgütlenmesine yargı yolu (kaza çeşidi) denmektedir<sup>207</sup>. Bu bağlamda yargı ayrılığı sisteminden bahsedebilmek için pozitif şartlar, Anayasada düzenlenmiş bir yüksek mahkemenin varlığı ve nevi şahsına münhasır yargılama usulünün bulunmasıdır.

Yargı birliği sisteminin belirleyici özelliği ülkede yer alan tüm mahkemelerin temyiz mercii olarak tek bir yüksek mahkemenin varlığıdır. Bunun yanında yargı birliği sisteminde kamu hukuku özel hukuk ayrımı da yapılmamaktadır<sup>208</sup>. Ülkenin her yerinde aynı işleve sahip ilk derece mahkemeleri bulunmakla birlikte, farklı isim taşıyan uzmanlık mahkemeleri de yer alabilir. Ancak bu uzmanlık mahkemelerinin bulunması ufak farklılıklar dışında ilk derece mahkemeleri ile aynı usule tabi olduklarında yargı birliği sistemine aykırı değildir<sup>209</sup>.

### **3.2.2 Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemlerinin Türkiye’de ve Dünyada Uygulanış Şekilleri**

Tanzimat dönemine gelindiğinde 1838 yılında kurulan Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye ilk derece mahkemelerin temyiz makamı olarak yer almıştır.<sup>210</sup> 1868 yılına kadar yüksek yargıdaki tek mahkeme olarak faaliyetlerini sürdüren Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye, 6 Mart 1868’de çıkan bir iradeyle daha sonraları Danıştay’ın temeli olacak Şûrâ-yı Devlet ve

<sup>207</sup> Kuru Baki, “Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet- Kaza Yolu-“, Ankara Barosu Dergisi, 1960, S. 2, s. 27, Kuru/ Aslan/Yılmaz (2000), s.56.

<sup>208</sup> Yanık Murat, “Demokratik Hukuk Devletlerinde Yargının Kurumsallaşması”, TAAD, Y.4, S.14, 2013, s.140.

<sup>209</sup> Yanık (2013), s.140.

<sup>210</sup> Aydın (2012), s.424.

Yargıtay'a temel teşkil edecek Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye olmak üzere ikiye ayrıldı<sup>211</sup>. Böylelikle yargı birliği sisteminin de Türk hukuk tarihi bakımından sonuna gelinmiş oldu.

Yargı ayrılığı esasına dayanan 1982 Anayasasında 146. madde ve devamında yüksek mahkemeler başlığı altında, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi olmak üzere altı mahkemeden bahsedilmiştir. Kendine özgü usul hukukunun varlığı şartı ile birlikte değerlendirildiğinde Türkiye uygulaması bakımından Adli, İdari, Askeri ve Anayasa yargısı olmak üzere dört temel yargı kolundan söz edilebilir. Son yıllarda sistemin bütününe yönelik tartışmalar yapılmakla birlikte özellikle hukuk güvenliğini sağlayamadığı ve adil yargılama ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle<sup>212</sup> askeri yargının tümden kaldırılması hususu gündemdeki yerini korumaktadır.

Yargı birliği ve yargı ayrılığı sistemlerinin ülke uygulamalarının Avrupa kıtasındaki belli başlı örnekleri incelendiğinde; Almanya, Belçika, Bulgaristan, Finlandiya, Fransa<sup>213</sup>, Hollanda ve İsveç'te yargı ayrılığı sisteminin, Estonya, Gürcistan, Hırvatistan, İspanya, İsviçre, Norveç, Romanya, Rusya, Slovakya, Slovenya, Ukrayna ve Yunanistan'da ise yargı birliği sisteminin tercih edildiği görülmektedir<sup>214</sup>. Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ABD, Birleşik Krallık, Kanada ve Avustralya gibi ülkelerde de yargı birliği sistemi esas alınmıştır. Örneğin, Mahkemeler arası hiyerarşik bir yapılanmanın bulunduğu Birleşik Krallıkta, yargı organları yukarıdan aşağıya Lordlar Kamarası, Temyiz Mahkemesi, Londra Yüksek Mahkemesi, Krallık Mahkemesi, Sulh Mahkemesi ve yerel mahkeme olmak üzere sıralanmış, yargı kollara ayrılmamıştır<sup>215</sup>.

<sup>211</sup> <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=280251> (Çevrimiçi) Erişim tarihi 24.07.2016.

<sup>212</sup> Yanık (2013), s.145.

<sup>213</sup> Fransa'da Yargıtay üst mahkemesi altında 161 adli ilk derece mahkemesi ile 36 istinaf mahkemesi, Danıştay üst mahkemesi altında ise 42 ilk derece mahkemesi ile 8 istinaf mahkemesi yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vigouroux Christian, Fransız Danıştay'ı ve Yargı içindeki Önemi, Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu, Ankara 2014, s.9-13.

<sup>214</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Yayın Koordinatörü: Ahmet Yıldız Yayına Hazırlayanlar: Murat Bilgin Konur Alp Koçak, Ankara 2012, s.334-344.

<sup>215</sup> Okan Neval, "İngiliz Hukuk Sistemi İçinde Ticari Yargı Sistemi", Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, İzmir 2005, C.7, S. 2, s.38.



### 3.2.3 Yargı Birliği ve Yargı Ayrılığı Sistemlerinin Olumlu ve Olumsuz Özellikleri

Doktrinde yargı birliği ve ayrılığı sistemleri ve hangi sistemin tercih edilmesi gerektiği konusu tartışılmıştır. İfade etmek gerekir ki mükemmel ya da doğru sistemden değil, hitap ettiği toplumun adalet beklentilerini karşılayan veya karşılayamayan sistemden söz edilebilir. Bununla birlikte doktrinde yargı birliği ve yargı ayrılığı sistemlerinin niteliksel analizi yapılmış, ilgili sistemlerin olumlu ve olumsuz bazı özelliklerine değinilmiştir.

Yargı birliğini destekleyenlerin dayandığı dört ana gerekçe vardır. Bunlardan ilki parasal yönden tasarruftur. Buna göre tek yüksek yargı organının varlığı devlet bütçesine düşen yükü azaltacaktır<sup>216</sup>. İkinci gerekçe yerel mahkemelerin çeşitli olmamasının, hâkimlerin bu mahkemeler arasında nitelik farkı gözetmeksizin görevlendirilebilmesi imkânını sağlamasıdır. Örneğin idari yargı-adli yargı ayrımı olmayacağından her hâkim her mahkemede görevlendirilebilecektir<sup>217</sup>. Kanaatimizce yargı birliği için gerekçe gösterilen, bütçe tasarrufu ve hâkimlerin farklı mahkemelerde görevlendirilerek esneklik sağlandığı tezleri, işin esasına temas etmemektedirler. Çünkü bu gerekçeler ikame idari tasarruflarla ortadan kaldırılabilecek niteliktedirler. Üçüncü ve belki de en gerçekçi gerekçe yargıya başvuran kişiler bakımından tek mahkeme sisteminin sağladığı avantajlardır. şöyle ki; vatandaş bütün davalar için karşısında tek muhatap olarak yerel mahkemeyi bulacağından, göreve aykırılık nedeniyle reddedilme ihtimali kalmayacaktır<sup>218</sup>. Diğer bir avantaj da birden fazla yargı kolunu ilgilendiren dava kavramı ortadan kalkacağından, bir hukuki olaya ilişkin tüm uyuşmazlıklar tek mahkemede hal ve fasl edilecektir. Son olarak tek bir çatı altında toplanan yüksek mahkemenin vereceği yeknesak kararlar hukuk güvenliğinin esaslı unsurlarından biridir. Bu nedenle yargı birliği sistemi,

<sup>216</sup> Maidowski Ulrich, “Yargı Ayrılığının Düşündürdükleri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu, Ankara 2014, s.22.

<sup>217</sup> Maidowski (2014), s.23.

<sup>218</sup> Maidowski(2014) , s.23.

hukuk uygulamasında da birliği sağlayacağından, hukuk güvenliği noktasında etkili olması beklenmektedir<sup>219</sup>.

Yargı ayrılığını destekleyenlerin dayandığı gerekçeler ise nitelik ve uzmanlıkla ilgilidir. Buna göre yargı ayrılığı hallerinde hâkimler sadece uzmanlık alanlarında istihdam edileceklerinden karşılına çıkan hukuki olayları analiz etmeleri daha kolay olacaktır. Ayrıca bu durum aynı tür davaların aynı hâkimlerce tekraren görülmesi sonucunu doğuracağından, yargısal sürecin hızlanmasını da sağlayacaktır<sup>220</sup>. Son olarak adli yargı-idari yargı eksenli konu ele alındığında bilhassa özel hukuk uyuşmazlıkları ile kamu hukuku uyuşmazlıklarının niteliği gereği farklı işler olması, bu uyuşmazlıkların çözümünde farklı özelliklere sahip hâkimlerin istihdamını zorunlu kılmaktadır<sup>221</sup>. Yukarıda yargı ayrılığını desteklemek üzere sayılan gerekçeler de haklılık payı yüksek olmakla birlikte şu hususu ilave etmek isteriz ki; özel hukuk yargılamasına ilişkin çoğu dava, öz itibarıyla yargılamadan ziyade bir çeşit hakemlik olduğundan, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının işler hale getirilmesi<sup>222</sup> ile kapsam ve sınırları daraltılabilir. Sınırları daraltılmış hali ile de tek bir yüksek mahkeme şemsiyesi altında bulunmasında bu anlamda bir sakınca görmemekteyiz.

### **3.2.4 Farklı Yargılama Usullerinin Maddi Gerçeğe Ulaşma Amacı Üzerindeki Etkisi**

Yargılamaya ilişkin kuralların belirlenmesinde kullanılacak ilkelerin bir amaca matuf olması elzemdir. Bu amaç da son kertede adil bir yargılamayı sağlamak olacaktır. Şüphesiz her ülke kendi yargı sistemini inşa ederken kendi sosyal gerçekliği üzerinden hareket eder. Zira toplumun adalet beklentisini karşılamayan bir yargı sisteminin de uzun soluklu olması beklenemez. Daha çok adli ve idari yargı üzerinden yürütülen yargı birliği ve ayrılığı sistemlerinin, adli yargı içinde ceza yargılaması ve medeni yargılama usulleri bakımından da tartışılması gerekir. Gerçekten farklı usul kuralları işletilen ceza hukuku ve medeni hukuk yargılamaları bakımından akla iki soru gelmektedir. Bunlardan ilki birden fazla yargılama usullerinin varlığının gerekliliği, diğeri ise farklı yargılama usullerinin varlığının kabulü halinde amaç yönünden ortak olarak incelenip incelenemeyeceğidir.

<sup>219</sup> Yanık (2013), s.144.

<sup>220</sup> Maidowski (2014), s.24.

<sup>221</sup> Maidowski (2014), s.25.

<sup>222</sup> Yanık (2013), s.144.

Farklı yargılama usullerinin varlığını adaletli hüküm kurulmasının zorunlu bir sonucu olarak kabul eden Henckel'e göre *“Bütün yargılama tipleri için geçerlilik iddiasında bulunan genel bir yargılama hukuku ilmi ancak adalet değeri sorunundan – söz konusu usûli düşünce tarzında olduğu gibi- tamamen vazgeçmek veya adalet ölçülerinin emniyet ve asayiş kavramlarıyla bunların adalet muhtevaları kaybolacak derecede soyut olarak ifade edilmeleri şartıyla mümkündür. Medeni yargılama ile ceza yargılamasının müşterek tek yönü her ikisinin “devlet” mahkemesince uygulanıyor olmasıdır.”*<sup>223</sup>

Gerçekten Henckel'in de isabetle belirttiği üzere cinayet zanlısının dava edilmesi ile herhangi bir kira ilişkisinden doğan borç davası ayrı şeylerdir<sup>224</sup>. Esasen bu durum yargılama usullerindeki ulaşılmak istenen amacın niteliği sorununun bir ifadesidir. Ceza yargılamasında devlet, “mutlak” adaleti bulmak durumundayken, medeni yargılamada “uzlaşma” sağlamayı görev edinir<sup>225</sup>. Kamu otoritesi tarafların özel hukuk ilişkilerine, toplumla ilgili ve kamu yararı gereği doğrudan müdahale edilecek bir konu olmadığı sürece, yargısal müdahalede bulunmaması ya da diğer bir ifadeyle hakemlikle yetinmesi yargılamanın niteliğine daha uygun düşer<sup>226</sup>. Şüphesiz hangi durum ve olayların kamuyu ilgilendirdiğinin tespiti bir hukuk politikası sorunu olmakla birlikte, hukuk alanında insan iradesinin mutlak belirleyici olduğu aydınlanma çağı sonrası dönemde modern devlet anlayışını üreten ideolojiler, özel hukuk ve yargılamasını makul ve makbul vatandaşları tarif etmek üzerine kurgulamıştır.

Başta sorduğumuz ilk soruya geri dönecek olursak farklı yargılama usullerinin varlığı kendilerinden beklenen işlev yönüyle açıklanabilir. Özellikle özel hukuk yargılamasında geline yeni süreçte hukuki uyuşmazlıkların çözümünde devletin artık tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gibi yöntemleri teşvik ettiği görülmektedir. Bu durum sosyolojik bir gerçeğin artık görmezden gelinemez bir hale gelmesinin sonucudur. Şöyle ki insan iradesinin belirlediği kurallar hukuki uyuşmazlıkları çözmekten ziyade kökleştirmekte, kaybolan emek, para ve zaman, devlete karşı duyulan güvenin yitirilmesi gibi yan etkileri de beraberinde getirmektedir.

---

<sup>223</sup> Henckel (1969), s.241.

<sup>224</sup> Henckel (1969), s.241.

<sup>225</sup> Henckel (1969), s.242.

<sup>226</sup> Balı (2013), s.62

Kanaatimizce özel hukuk yargılamasının varlığı tarafların alternatif tüm metotların denendiği ve buna rağmen çözüme ulaşamadığı zamanlarda, kesin hükmün hukuki belirsizliği ortadan kaldırması işlevinin sonucu olarak bir anlam ifade eder. Dolayısıyla bu anlamda özel hukuk yargılaması da kamu yararının bir gereği olarak vardır. Öte yandan sosyolojik anlamda yargılama düzeni bozan davranışın veya bir haksızlığın cezalandırılması eylemi olduğundan<sup>227</sup> özel hukuk yargılaması düzeni sağlayan bir konumda değerlendirildiği andan itibaren farklı yargılama usullerini farklı amaçlar çerçevesinde değerlendirme gerekliliği de ortadan kalkacaktır.

### **3.2.5 Farklı Yargılama Usullerinde Yargılama Aktörlerinin Maddi Gerçeğe Ulaşma Amacına Etkisi**

Yargılama özü itibariyle bir uyuşmazlığın halli için yapılan faaliyettir. Bu nedenle yargılama aktörlerinden bahsederken öncelikle uyuşmazlığın taraflarından söz etmek gerekir.

Adli yargılama içinde, özel hukuktan doğan hukuki uyuşmazlıklarda, taraflar en az iki gerçek veya tüzel kişi iken, ceza hukuku yargılamasında bir taraf kamu diğer taraf ise kamu düzenini işlediği fiille bozduğu iddia edilen sanıktır. Şüphesiz sanık kamu düzenini bir gerçek kişiye karşı işlemiş olduğu fiille bozmuşsa, suçtan zarar gören de bu anlamda uyuşmazlığın taraflarından biri olarak karşımıza çıkar. İdari yargıda ise uyuşmazlığın taraflarından biri idare, diğeri idari işlem ya da eylem nedeniyle hak kaybına uğrayan gerçek veya tüzel kişidir. Anayasa yargısı bakımından davanın konusu daha çok objektif hukuk düzeninin sağlanması amacıyla doğrudan ilgili olmak üzere yasama organının faaliyetleri olduğundan taraf kavramını daha geniş bir perspektiften değerlendirmek gerekir. Taraf kavramı ismiyle müsemma olarak kendi menfaatini temine çalışacağından, maddi gerçeği mahkeme önünde kendi menfaatlerine uygun olduğu şekliyle getirmesi ve hatta bazen gizlemesi hayatın olağan akışına uygundur. Bu nedenle taraflarca getirilen delillerin maddi gerçekle uyumu noktasında mahkemenin dikkatli olması gerekir.

Tüm yargılama türlerinde uyuşmazlığın çözümünü yürürlükteki hukuk kuralları ve hukukun genel ilkeleri muvacehesinde gerçekleştiren yargılama makamı, kimi zaman heyet

---

<sup>227</sup> Bkz. Yuk. Birinci Bölüm 1.4.

halinde, kimi zaman ise tek hâkimli mahkemedir. Farklı yargılama türlerinde yer alan farklı usul kuralları nedeniyle hâkimlerin maddi gerçeği araştırmadaki rolü değişkenlik gösterir. Örneğin re'sen araştırma ilkesinin cârî olduğu ceza yargılaması ve idari yargılamada hâkim uyuşmazlık konusu olayın aydınlatılmasında başat rol üstlenirken, medeni yargılamada her ne kadar hâkime davayı aydınlatma yükümlülüğü yüklenmiş olsa da tasarruf ilkesi nedeniyle tarafların hâkimiyeti söz konusudur.

Hâkimin özellikle tek başına görev yaptığı mahkemelerde, mesleki ve sosyal hayata ilişkin tecrübesi, psikoloji ve sosyoloji bilgisi, hatta evlilik ve yaş gibi kişisel özellikleri dava konusu uyuşmazlığın tespiti ve tüm detaylarıyla mahkeme önüne getirilmesinde ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli rol oynar. Örneğin 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun madde 3'te "*Aile mahkemelerine, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve tercihan aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır*" hükmü ile hâkimin taşınması gereken niteliklere vurgu yapılmıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, evlilik birliği ile alakalı bir uyuşmazlığa konu hadisenin maddi gerçeğe uygun bir şekilde tespiti için yaş, evlilik ve eğitim gibi bazı kişisel niteliklerin gerekliliğini düşünmektedir. Aynı şekilde idari yargıda dava konusu olayın maddi gerçeğe uygunluğunun tespiti bakımından idareyi ve işleyişini bilen bir hâkimin, ceza yargılamasında ise suç ve suçluluk üzerine kriminolojik bilgi sahibi bir hâkimin görev alması makul görünmektedir. Nitekim İngiltere'de hâkim olabilmenin ön koşulu çeşitli hâkimlik göre değişmekle birlikte minimum on sene avukatlık yapmaktır<sup>228</sup>. Son dönemde ülkemizde hâkim niteliği ve tecrübesinin artırılması maksadına matuf olarak avukatlık mesleğinden hâkimliğe geçişin sağlanmaya çalışıldığı, avukatlara yönelik hâkimliğe giriş sınavlarının düzenlendiği gözlenmektedir.

Yargılamada uyuşmazlık konusu olayın maddi gerçeğe uygunluğunun tespiti bakımından bir diğer önemli süje taraf vekilleri yani avukatlardır. Hukukçuluk mesleğinin vazgeçilmez bir unsuru olan avukatların, hukuk bilgilerinin yanında, hâkimlerde olduğu gibi psikoloji ve sosyoloji gibi beşeri bilimlere yatkınlığı vekâletini üstlendiği tarafın uyuşmazlık konusu hadise hakkında anlattığı hususları kavramada önemli rol

---

<sup>228</sup> Yalçınkaya (1981) s.161

oynayacaktır<sup>229</sup>. Olayın özünü kavramak bazen tarafların olayla ilgisi olmayan detayları anlatmaları ve bazen de önemli noktaları anlatmayı ihmal etmeleri nedeniyle zor olabilir. Avukatlar da tıpkı doktorların yaptığı gibi maddi gerçeği, duruşmadan önce müvekkillerine ve mahkeme aşamasında karşı taraf, sanık ve tanıklara sordukları sorularla ortaya çıkarmalıdır<sup>230</sup>. Bununla birlikte yargılama safhasında bilhassa medeni yargılama bakımından avukatların taraf gibi hareket edeceği ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında müvekkilinin hesabına davranacağı gözden uzak tutulmamalıdır. İdari yargılamada mahkemenin maddi gerçeği re'sen araştırdığı düşünüldüğünde avukatların rolü daha çok usul işlemlerinin müvekkili adına eksiksiz takibine odaklı olduğu söylenebilir. Ceza yargılamasında avukat, çapraz sorgulama aşamasında mesleki tecrübesi ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli rol oynayabilir.

Özellikle ceza yargılamasında ve bazı davalar bakımından özel hukuk yargılaması ve adli yargıda maddi gerçeğin tespiti bakımından önemli bir rol üstlenen diğer bir süje savcıdır. Savcılık makamı ceza yargılamasında araştırma mecburiyeti ilkesi çerçevesinde iddia edilen suça ilişkin sanığın lehine ve aleyhine tüm delilleri toplamakla yükümlü tutulmuştur(CMK m. 160). İdari yargıda ilk derece ve bölge idare mahkemelerinde bulunmayan savcılık kurumu, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda görüşlerini açıklamakla görevli kılınmıştır<sup>231</sup>. Özel hukuk yargılamasında ise kamu düzenine ilişkin davalarda savcılar hukuk davası açabilecekleri gibi, açılmış olan davalara da katılabilirler<sup>232</sup>. Örneğin açılmış olan bir babalık davası MK m. 301'e göre Cumhuriyet Savcısına ihbar edilir.

Üzerinde sıklıkla tartışılan bir diğer önemli aktör ise yargılamaya yardımcı süjelerdir. Medeni yargılamada takdiri deliller arasında gösterilen tanık, bilirkişi ve uzman bu unsurlara örnek olarak gösterilebilir. Bilirkişilik müessesesi medeni yargılamada özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvuru kimselerdir. Tanıktan farklı olarak bilirkişiler maddi gerçeği kendisi yaşamış, görmüş veya duymuş değildir. Bilirkişi çözülmesi özel ve bilimsel bilgi gerektiren uyuşmazlık konusu olaylarda düşüncesine başvuru kimsedir<sup>233</sup>. Bilirkişinin yaptığı değerlendirme uzmanlık alanına giren maddi

<sup>229</sup> Kocaoğlu S. Sinan, Müdafî, Ankara 2012, s.65-66

<sup>230</sup> Hirş Ernest E., Pratik Hukukta Metot, Genişletip değiştirerek işleyen Volf Çernis, Ankara 2000, s.7

<sup>231</sup> Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2014, s.212

<sup>232</sup> Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014, s.240.

<sup>233</sup> Kuru/Arslan /Yılmaz, s.423



### 3.3 Maddi Gerçeğe Ulaşma Amacı ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

#### 3.3.1 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Kavramı

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kronolojik açıdan M.Ö. 1800'lere dayanmaktadır<sup>237</sup>. Eski bir Sümer kent devleti olan Mari'nin yöneticileri, diğer kent devletleri ile olan uyuşmazlıklarını arabuluculukla çözmüşlerdi<sup>238</sup>. Tarihte ilk örnekleri uluslararası anlaşmazlıkların tahkim ve arabuluculukla çözülmesi şeklinde ortaya çıkan ilgili metotların dini kökenlerine semavi dinlerde rastlanmaktadır<sup>239</sup>. 20. yy ortalarından itibaren alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, özellikle medeni yargılama hukuku bakımından günümüzde giderek artan bir şekilde hukuk dünyasında ağırlığını hissettiren bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>240</sup>. Aralarında hukuki uyuşmazlık bulunan tarafların, Devlet yargılamasına başvurmadan önce gönüllülük esasına bağlı olarak objektif ve tarafsız konumdaki üçüncü bir kişi önünde söz konusu ihtilafı gidermeleri şeklinde tanımlanan<sup>241</sup> alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, kavram olarak İngilizce "Alternative Dispute Resolution" kavramının dilimize çevrilmiş halidir.

Bir uyuşmazlık çözüm metodunun bu kapsamda değerlendirilmesi için tarafların ilgili metottan tatmin olmamaları halinde yargı yolu ile haklarını arayabilmeleri gelir. Bu durum gönüllülük esasının zorunlu bir sonucudur<sup>242</sup>. Taraflar kimi zaman söz konusu

<sup>237</sup> Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tarihsel gelişim süreci hakkında bkz. Barrett Jerome T. / Barrett Joseph P., A History of Alternative Dispute Resolution The Story of a Political, Cultural, and Social Movement, San Francisco 2004.

<sup>238</sup> Barrett / Barrett (2004), s. xxv.

<sup>239</sup> Barrett / Barrett (2004), s.9-14. Hz. Muhammed'in peygamberlik öncesi dönemde Hacerül Esvedin Kâbe'ye yerleştirilmesi hususunda mücadele halinde olan kabileleri uzlaştırması olayı ile Hz Süleyman'ın çocuk üzerinde hak iddia eden iki anne hakkında uyguladığı yöntem semavi dinlerde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına örnek olarak gösterilebilir.

<sup>240</sup> Glasser Cyril / Roberts Simon, Dispute Resolution: Civil Justice and its Alternatives, The Modern Law Review, Volume 56, 1993 S. 3, s.277.

<sup>241</sup> Benzer tanımlar için bkz. Özbek Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013, s.167; Bulur Alper, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S. 4, s. 31; Gülgün Ildır Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s.30.

<sup>242</sup> Ancak günümüz alternatif uyuşmazlık çözüm yolları uygulamalarına bakıldığında gönüllülük esasına bazı kısıtlamaların getirildiği görülmektedir. Örneğin Avustralya'da Victoria eyaletinde ev sahipleri ve



yöntemlerle sonuca ulaşamadıklarında yargılamanın kesin hüküm verme ve uyuşmazlığı sonlandırma özelliği tek çare olarak belirir.

Hukuki bir uyuşmazlığın çözümünde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargısal bir yol olmadığı, bu nedenle kavram olarak “*dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri*” tabirinin kullanılması gerektiği<sup>243</sup> ifade edilmiştir. Bu noktada “*alternatif*” kelimesinin kullanım şekli tezimizin odak noktası olan yargılama kavramı ile bağlantısını değerlendirmek elzemdir. Gerçekten uyuşmazlık çözülürken yargılamaya alternatif bir kurum üzerinden mi hareket edilmektedir ya da yapılan iş bizatihi yargılama mıdır? Bu sorulara cevap verebilmek için amaçsal bir analiz yapmak zorunludur. Bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amaçları olarak sayılan hususlar ile yargılamanın maddi gerçeği sağlama amacı arasındaki bağlantı üzerinde kısaca duracağız.

### **3.3.2 Amaçsal Açıdan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**

Pragmatik olarak kabul edebileceğimiz alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amaçları; Devlet yargılaması, sonuca ulaşmak için izlemek zorunda olduğu prosedürler nedeniyle kimi zaman yargılamayı gereksiz kılacak ve hak ihlâline neden olacak şekilde uzayabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hızlandırma, tarafsız ve uyuşmazlık konusu şey hakkında bilgi sahibi bir uzmandan yararlanma, kayıt dışı ve esnek bir karara ulaşma, gizliliğe zarar vermeyen bir çözüm sağlama, ekonomik olarak yargılamaya nispetle daha az giderle sonuca ulaşma, uyuşmazlığı kesin olarak sonuçlandırma, uyuşmazlığı birden fazla metotla çözebilecek seçeneklerin olması, taraf ihtiyaçları odaklı çözüm, metot sonunda ortaya çıkan sonucun her iki tarafı da tatmin etmesi (win-win situation), tarafların yaratıcı çözümler üretmeye katılması, kamu harcamalarında tasarruf sağlanması, zaman ve enerjiden tasarruf, faydalı işlerin ve kişisel ilişkilerin korunması, mahkeme iş yükünün azaltılması ve son olarak daha etkin yasal sistemlerin varlığı gösterilmiştir<sup>244</sup>.

---

kiracılar arasında çıkan uyuşmazlıklar arabulucuya başvurulmadan dava konusu edilemez. Bilgin Hikmet, “Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk”, Hukuk Gündemi Dergisi 2009, S.1, s.22.

<sup>243</sup> Tanrıver Süha, “Hukuk uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, Yıl 2006, S. 64, s.155.

<sup>244</sup> Fiajoe Albert, Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective, Londra 2004, s.1.

Alternatif çözüm yollarının amaçları incelendiğinde, sonucun uyuşmazlık çözümünde pratik faydanın gözetilmesi olduğu ortaya çıkmaktadır<sup>245</sup>. Maddi gerçeğe ulaşma, bu anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amaçları arasında değildir. Bu noktada alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında maddi gerçeğe ulaşamayacağını değil, maddi gerçeğe ulaşmanın problematik olarak ele alınmadığını anlamak gerekir. Hemen ifade etmek gerekir ki kimi yazarlarca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında gösterilen tahkimi “alternatif” bir metot olarak görmüyoruz. Tahkim her ne kadar istisnai bir yol olsa da özel hukuk yargılaması ile muadil<sup>246</sup> bir uyuşmazlık çözümüdür. Özel hukuk yargılamasında ve tahkimde de maddi gerçeğe ulaşma amacının nispi olduğunu kabul etmekle birlikte alternatif uyuşmazlık çözümü, Devletin tarafların uyuşmazlığın çözümü noktasında bir çeşit teknik destekle sınırlı olarak müdahil olduğu ve taraf özgürlüklerini öncelediği bir alan olmak hasebiyle, sağlanacak muhtemel bir uzlaşmanın uyuşmazlığa konu olayın maddi gerçeğe uygun şekilde ele alınması zorunluluğu yoktur.

---

<sup>245</sup> Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sosyolojik ve antropolojik bakımdan ayrıntılı bir incelenmesi için bkz. Ceylan Şule Şahin, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009

<sup>246</sup> Muadiliyetten kastımız özel hukuk yargısında olduğu gibi maddi hukuktan doğan uyuşmazlığı iki tarafın belirlediği sınırlar dahilinde hüküm ile neticelendirmesidir. Hakem kararlarının kesin hüküm niteliği taşımaları, temyiz edilebilmeleri ve cebri icraya konu olabilmeleri usûl yönünden bu durumun kanıtıdır. Tanrıver (2006), s.171.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İLKELER IŞIĞINDA MADDİ GERÇEĞE ULAŞMA AMACININ İNCELENMESİ

#### 1. Tarafların Dava Konusu Uyuşmazlığa Hâkimiyeti ve Maddi Gerçeğe Ulaşma

##### 1.1 Medeni Yargılama Usulünde Tasarruf İlkesi

Tasarruf kelimesi köken itibariyle “sahip olma” anlamına<sup>247</sup> gelip Türk dil kurumu tasarrufu “Bir şeyi istediği gibi kullanma yetkisi, kullanım” olarak tanımlamıştır<sup>248</sup>. Bu noktadan hareketle bir hak üzerinde tasarruf edebilmenin iradeye bağlı olarak şekillendiği söylenebilir ki aslında hak kavramının iradeci açıklamasında da bu durum net bir şekilde görülmektedir. Tasarruf ilkesi medeni yargılama ve ceza yargılaması bakımından farklı anlamlara ve buna bağlı olarak farklı uygulamalara konu olmuştur.

Mahkemelerin davanın yürütülmesindeki rolü bakımından farklı yargılama türleri için farklı uygulamaların varlığı ortadadır. Özel hukuk yargılamasında mahkemeler, ceza yargılamasına göre daha pasif bir tutum izlerler. Bu durumun gerekçesi olarak ceza yargılamasında yargılamanın yürütülmesinde kamu yararı bulunması gösterilmiş; medeni yargılamada ise tarafların çatışan menfaatlerinin, ilgili tarafın kendi menfaatini koruyacağı hususunda garanti teşkil edeceği ve özel hukuk ilişkisinde kamu yararı bulunmaması sebebiyle mahkemenin davaya doğrudan müdahalesinin gerekmediği ifade edilmiştir<sup>249</sup>. Özel hukuk ilişkisinde kamu yararının bulunmaması aslında devlet eliyle yargılama gerekmediği şeklinde de yorumlanabilir. Nitekim yükselen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları trendi bu durumun bir delili olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel hukuk yargılamasında mahkemenin pasifliğinin bir gerekçesi olarak da evrensel bir kaide olan hâkimin tarafsızlığı ilkesi ileri sürülmüştür. Buna göre hâkimin davanın

<sup>247</sup> Devellioğlu Ferit, Osmanlıca Türkçe Sözlük, s.1036.

<sup>248</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=tasarruf](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=tasarruf) (Çevrimiçi) E.t.: 12.10.2016.

<sup>249</sup> Üstündağ (2000), s.238.

teşekkülü aşamasından nihayetine kadar tarafların talepleri haricinde her ne şekilde olursa olsun davaya müdahil olması tarafsızlığını zedeler<sup>250</sup>.

Şüphesiz mahkemelerin faallığı hususunda hâkim görüşe bazı eleştiriler yapılmıştır. Öncelikle medeni yargılama hukukunda “*özel hakların*” gerçekleştirildiği ve bunda kamu menfaatinin bulunmadığı hususu önceki bölümde işaret ettiğimiz üzere yargılamanın amacına ilişkin ileri sürülen başta adaletli karar verme amacı olmak üzere, gerçeğe ulaşma, ortak iyilik, hukuki emniyet ve hukuk barışının sağlanması amaçlarına da aykırıdır. Tarafların menfaat çatışması nedeniyle dava malzemesini mahkeme önüne eksiksiz ve çabuk getireceği yönündeki görüş ise tarafların usul kurallarındaki açıkları kendi menfaatleri doğrultusunda kullanmak istemeleri sebebiyle gerçek hayatta karşılık bulamamaktadır<sup>251</sup>. Kanaatimizce yargılama kavramının temelinde haksızlık algısı olduğundan, hâkimin davaya hiçbir şekilde müdahale edememesi üzerinden tanımlanan bir tarafsızlık tanımı, kurgusal bir dava anlayışının tezahürüdür. Böyle bir anlayışın, hâkimi haksızlığı neticelendiren makam konumundan tarafların yarattığı sanal müsamerenin hakemi, hatta hakemden daha işlevsiz bir kişi konumuna getirebileceği, böylece yaptığını da bir yargılama faaliyeti olmaktan çıkarabileceği ileri sürülebilir.

Mevcut pozitif hukukumuz bakımından özel hukukun yapısı gereği taraf iradeleri öncelikli ve önemli bir anlam ifade eder. Medeni hukuktaki sözleşme özgürlüğü ilkesi, medeni usul hukukuna tasarruf ilkesi olarak yansımıştır. Tasarruf ilkesi medeni usul hukukunda, taraf iradelerinin yargılamanın başlangıcı, konusu, neticelendirilmesi<sup>252</sup> hususlarında söz sahibi olması, mevzubahis konularda dilediğince tasarruf edebilmesi demektir<sup>253</sup>. Kural olarak tarafların dava üzerindeki hâkimiyeti dava açıldıktan sonra da devam eder. Hukuk muhakemeleri kanununun 24. maddesinde bu durum, “ (1) *Hâkim iki taraftan birinin talebi olmaksızın kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.*(2) *Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.*(3) *Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder*

<sup>250</sup> Meriç Nedim, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 383.

<sup>251</sup> “Örneğin davayı kaybedeceğini anlayan tarafın davanın kendi aleyhine sonuçlanmasını önlemek için her yola başvurmakta ve davayı sürüncemede bırakabilmektedir.” Üstündağ (2000), s.239.

<sup>252</sup> Davanın geri alma, kabul, feragat veya sulh yollarından biri yoluyla sonuçlandırılması.

<sup>253</sup> Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes, Muhammet, s.355.

“ şeklinde düzenlenmiştir. Mevcut norm karşısında hâkime medeni yargılama bakımından pasif bir rol biçildiğini söylemek doğru olacaktır. Öyle ki hâkim medeni yargılama hukuku bakımından dava dilekçesinde yer alan netice-i talep ile bağlıdır ve dava konusundan diğer hakların açıkça zayı olduğu hâkimce anlaşılrsa dahi talep edilenden fazlasına<sup>254</sup> veya farklı bir sonuca<sup>255</sup> hükmetmesi mümkün değildir.

Gerçeğe ulaşma amacı bakımından medeni yargılamada tasarruf ilkesi ele alındığında, tasarruf ilkesinin, hâkimi davanın teşekkülünden, hükmün kesinleşmesi aşamasına gelene kadar olan süreçte pasivize ettiği ve yargılamada bu şekilde maddi gerçeğe ulaşmanın mümkün olamayacağı eleştirileri karşısında kanun koyucunun usul kanununa hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü başlığı altında bir madde sevk ettiği görülür. HMK m. 31 de düzenlenen bu ilkeye göre “*Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir*”. Kapsam olarak, talep sonucu (davanın konusu), hukuki sebep, vakıaların ve delillerin ileri sürülmesi hususlarında uygulanabileceği ifade edilen söz konusu yükümlülüğün sınırı olarak ise hâkim tarafından tasarruf ilkesi çerçevesinde tarafların davaya olan hâkimiyetine müdahale anlamına gelebilecek<sup>256</sup> iş ve işlemlerin uygulanmaması gerekliliği vurgulanmıştır<sup>257</sup>. Mevcut pozitif hukuk kuralları ışığında söz konusu ilke, davaya ilişkin muğlak kısımların aydınlatılmasından ibarettir denebilir. Dolayısıyla medeni yargılama bakımından her ne kadar tasarruf ilkesinin katı sınırları hâkime yüklenen davayı aydınlatma yükümlülüğü ile yumuşatılmaya çalışılmışsa da hâkimin gerçeğe ulaşma gayreti ancak tarafların inisiyatifi ve çizdiği sınırlar dâhilindedir.

<sup>254</sup> Hâkimin talep edilenden fazlasına hükmedemeyeceği hususunda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir boşanma davasında mahkemenin davalı eşe, talebinden fazla maddi ve manevi tazminata hükmetmesi üzerine hâkimin dava dilekçesinde tarafların talepleriyle bağlı olduğu ve talepten fazlasına hükmedemeyeceği gerekçesiyle hükmün fazladan hükmedilen tazminat kısmını bozmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2012/21537 K. 2013/7785 T. 21.3.2013 (www.kazanci.com)

<sup>255</sup> Hâkimin talep edilenden farklı bir sonuca hükmedemeyeceği hususunda, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi çocuğunun velayeti için dava açan ve fakat daha sonra bu isteminden vazgeçip sadece çocuğuyla kişisel ilişki kurulmasını talep eden davacının istemi doğrultusunda hüküm kuran yerel mahkeme kararını dava ıslah edilmediği ve hâkimin taleple bağlı olduğu gerekçeleri ile bozmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2016/13267 K. 2016/12549 T. 28.6.2016 (www.kazanci.com)

<sup>256</sup> Örneğin dava dilekçesinde bulunmayan zamanaşımı iddialarının ve yargılamaya getirilmeyen delillerin, hâkim tarafından hatırlatılması hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemez. Meriç (2009), s.403.

<sup>257</sup> Meriç (2009), s.402.

Medeni yargılama usulünde hâkimin tasarruf ilkesi bağlamında tarafların ikrarıyla bağlı olması (HMK m.188/1) gerçeğe ulaşma amacı bakımından önemlidir. Hâkim ikrar edilen vakıalar bakımından ispat arayamayacağı ve özellikle taraflardan biri şu veya bu saikle kendi aleyhine bir ikrarda bulunduğu zaman bu ikrar gerçeğe aykırı olsa dahi hükme esas alınacağından maddi gerçeğe ulaşma amacına aykırıdır. İkrarın bağlayıcı olması medeni yargılama hukukunun doğası gereği vazgeçilmez bir kural olmakla birlikte hâkimin davaya müdahalesini engellemesi yönüyle medeni yargılamanın şekli gerçeği aradığı eleştirilerinin de kaynağı olmuştur<sup>258</sup>.

## 1.2 Ceza Yargılamasında Muhakemenin Mecburiliği İlkesi

Ceza yargılamasına hâkim olan, ceza soruşturması ve kovuşturmasının kamusalılığı, ceza muhakemesinin mecburi olması, davasız yargılama yapılamaması ilkeleri, medeni yargılamadaki tasarruf ilkesi ile aynı konu ve kapsamı düzenleyen ve fakat farklı içerik ve anlama sahip olan ilkelere. Ceza yargılaması bakımından mahkemenin bir suç araştırabilmesi için savcının suç olduğu iddia edilen fiil<sup>259</sup> hakkında dava açmış olması

<sup>258</sup> Tercan Erdal, “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, Prof Dr. M. Şakir Berkiye Armağan, s.199-202.

<sup>259</sup> Ceza yargılaması bakımından fiil kavramı maddi ceza hukukundan farklı olarak şüphelinin suç fiili öncesi davranışlarını da kapsayan ve genel bir bütünlük içinde suç olduğu iddia edilen fiil ile bağlantılı bütün davranışlar anlamında kullanılır. Mahkeme savcının iddianamede ceza yargılaması bakımından anlam bulan fiil ile bağlıdır. (CMK m. 225/1) Ancak fiilin nitelendirilmesi bakımından iddianame ile bağlı değildir. (CMK m. 225/2) Soruşturma aşamasında iddianamede bulunmayan olaylar ile ilgili savcılık makamı tarafından ek iddianame hazırlanması gerekir. Nitekim Yargıtay İkinci Ceza Dairesi 2006/4907 Esas, 2006/12064 sayılı kararında “...Cumhuriyet Başsavcılığı ceza davasında suçtan zarar görenler ile zarar görecektir olan kamuyu temsil eder. Devleti temsil eden bir makamın kamu adına ceza davasını açıp yürütmesi “Ceza davasının kamusalılığı” ilkesini göstermektedir. 5271 sayılı Yeni Ceza Yargılama Yasasında şahsi dava kurumuna yer verilmemiştir. Böylece ceza davasında kural olarak ceza davasında kişisellik değil, kamusalılık ilkesi benimsenmiştir. Mahkemenin kovuşturma evresinde kanıtları tartışarak maddi gerçeğe ulaşabilmesi, o eylemin iddianameyle dava konusu yapılmasına bağlıdır. İddianamede ise, şüpheliye atılı suç oluşturulan olaylar, mevcut kanıtlarla ilişkilendirilerek açıklanır ve iddianamenin sonuç kısmında şüphelinin eylemine uyan hükme göre cezalandırılması istenir (m.170). Mahkeme, davasız yargılama olmaz ilkesi uyarınca yargılamayı, sanığın iddianame ile dava açılmamış olan suçlarını kapsayacak biçimde genişletemez. Mahkeme yalnızca iddianamede belirtilen eylem ve fail konusunda hüküm verebilir. (5271 sayılı CYY. nın 225/1.maddesi). Ancak, kural olarak mahkeme iddianamede gösterilen eylemi hukuki açıdan nitelendirirken iddia ve savunmayla bağlı değildir (m.225/2). Mahkeme, <maddi gerçeği araştırma> ilkesi gereği, gerçekleşmiş saydığı eylemin hukuki nitelendirmesini yapmakta ve suçun öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaktadır. Başka bir deyişle eylemin hangi suç oluşturduğunu belirlemektedir. İddianamenin düzenlenmesinden sonra, kovuşturma evresinde; kanıtların ortaya konulması, suçun hukuki niteliğinin değişmesini veya cezanın artırılmasını ya da cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek yeni durumlar ortaya çıkması durumunda sanığa ek savunma hakkı verilir. Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan olaylar bağımsız bir suç görünümünde ve yeni suçların ortaya çıkması biçiminde ise bunlar hakkında ise ayrıca iddianame düzenlenmelidir...” cümleleri ile bu duruma açıklık getirmiştir. (www.kazanci.com) Ancak

gerekir. Dava açma yetkisinin mahkemeden ayrı ve bağımsız olan savcılık makamına verilmesinin sebebi, geçmişte engizisyon dönemlerinde yaşanan acı tecrübelerin önüne geçmek maksadıyla, itham makamı ile yargılama makamını birbirinden ayırarak adil ve tarafsız bir yargılama yapılabilmesini sağlamaktır.

Ceza soruşturması ve kovuşturmasının kamusalılığı, şikâyete ve uzlaşmaya tabi suçlar da dâhil olmak üzere<sup>260</sup> suç olduğu andan itibaren soruşturma ve kovuşturma yapmanın kamu<sup>261</sup>ya ait bir görev olması demektir. Bu ilkenin doğal sonucu olarak kamu davasının mecburiliği ilkesi doğmuştur<sup>262</sup> ki mağdurun dahi talebine gerek kalmaksızın dava açma ve yürütme görevinin kamu adına yapılması anlamına gelir. Ceza yargılaması ve medeni yargılama arasındaki önemli farklardan birisi de budur. Bu noktada artık ceza yargılamasında davanın taraflarının egemenliği değil, maddi gerçeğin tespiti için tüm imkânların kullanılması söz konusudur.

### 1.3 İdari Yargılama Usulünde Tasarruf ve Yazılılık İlkeleri

İdari yargılama usulü bakımından esas amaç idarenin denetimini sağlamak olduğundan<sup>263</sup>, tarafların dava konusu uyuşmazlık üzerinde tasarruf yetkileri sınırlanmıştır. Bu sınırlamada dikkate alınan husus ise kamu yararadır. Örneğin uyuşmazlığın çözülmesinde kamu yararı olan davalar bakımından temyiz aşamasında feragat yasaklanmıştır. İdari yargılama usulünde yazılılık ilkesi egemendir. Bu ilke uyarınca davanın tarafları, iddia ve savunmalarını yazılı şekilde sunar ve idari yargılamaya ilişkin bütün işlemler kural olarak yazılı şekilde yapılır. İddia ve savunmalar yazılı şekilde sunulduktan sonra dosya üzerinde mahkemenin egemenliği söz konusudur. Mahkeme uyuşmazlığın çözümü için gerekli tüm belgeleri taraflardan isteyecektir. Bu nedenle maddi gerçeğin araştırılması bakımından tarafların tasarruf yetkileri yazılılık ilkesi gereği davanın

---

unutulmamalıdır ki iddianamede yer almayan suç için hüküm verilememesi, o fiilin görmezden gelindiği anlamına gelmeyip, iddia ve yargılama makamlarını birleştirerek sanığın hakkını ihlal etmemek üzere ek iddianame ile araştırılması demektir.

<sup>260</sup> Soruşturulması şikâyete bağlı suçlar bakımından mağdurun usulüne uygun bir şekilde açıkça şikâyetten vazgeçmediği hallerde dahi yargılamaya devam olunur. (((CMK m. 158/6)

<sup>261</sup> Doktrinde kamu kavramı yerine devlet kavramı kullanılmaktadır. Ancak özellikle devlet kavramının pozitif hukukun kaynağı olarak modern devleti ifade etmesi nedeniyle biz kamu kavramını kullanmayı tercih ettik.

<sup>262</sup> Ünver / Hakeri, (2014), s.23.

<sup>263</sup> Özdeş Orhan, “İdari Yargı ve Yargılama Usulünün Özellikleri”, Danıştay Dergisi, S.12-13 1974 s.14

açılması sırasında ellerinde bulunan belgeleri mahkemeye sunmakla sınırlıdır. Bununla birlikte, İYUK m. 21'e göre *“dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez.”*

## **2. Dava Malzemelerinin Mahkemeye Sunulması ve Maddi Gerçeğe Ulaşma**

### **2.1 Medeni Yargılama Usulünde Dava Malzemelerinin Taraflarca Getirilmesi**

#### **İlkesi**

Usul hukukunda maddi gerçeğin tespiti bakımından temelde iki farklı yolun izlendiği görülür. Bunlardan birincisi maddi gerçeği ortaya çıkaracak dava malzemelerinin mahkemece re'sen (kendiliğinden) araştırılması ilkesi, diğeri ise ilgili dava malzemelerinin davanın tarafları tarafından hazırlanması ya da başka bir deyişle dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesidir.

Taraflarca getirilme (hazırlama) ilkesi, köken olarak liberal dünya görüşüne ve buna bağlı olarak liberal hukuk anlayışına dayanır. Kişilerin serbest iradelerinin hayatın her alanında olduğu gibi hukuk alanında da belirleyici olması gerektiği savının bir yansıması olan bu ilkeye göre taraflar kendi menfaatini herkesten daha iyi müdafaa edeceğinden, mahkemenin dava malzemelerinin hazırlanmasında müdahalesine gerek olmadığı gibi adaletin tesisi cihetiyle taraf harici müdahalenin menfaat dengesini bozarak maksadın aksi yönünde bir sonuç doğurma ihtimali de olduğu savunulmuştur. Şüphesiz mahkemenin müdahalesinin gerekmemesi söz konusu uyuşmazlığın yargılamanın konusunu teşkil etmediğini de gösterir.

Medeni yargılama hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin muhtevasını üç temel esas üzerine inşa etmek mümkündür. Öncelikle muhakemeyi ancak taraflardan biri başlatabilir. Bu aşamada tarafların dava açma iradesine kamusal herhangi bir iradenin dahil olamayacağından hakkının muhtel olduğunu iddia eden tarafın uyuşmazlığı mahkeme huzuruna getirmesi gerekir.



İkincisi hâkim bizzat delil toplayamaz ancak mahkeme huzuruna getirilen vakıalar üzerinde hukukun tatbik edilmesi ve delillerin takdiri hususunda yetkilidir. Dava açıldıktan sonra layihalar teatisi aşamasında tarafların ileri sürdüğü vakıalar kendi aleyhlerine kullanılacak olsa dahi hâkim bu vakıaları da dikkate almaktan kaçınmaz. Hâkim açık olmayan vakıalar hususunda davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında delil sorabilirse de belirli bir delili hatırlatamaz; deliller ancak mahkemeye getirilmiş vakıalar hakkında sunulabilir.

Son olarak, dava sonucu verilecek hüküm, ancak tarafların mahkemeye sunulmuş vakıa ve deliller üzerinden verilebilir. Netice-i talep hakkında hâkimin, huzuruna getirilmemiş – velev ki dava konusu hakla doğrudan bağlantılı ve uyumsuzluğun esasını ilgilendiren bir vakıa veyahut delil olmuş olsun – karar vermesi mümkün değildir.

Medeni yargılama usulü bakımından “kamu yararı” mülahazasıyla istisna tutulan davalar haricinde taraflarca hazırlama ilkesinin cari olduğunu söylemek mümkündür. Usul hukukumuz incelendiğinde boşanma davası gibi bazı davalarda hâkimin delilleri kendiliğinden araştırabildiği ve hatta bazı şartlar altında tarafların getirdiği delilleri dikkate almaktan imtina edebileceği görülmektedir.

## 2.2 Ceza Yargılamasında Araştırma Mecburiyeti İlkesi

Dava malzemelerin hazırlanması hususunda ceza yargılamasında, medeni hukuk yargılamasında sınırlı bir şekilde uygulama alanı bulan re’sen araştırma ilkesine benzer şekilde, araştırma mecburiyeti ilkesi çerçevesinde, maddi gerçeğin soruşturma evresinde savcı, kovuşturma evresinde hâkim tarafından araştırılması söz konusudur. Ceza yargılamasında araştırma mecburiyeti ilkesi, davanın başlaması noktasında mağdur dâhil olmak üzere muhakemenin taraflarından herhangi birinin iradesine gerek olmadığı, savcının CMK m.160/1 deki ifadesiyle *bir suç işlendiği izlenimini veren halin kendisine intikali anından itibaren işin gerçeğini araştırma zorunluluğu anlamına gelir*<sup>264</sup>.

Savcı kamu adına bu görevi yerine getirirken maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adil yargılanma hakkının tesisi için adli kolluktan istifade eder (CMK m.160 /2). Savcının

<sup>264</sup> Kural olarak soruşturma evresinde savcının delilleri araştırır. Ancak CMK 163/1 uyarınca suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.

dava açmama yönünde verebileceği bir karara<sup>265</sup> itiraz edilebilmesi CMK m.173/1 uyarınca suçtan zarar gören tarafından itiraz edilebilmesi araştırma mecburiyeti ilkesinin hukuki güvencesidir denilebilir. Mahkemeler de maddi gerçeğin re'sen araştırılması ilkesi doğrultusunda dava konusu olan olayı aydınlatmakla yükümlüdür. Bu kapsamda mahkeme re'sen; CMK m. 43/3 uyarınca tanık ve CMK m. 63/1 ve 68/1 uyarınca bilirkişi çağırabileceği gibi sanığın akıl hastalığını tespit için CMK m. 74/1 uyarınca gözlem altına alma, soy bağının veya elde edilen bulguların şüpheli veya sanığa veyahut mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla CMK m. 79/1 uyarınca moleküler genetik inceleme ve suça ilişkin delillerin kaybolmasını önlemek maksadıyla 75/1 uyarınca şüpheli ya da sanığın CMK 76/1 uyarınca diğer kişilerin beden muayenesi kararı verebilir. Ayrıca CMK m. 225/ 2 de belirtildiği üzere dava konusu fiilin nitelendirilmesinde mahkeme tarafların talepleri ile de bağlı değildir.

Ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşma amacının tespiti bakımından, delillere ilişkin ilkelerin muhtevasına bakmak gerekir. Bu kapsamda delillerin mahkeme huzuruna sunulması hususunda belli başlı ilkeler olarak; vicdani delil sistemi, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi, kendisi aleyhine delil vermeme hakkı ve sözlülük ilkesinden söz edilebilir. Vicdani delil sistemi, mahkemenin delilleri vicdani kanaatine göre değerlendirmesi anlamına gelir ki hâkim temel mantık ve fen kuralları gibi kaideler haricinde sanığın ikrarı, bilirkişi raporu ve tanık beyanları benzeri deliller ile ispat kurallarıyla bağlı değildir. Delillerin doğrudan doğrualığı ise mahkemenin hükmü dayandırdığı delilleri duruşmada bizzat öğrenmesi demektir. Nitekim CMK m. 217/1 hükmü, *hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir* ifadesiyle bu ilkeye işaret edilmektedir<sup>266</sup>. Anayasal (Ay m. 38) bir hak olan kendi aleyhine delil vermeme hakkı, ceza muhakemesi hukukunda susma hakkı kapsamında (CMK m. 147/1e) değerlendirilir. İlk bakışta maddi gerçeğe ulaşma

<sup>265</sup> Savcı suçun oluşmadığı şeklindeki kanaati sebebiyle dava açmayabileceği gibi, cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde CMK m.171/1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. CMK m. 171/2 ve 171/3 te ifade edilen şartların gerçekleşmesi halinde ise savcı kamu davasının açılmasını beş yıl erteleyebilir. Savcının göreve ilişkin olmayan konularda bir suçun işlendiği hususunda bilgi edinmesi durumunda ise araştırma mecburiyeti, ölçülülük ilkesi doğrultusunda özel hayat hakkı ve görev bilinci kıyaslanarak belirlenir.

<sup>266</sup> Bu ilke kapsamında her ne kadar CMK 210/1 uyarınca tanıkların bizzat dinlenmesi gerekirse de bazı istisnai durumlarda ((CMK 209/1, 211, 212) tanığın ifadeleri de okunabilmektedir. Tanığın başkasından duyduğu bir olayı (kendisi yaşamış gibi) anlatması yasak olmasına rağmen olayı algılamış olan kişiden duyduğu şey hususunda şahitlik etmesinde ceza muhakemesi anlamında bir engel yoktur.

noktasında bir engel gibi görünmesine rağmen, işkence ve kötü muamele yasağının hukuki koruması olarak düşünülebilecek bu hak kimliği açıklamama halini ve beden muayenesini içermez. Ceza muhakemesinde sözlülük ilkesi, delilin kendisi belge olsa dahi bu belgenin duruşmada okunması (CMK 214) ve tarafların okunan belge hakkında açıklama ve savunma yapabilmesine imkân tanınması anlamına gelir.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin -hâkimi özellikle vakıaların tespiti noktasında bağladığı göz önüne alındığında- maddi gerçeği öncelemediği açıktır. Doktrinde bu durum, usul hukukunun maddi gerçeği bulmak ve bu durum üzerinden karar vermek gibi bir yükümlülüğünün bulunmaması ile izah edilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre dava malzemesini toplama yükümlülüğünün taraflardan alınıp mahkemeye yüklenmesinde herhangi bir kamu yararı da yoktur<sup>267</sup>. Aksi görüşte olanlara göre ise dava mahkeme önüne geldikten sonra, hâkim uyuşmazlığın çözümü için gerekli tüm işlemleri yapabilmelidir. Zira uyuşmazlığın çözümünde sadece tarafların değil aynı zamanda adaletin tesis edildiği hissinin toplum nezdinde vaki olması hasebiyle kamunun da menfaati vardır<sup>268</sup>. Ancak özel hukuk yargılamasına konu davalarda çoğunlukla adalet hissi, tarafların uyuşmazlık konusu şey hakkında uzlaşması yolu ile de sağlanabileceği hatırdan çıkarılmamalıdır. Ceza yargılamasında re'sen araştırma yoluyla maddi gerçeğin tespitinin mecburiyet olarak ifade edilmesinin dayandığı nokta da kamu yararı mülahazasıdır.

### 2.3 İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi

İdari yargılama usulünde medeni yargılama usulünden farklı olarak taraflarca hazırlama ilkesi değil re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Re'sen araştırma ilkesinin kanuni dayanağı İYUK md. 20'dir. Buna göre "*Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir.*" İdarenin yapmış olduğu

---

<sup>267</sup> Üstündağ (2000), s. 251.

<sup>268</sup> Üstündağ (2000), s. 251.

işlemlerin hem usul hem de içerik olarak hukuka uygun olması gerekmektedir<sup>269</sup>. Hukuka uygunluk sadece tarafların değil toplumun da menfaatindedir. Amaç idarenin hukuka riayetinin sağlanması, objektif saygınlığının korunmasıdır. Örneğin, dava açıldığında davacı delil sunma ile ilgili bir takım zorluklar çekebilir. Özellikle işlemi yapanın idare olması dolayısıyla işlemin dayanağı ile ilgili bilgi ve belgeler idarenin elinde bulunacaktır. Mahkemeye sunulamamış olan delillerin temini bakımından hâkime re'sen araştırma yetkisi verilmesi gerekli ve zorunludur.

Ceza yargılama usulünden farklı olarak hâkim dava açılmadan önceki aşamada re'sen araştırma ilkesine dayanarak kendiliğinden harekete geçemez<sup>270</sup>. Temyiz aşamasında ise Danıştay'ın re'sen araştırma yetkisi yoktur. Ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından bir eksiklik tespit edilmişse Danıştay davayı ikmal edilmek üzere bozarak ilk derece mahkemesine gönderir.

Re'sen araştırma ilkesi gereği hâkim taraflarca ileri sürülmüş olan iddia ve savunmalarla bağlı kalmayarak gerekli gördüğü konularda harekete geçerek araştırma yapabilecek ve taraflardan bilgi ve belge isteyebilecek; ilke çerçevesinde dosyanın tamamlanması için gerekli usul işlemlerini yerine getirebilecektir. Danıştay 3. dairesi kararında re'sen araştırma ilkesinin kapsamı ile ilgili olarak “...*idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler...*” şeklinde hüküm vermiştir<sup>271</sup>.

İdari yargılamada iddia ve savunmaların oluşturulması bir diğer deyimle maddi gerçeğin ortaya çıkması aşamasında mahkeme re'sen araştırma ilkesinin gereğince hareket etmek durumundadır. Mahkeme öncelikle; tarafların iddia ve savunmalarının gerçeğe uygun olup olmadığı, somut olaya tarafların yaptığı hukuki nitelemelerin doğru olup

<sup>269</sup> Evren Çınar Can, İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Yıl 2008, Sayı 12,

<sup>270</sup> Çağlayan Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2001, s.53

<sup>271</sup> Danıştay 3. Dairesinin 21 11 1990 tarih ve E:1990/2057, K: 1990/3199, sayılı kararı

olmadığı, taraflarca iddia ve/veya savunmada ileri sürülmesi bile davanın vuzuha kavuşması açısından gerekli gördüğü olayların araştırılması hususlarında re'sen araştırma yapmakla yükümlüdür. Re'sen araştırma ilkesi, gerek ilk inceleme aşamasında görev, yetki, ehliyet ve husumet gibi incelemelerin yapılmasında gerekse davanın ilerleyen aşamalarında maddi gerçeğin araştırılmasında, hâkime tam bir yetki sağlamaktadır. Özellikle hâkimin tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmayışı ve maddi gerçeği ortaya çıkarmak için usul kanununda düzenlenen bütün delillere başvurabilmesi bu ilkenin gereğidir.

### 3. Muhakemenin Devamlılığı ilkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma

Gerçeği araştırma ilkesinin usul hukuku bakımından önemli bir yansıması ise muhakemenin devamlılığı ilkesidir. Medeni yargılama hukukunda yargılamayı başlatan taraflar davanın devam edip etmeyeceği kararını da verirler. Dava dilekçesinde yer alan talep sonucundan kısmen ya da tamamen vaz geçmek yoluyla davacı davadan *feragat* edebileceği gibi (HMK m. 307), davalı dahi talep sonucuna muvafakat ederek davayı *kabul* edebilir (HMK m. 308). Taraflar mahkeme huzurunda yapacakları bir *sulh* sözleşmesi ile de davayı sonlandırabilirler (HMK m. 313). Bu nedenle maddi gerçek mahkemece tespit edilmiş olsa dahi taraflar usûli yönden yargılamayı sonlandırarak maddi gerçeğin tespitini işlevsiz hale getirebilirler. Bu durum medeni yargılama usulünün taraflar istemediği sürece maddi gerçeği ortaya çıkarmak gibi bir amaca hizmet etmeyeceğini gösterir.

Ceza yargılamasında prensip olarak soruşturma ve kovuşturmanın yargılamanın sonuna dek devam etmesi esastır. Şüpheli veya sanığın ölümü (TCK m.64), af kanunu ((TCK m. 65), zamanaşımı (TCK m. 66) gibi sebeplerle ceza yargılaması devam ettirilmeyebilir<sup>272</sup>. Muhakemenin devamlılığı yargılamanın kamuyu ilgilendirmesinin bir sonucudur. Yargılama neticesinde verilecek hüküm sadece yargılamanın süjelerini değil ve fakat aynı zamanda kamu vicdanını da etkileyeceğinden muhakemenin *beraat*, *ceza verilmesine yer olmadığı*, *mahkûmiyet*, *güvenlik tedbirine hükmedilmesi*, *davanın reddi* ve

<sup>272</sup> Esasen “aklanma hakkı” çerçevesinde sanık ya da şüphelinin af kanunundan istifade etmemek hakkı olması gerekirse de Türk Hukuku ve Yargıtay uygulaması bakımından bu hak tartışmalıdır. Yıldırım Akif, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 3 s.135 <http://dergi.uysuzmazlik.gov.tr/umd/3ucuncusayi/akif-yildirim.pdf>.

*düşmesi kararı*, şeklinde bir sonuca bağlanması gerekir (CMK m.223) <sup>273</sup>. Bu şekilde verilecek olan hüküm ile maddi gerçeğin tespit edildiği ve ulaşılan somut olgunun mer'i hukuk kuralları değerlendirilmeden yargılamanın durmadığı sonucu ortaya çıkacaktır.

İdari yargıda davadan feragat kabul edilmekle birlikte Danıştay'ın uygulamasına bakıldığında, açılan davalarda, bireysel yarar, kamu yararı ölçütüne göre ayırım yapıldığı ve kamu yararı ağır basan davalarda ilk derece mahkemesinin verdiği karardan sonra feragati kabul edilmediği görülür<sup>274</sup>. Bu husus özellikle temyiz aşamasında davanın artık kamuya mâl olması ve dava sonucunda verilecek hükmün emsal teşkil ederek idarenin uygulamasına yön vereceği beklentisidir. İdari yargıda iptal davasında kabul, dava konusu olan işlemin değiştirilmesi, kaldırılması veya geri alınması biçiminde ortaya çıkar. Usulüne uygun bir biçimde yapılan kabul üzerine mahkeme, “karar verilmesine yer olmadığına” karar vererek davayı sonuçlandırır<sup>275</sup>. Kabul beyanı da tıpkı feragat beyanı gibi kesin hükmün tüm sonuçlarını doğurur. İptal davasında davalı idarenin davayı kabulü, işlemin iptali ile aynı etkiye sahiptir. Tam yargı davalarında ise, davacının lehine sonuçlanmış gibi, dava konusu talebin yerine getirilmesi gerekir. Tarafların muhakemenin devam edip etmeyeceğine karar verebilmeleri aslında uyuşmazlık konusu hadisenin kamuya mâl olmadığı ve maddi gerçeğe ulaşmanın tarafların inisiyatifi dâhilinde gerekli olduğu anlamına gelir.

#### **4. Dava Malzemelerinin Mahkemeye Sunulması ve Maddi Gerçeğe Ulaşma**

##### **4.1 Medeni Yargılama Usulünde Teksif İlkesi**

Teksif ilkesi maddi gerçeğin araştırılması bakımından usulü önceleyen ve tarafların tüm iddia ve savunmaya ilişkin delillerini yargılamanın belirli bir aşamasına kadar sunması gerekliliğini ifade eden ilkedir. Teksif kelimesi sözlükte “yığma, toplama, sıkılaştırma “ şeklinde tarif edilmiştir<sup>276</sup>. Buna göre tarafların tüm dava malzemelerini toplayıp

<sup>273</sup> Hükmün açıklanmasının geriye bırakılması (HAGB) kurumunun bu anlamda muhakemeyi neticelendiren bir hukuki kurum olmaması ve mahzurları hakkında bkz. Kaya Emir, “İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2013/3, s. 409-436.

<sup>274</sup> Danıştay 6. Dairesinin 09.05.1994 gün ve E. 1994/484, K. 1994/1873; Danıştay 6. Dairesinin 26.01.2007 gün ve E. 2006/6836, K. 2007/381 sayılı kararları. (www.kazanci.com)

<sup>275</sup> Gözübüyük/Tan (2013) s. 1067

<sup>276</sup> Devellioğlu Ferit, Osmanlıca Türkçe Sözlük, s.1067.

mahkemeye sunması gerekir. Tarafların belirli bir aşamadan sonra sunacakları deliller mahkeme tarafından kabul edilmeyecektir<sup>277</sup>. Bu ilkenin temeldeki amacı kötü niyet ve suiistimal hadiselerinin önüne geçebilmektir. Zira davanın gidişatına göre davayı kaybedeceğini anlayan veya davanın uzamasından menfaat temin eden tarafın, davanın neticelenme aşamasında yeni vakıa ve delillerle ortaya çıkararak, davayı uzatması olasıdır. Bu ihtimali bertaraf etmek üzere usul kanunumuzda bazı hükümler bulunmaktadır<sup>278</sup>.

Şüphesiz bu ilkenin katı olarak uygulanması hak arama özgürlüğü ve hukuki dinlenilme hakları bakımından bazı sorunlar ortaya çıkarabilir. Bu nedenle elinde olmayan sebeplerle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayacak dava malzemelerini ileri süremeyen taraf bakımından kanunda bazı istisnalar tanınmıştır. Mücbir sebeple süreyi kaçıran tarafın eski hale getirilmeyi talep edebilmesi (HMK m. 95-101), belirli şartların varlığı halinde davanın ıslahı ((HMK m. 176-183) bu istisnalara örnek olarak gösterilebilir<sup>279</sup>.

Her ne kadar HMK m. 375/1-ç bendinde *yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş* olması yargılamanın iadesi sebepleri arasında gösterilmişse de ileri sürülecek belgenin tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilememiş ve ancak layihalar teatisi aşamasında tarafça ileri sürülmüş bir vakıanın aydınlatılmasına yönelik olması halinde yargılamanın iade edilebileceği unutulmamalıdır.

#### **4.2 Ceza Yargılamasında ve İdari Yargılama Usulünde Delillerin Her Aşamada İleri Sürülebilmesi**

Ceza muhakemesinde yargılamanın her aşamasında maddi gerçeğin tespiti amacına yönelik her türlü vakıa ve delilin ileri sürülmesi mümkündür. CMK m. 311/1-e bendine göre *yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden*

<sup>277</sup> Tarafların duruşmaya gelmediği hallerde yokluğunda yapılan işlemlerin gelmeyen tarafı bağlaması ve gelmeyen tarafın itiraz hakkının bulunmaması da teksif ilkesinin bir sonucu olarak ifade edilmektedir.

<sup>278</sup> HMK m. 141/2 de “..iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.” denilmekle kötü niyet ihtimaline karşı yeni vakıaların ileri sürülmesi ve /veya savunmanın genişletilip değiştirilmesi hususları bakımından onay şartı konmaktadır.

<sup>279</sup> Eski usul kanundan (HUMK) farklı olarak yeni kanunda bu ilkenin daha esnek uygulanması amacına matuf olarak dava dilekçesinin değiştirilmesi (veya genişletilmesi) zaman bakımından farklı hükümlere tabi tutulmuştur. HMK m. 141 hükmüne göre “...taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe ...” dava konusunu değiştirebileceklerdir.

*sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatını veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olması durumunda kesinleşmiş bir hüküm halinde dahi yeniden yargılama yapılabilecektir.*

İdari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi cari olduğundan mahkeme dava konusu uyuşmazlığa ilişkin delilleri kendisi toplayacaktır. Ancak yukarıda işaret edildiği üzere dilekçe ve savunmalarla birlikte verilemeyen deliller bakımından tarafların mahkemeye ilgili delilleri ibrazı geçerli bir mazerete dayanmalıdır.

## **5. İspat Sorunu ve Maddi Gerçeğe Ulaşma**

### **5.1 Medeni Yargılama Usulünde Kanuni Delil**

Medeni yargılamada tarafların birbirleri ile olan çekişmelerinde *kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür* (MK m. 6, HMK m. 190). Medeni yargılamada ceza yargılamasından farklı olarak, ispat kurallarının uygulanması bakımından kanuni delil sisteminin benimsendiği görülür. *Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz* (HMK 189/3). Her ne kadar HMK m. 192 de kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği haller bakımından her türlü delilin kullanılabilceği düzenlenmişse de HMK m. 200 ve devamında, dava konusunun cüzi bir miktarı<sup>280</sup> aşması halinde getirilen senetle ispat yükümlülüğü ile maddi gerçeğe ulaşma amacını öncelemediği açıktır.

Şüphesiz senetle ispat kuralı insanoğlunun uzun sayılabilecek toplumsal hayat ve hukuk tecrübesinin bir eseridir. Menfaatlerin çatıştığı noktada iddiaların ispatı bakımından yazılı bir belgeye dayanma ihtiyacının olması doğal karşılanmalıdır. Bu durum insan insanın kurdudur anlayışı çerçevesinde insana duyulan güvensizliğin yansıması kabul edilebileceği gibi, en iyimser yaklaşımla hafıza-i beşer nisyan ile maluldür sözünden mülhem insanın unutkanlığına karşı alınmış bir önlem olarak da kabul edilebilir. Ancak maddi gerçeğin taraflarca hatta hâkim tarafından bilindiği bir durumda dahi şekil kuralları

<sup>280</sup> HMK m. 200 de bu rakam iki bin beş yüz Türk Lirası olarak ifade edilmiştir.



yüzünden hakikate aykırı verilmek durumunda kalınan bir hükmün yargılamanın amacı olarak yukarıda saydığımız amaçlardan hangisine uygun düştüğü büyük bir sorundur.

## 5.2 Ceza Yargılamasında Şüpheden Sanığın İstifade etmesi

Ceza yargılamasında maddi gerçeğin tespiti hususunda en ufak şüpheyeye dahi yer yoktur. Mahkeme meşru her türlü delili dinlemesine rağmen suçu sabit görmez ve maddi mesele hakkındaki tüm şüpheleri yenemezse iddianamede yer alan fiili sanığın lehine olacak şekilde karara bağlamak durumundadır<sup>281</sup>. Esasen bu durum adil yargılanma ilkesinin ve aksi ispat edilene dek herkesin masum olduğu anlamına gelen suçsuzluk karinesinin doğal bir sonucudur.

Öte yandan yapılan yargılama neticesinde kusurlu olduğu ispat edilemeyen sanığın beraat etmesi ceza yargılamasında maddi gerçeğin önemini de gösterir. Zira maddi gerçek yenilmesi gereken hiçbir şüphenin kalmaması anlamına gelir. Diğer bir deyişle ihtimaller üzerinden belirlenen bir gerçeklik maddi gerçek olamaz. Bu nedenle en ufak şüphede dahi sanık mahkûm edilemez.

## 5.3 İdari Yargılama Usulünde İdarenin İspat Yükümlülüğü

İdari yargılama usulünde ise mahkeme dava konusu uyuşmazlığa ilişkin belgeleri idareden ister. Sıddık Sami Onar'a göre<sup>282</sup>; “idari davalarda iptal davaları idarenin bir işlemine yani hukuki tasarrufuna, idari karara karşı açıldığı için davacı tarafından ispatlanacak bir husus yoktur”. Bunun tersine, idarenin işlemini maddi olaylara dayandırılması durumunda bunun ispatının idarece yapılması gerektiğini belirtmektedir. Özellikle iptal davalarında ispat yükünün davalı olan idareye ait olmasında idare tarafından yapılan işlemin hukuka uygun olduğunun ispatının idareye ait olduğu düşüncesi yatmaktadır.

<sup>281</sup> Ceza muhakemesinde şüpheden sanığın yararlanması ilkesi maddi gerçeğin tespiti ile sınırlıdır. Yani kusurun ve yaptırımın belirlenmesi konularında uygulanır.

<sup>282</sup> Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, s.1979.

## 6. Aleniyet İlkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma

Evrensel bir ilke (AİHS m.6/1) olan aleniyet ilkesi Türk usul hukukunda anayasal bir prensip olarak benimsenmiştir. Anayasamızın 141. maddesinde bu durum “*mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde sınırlama olarak gösterilen kamu güvenliği ve genel ahlakın gerekli kıldığı hallerin yanında, duruşma düzenini bozan kişinin salondan çıkarılması (HMK m. 151/1) CMK m.2013/2) (İYUK m18/1) aleniyet ilkesinin istisnaları kabul edilebilir<sup>283</sup>.

Aleniyet ilkesinin amacı yargılamayı kamuoyu önünde yaparak yargılamanın tarafsızlığını sağlamaktır. Kapalı kapılar ardında yapılan yargılamaların duruşmanın şeffaflığına gölge düşürmesinden çekinilmektedir<sup>284</sup>. Maddi gerçeğin tespiti bakımından aleniyet ilkesinin işlevi, yargılamanın aleni yapılması yoluyla dava konusunun- en azından ceza yargılaması bakımından- kamuoyu denetimine açık olması ile izah edilebilir.

## 7. Hâkimin Hukuku Görevinden Ötürü Uygulaması (Iura Novit Curia) İlkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma

Medeni yargılama hukukumuz bakımından dava malzemelerinin mahkeme huzuruna getirilmesi taraflara yüklenmiş olsa da (HMK m. 25), vakıaların dayandığı hukuki sebebin tespiti ve uygulanması yükümlülüğü hâkime aittir (HMK m.34). Tarafların uygulanacak hukuku yanlış bir şekilde ifade etmelerinin veyahut hiç belirtmemiş olmalarının, hâkimin hukuku re’sen uygulaması bakımından bir önemi yoktur<sup>285</sup>. Bununla birlikte hukuki sebebin belirlenmesi, vakıa ve delillerin değerlendirilme şeklini ve önemini de

<sup>283</sup> Aleniyet ilkesini ilgilendiren bir başka husus ise kayıt ve yayın yasağı meselesidir. Buna göre HMK m. 153 ve CMK m. 183 gereği duruşmaların her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler ile kayıt altına alınması yasaktır.

<sup>284</sup> Gülseren Fehmi Şener, “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Haziran 2014, Sayı (V:I), s.35.

<sup>285</sup> Akil Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s.4.

etkileyeceğinden taraflara hukuki sebep hakkında açıklamada bulunma hakkı tanınmalıdır<sup>286</sup>. Özellikle vekil yoluyla takip edilen davalarda avukatların başlıca görevlerinden biri hukuki sebeplerin doğru tespit edilerek mahkemenin adil bir hüküm vermesine yardımcı olmaktır<sup>287</sup>. Ceza yargılaması bakımından iddia ve savunma makamlarının hukuki belirlemelerinin hâkimi bağlamayacağı ve hâkimin hukuku kendiliğinden uygulayacağı ise ceza muhakemesinde kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

Maddi gerçeğin tespiti bakımından medeni yargılama usulünde mer'î hukukun re'sen uygulaması, ancak mahkeme önüne getirilen dava malzemeleri ile sınırlı olacağından, hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olması esastır. Hatta hâkimin tarafların ileri sürmediği bir iddia veya talebi bu ilkeye dayanarak re'sen değerlendirmesi HMK. m.36/1 a ve b bentleri gereği hâkimin reddi sebebidir. Ayrıca kanun yolları bakımından da hâkimin hukuku re'sen uygulaması sınırlandırılmıştır<sup>288</sup>.

Ceza yargılamasında hâkim, hukuku savcılığın iddianamesinde ileri sürdüğü suçlar çerçevesinde uygulayabilir. İddianame müktesebatından başka bir suçun olduğu anlaşılrsa dahi hâkim bu suç hakkında sanığa tekrar savunma hakkı verilmesini sağlamak zorundadır. Sanık iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçtan başkası ile mahkûm edilemez (CMK m.226/1).

## 8. Adil Yargılanma İlkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma

Muhtevası ve sınırları henüz tam olarak belirlenmemiş olsa da evrensel olarak kabul gören adil yargılanma ilkesi Anayasamızın 36. maddesinde “*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” şeklinde ifade edilmiştir. Adalet idesinin yargılamadaki fiili görünüşünü temsil eden adil yargılanma hakkının, diğer tüm ilkeleri de

<sup>286</sup> Akil (2008), s.12.

<sup>287</sup> Avukatlık kanunu m. 2’de bu durum “Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. “ şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>288</sup> HMK m. 355’te kamu düzenine aykırılık haricinde istinafin, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle bağlı olduğu belirtilmiştir. Temyiz kanun yolu bakımından böyle bir sınırlama olmayıp Yargıtay hukuku re’sen uygular (HMK m. 369/1) .

kapsayan bir hak olduğu aşikârdır. Adil yargılanma hakkı AİHS md. 6'da dört temel unsur üzerine inşa edilmiştir. Buna göre yargılamanın adalete uygun gerçekleştiğinden söz edebilmek için; kanuni bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yapılması, makul sürede ve aleni surette cereyan etmesi ve nihayet hakkaniyete uygun<sup>289</sup> olarak gerçekleştirilmesi gerekir<sup>290</sup>.

Yargılamayı yapan mercii mahkeme olarak kabulü için görevine giren konularda belirli bir usûl dâhilinde hukuk kurallarına göre karar vermesi ve bu kararlarını gerektiği takdirde cebri icra vasıtasıyla uygulaması elzemdir<sup>291</sup>. Mahkemenin kanuniliği (AY m. 142), kuruluşunun kanunla yapılmış olmasını, bağımsızlığı (AY m. 138, 139, 140,159) yürütme ve yasama organından bağımsız teşkilatlanmasını ve görevlerini yerini getirirken hiçbir makamdan emir almamalarını, tarafsızlığı ise tüm yargılama sâhplerine eşit uzaklıkta olmasını ifade eder.

Maddi gerçeğe ulaşılması adalete ulaşmanın ön şartı olduğundan özellikle ceza yargılamasında, dava konusu iddiaların adil yargılanma hakkı kapsamında iddia makamı tarafından ispatlanması gerekir. Bu durum kişinin kendisini savunma hakkının da doğal bir sonucudur. Bu bağlamda şüpheli ya da sanığın susma hakkından söz edilir. Susma hakkı CMK m. 147/1-e de “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Ceza yargılamasında adil yargılanma ilkesi kapsamında değerlendirilen bir diğer sanığın suçlamayı öğrenme hakkıdır. Sanığa suçlama hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi, savunmasını hazırlamak üzere gerekli kolaylıkların gösterilmesi, yeterli zamanın verilmesi ve eğer tercüman ihtiyacı varsa tercümandan yararlanma hakkının sağlanması gerekir.

Şüpheden sanığın yararlanması, hiç kimsenin kendi aleyhine delil vermeye zorlanamaması ve hukuka aykırı delillerin yargılamaya esas alınmaması gibi ilkeler de ispat yönüyle adil yargılanma ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Hukuka aykırı deliller meselesi maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemlidir. Şöyle ki maddi gerçeğe ulaşmak her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir hedef olarak düşünülmez.

<sup>289</sup> AİHS md 6 metninde, adil yargılanma hakkının içeriğine dâhil edilen, masumiyet karinesi ve kişinin kendisini savunma hakkı kapsamında müdafî ve tercüman istemesi haklarını hakkaniyete uygunluk kavramı üst başlığı altında değerlendirmekteyiz.

<sup>290</sup> Şahbaz İbrahim, “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Anaysa Yargısı Dergisi, Yıl 2008, Cilt 25, s.229-289.

<sup>291</sup> Pekcanitez /Atalay / Özokes (2015), s.233.

Örneğin işkence ile elde edilen bir delil<sup>292</sup> vasıtasıyla ulaşılabilecek maddi gerçek hukukun ve yargılamanın asıl amacı olan adalete ulaşmaya hizmet etmez. Türk ceza yargılaması bakımından kanunda bu haller CMK m 148’de “(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. (2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. (4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. (5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.” şeklinde sıralanmıştır. Aynı şekilde kimse maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla kendisi aleyhine ifade vermeye zorlanamaz. Ancak bu durum kişi üzerinde alkol testi ve muayene gibi uygulamalar yapılmasına engel değildir<sup>293</sup>.

## 9. Usul Ekonomisi İlkesi ve Maddi Gerçeğe Ulaşma

Yargılamanın etkin ve amacına uygun neticelenebilmesinin üç temel sacayağı olarak da ifade edilen usul ekonomisi ilkesi, öğretide basitlik, sürat ve mümkün olan en az miktarda para harcama unsurları üzerinden tarif edilmektedir. Anayasamızın 141. maddesi “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” ifadesiyle usul ekonomisine işaret etmekte ve bu hususta sorumluluğu yargıya yüklemektedir. Usul ekonomisi ilkesinin dayandığı diğer bir norm ise Avrupa İnsan

<sup>292</sup> AİHM bir kararında işkence ile elde edilen delilin üstün bir amaç için dahi olsa kabul edilemeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir: “Başvurucunun, mağdurun nerede olduğunu söylememesi halinde, özel olarak eğitilmiş bir polis tarafından kendisine katlanılmaz bir acı çektilmekle tehdit edildiği taraflar arasında tartışmalı değildir. Emniyet Müdür Yardımcısı astlarına başvurusunun tehdit edilmesi ve gerekirse ona karşı güç kullanılması şeklinde birkaç kez emir verdiğinden, kendisinin emri spontane bir eylem olarak görülemez. Bu eylem önceden tasarlanmış kasıtlı bir eylemdir. Polis memurları mağduru halen kurtarılabilirlerini düşündüklerinden kötü muamele tehdidinin yapıldığı sorgu, tansiyonun ve gerilimin yüksek olduğu bir ortamda ve on dakika civarında sürmüştür. Başvurucu kelepçeli ve dolayısıyla korunmasız bir durumda bulunduğundan başvurucuya yöneltilen tehditler onda ciddi bir korku, endişe ve zihinsel ıstıraba sebebiyet vermiş olmalıdır. Polislerin eylemlerindeki amaca rağmen, AİHM, bir kimsenin yaşamının risk altında olduğu durumlarda bile, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelenin yapılamayacağını hatırlatır. Sonuç olarak, başvurusunun maruz kaldığı sorgu yöntemi 3. maddeyle yasaklanmış insanlık dışı muamele olarak nitelendirilebilecek kadar ağırdır.” [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["gafgen"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"C\\_HAMBER"},"itemid":\["001-119451"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Çevrimiçi), E.t. 11.10.2016

<sup>293</sup> Ünver / Hakeri (2014), s. 310

Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesidir. İlgili maddede “ Herkes... *davasının makul bir süre içinde... görülmesini istemek hakkına sahiptir.*” ifadesi ile ilkenin içeriğine işaret edilmiştir. Usul ekonomisine hâkim olan basitlik, sürat ve ucuzluk ilkeleri yargılamanın alelade yapılması ve sürelerin keyfi olarak kısaltılması veya para harcamaktan imtina edilmesi anlamına gelmeyip, yargılamanın amacıyla örtüşür halde adaletin tesisinde adalet bekleyen taraflar bakımından kolaylık ve ulaşılabilir olma anlamına gelmektedir.

İdari yargılama hukukunda davanın makul sürede sonuçlandırılmaması durumunda, idarenin işlem ya da eyleminin bazı durumlarda geri dönülmeyecek bir hak kaybına yol açması söz konusu olabilmektedir. Dava sırasında eğer yürütmeyi durdurma kararı alınamamışsa geç verilecek bir iptal kararının ilgili kişi bakımından idari yargıdan beklenen hukuki himayeyi sağlamayacaktır. İdari yargıdan beklenen işlev idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. Davanın açılması ve yürütülmesi safhalarında hakkı ihlal edilen bireye yüklenen maddi külfetin fazla olması kişiyi dava açmaktan vazgeçirecek bu durum ise idari yargının işlevini gerçekleştirmesini engelleyecektir<sup>294</sup>.

Maddi gerçeğin tespiti bakımından usul ekonomisi ilkesi incelendiğinde davaya bakan hâkime büyük bir yükümlülük yüklendiği görülmektedir. Anayasamız yargıyı ve bunun doğal sonucu olarak hâkimi usul ekonomisinin gerekleriyle sorumlu kılmıştır. Hâkim, önüne gelen davada, davayı mümkün olan en kısa sürede, en kolay ve en ucuz şekilde neticelendirebilmek için davanın dayandığı vakaların ve taraf iddialarının gerçekliğine vakıf olmalıdır. Bu durum ise tarafların üzerine düşen bir sorumluluk olduğu kadar, öncelikle ve aslen yargılamayı yapan hâkimin uhdesindeki bir sorumluluktur. Bugün sıklıkla şikâyet konusu olan, davaların uzun sürmesi, gereksiz masraflara yol açması ve bürokratik bazı sıkıntıların doğmasında, *gerçeğin araştırılmasında hâkime biçilen pasif rolün* de etkisi vardır.

---

<sup>294</sup> Akıncı Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2008, s.191

## SONUÇ

Usul kurallarının adalet duygusuna etkisini maddi gerçeğe ulaşma amacından hareketle incelemeye çalıştığımız bu araştırmada ilk değindiğimiz husus yargılama kavramıdır. Yargılama etimolojik kökeni itibariyle bir değer atfetme eylemidir. İnsanlar kişileri, eylemleri ve hatta nesnelere bazı değerler üzerinden anlamlandırmaya çalışırlar. Bu zaviyeden yargılama, dış dünyayı anlamlandırma çabasıdır. Örneğin bir kişiye yönelik söylediğimiz “küstah” veya bir eyleme yönelik olarak söylediğimiz “kusurlu” ifadeleri yaptığımız değerlendirmelerin yani yargılamaların bir sonucudur.

Yargılama yapan kimse bir öncülden; dayanak noktasından hareket eder. Örneğin bir davranışı acımasız bulan kişinin zihninde o davranışın merhametli ve “normal” karşılıkları mevcuttur. Normal kelimesi zihni kalıplarımızda yer alan “norm”lardan doğmuştur ki, bir şeyin normal veya anormal olduğunun tespiti, içinde bulunulan kültürel ortamdan, zamandan ve mekândan bağımsız olarak değerlendirilemez. Normlar bu yönüyle kültür öğeleridir. Hukuk normları uyulmadığında müeyyide uygulanan normlardır. Yargılama ise norma aykırılığın müeyyidelendirilebilmesi için gerekli ön şarttır.

Yargılama kelimesinin eski dilde muhakeme olarak adlandırılması manidardır. Zira muhakeme *hüküm* kelimesinin mufaale bâbından çekilmiş hâlidir. Örneğin *zıkr* kelimesi mufaale bâbından çekildiğinde müzakereye dönüşür. Bu haliyle işteşlik yani birlikte yapılan bir anlam kazanır. Muhakeme ise etimolojik açıdan hüküm çıkarma eylemidir ki bir kişinin tek başına yaptığı eylemden ziyade birden fazla süjenin katılımıyla ortaya çıkan ortak bir sonuç ya da süreç olarak düşünülmesi gerekir.

Yargılamanın tarihsel süreçte kültürel öğelere ve özellikle din olgusuna dayandığı gözlenmiştir. Bunun en önemli kanıtı yargılamayı yapan kişinin bu gücünü dinden almasıdır. Tarih boyunca ilk insan toplumlarında *tabunun* koruyucusu kabile şefi ya da büyücüsünden, zillullah-ı fil arz (Allah’ın yeryüzündeki gölgesi) olan halifeye kadar yargılama makamını işgal eden her idareci, dinin toplum üzerindeki hukuksallaştırıcı motivasyonundan hareket etmiştir.

Tarihte çivi yazısı sayesinde günümüze ulaşan ilk belgeleri oluşturan Sümerlerde ve devamında Babil İmparatorluğu'nda aynı şekilde hukuksallığın kaynağı dindir. Bu olgu şehri tanrılar adına yöneten rahiplerin yargılama yapma yetkisiyle karşımıza çıkar. Ancak sanki çizgisel tarih anlayışına nazire yapar şekilde fiziki gücü/ kaba kuvveti elinde bulunduran asker sınıfın tarihsel akışta güce tamamen sahip oldukları anda rahiplerin elinde bulunan yargılama yetkisini ele geçirmesi kaderin bir cilvesi olarak kayıtlara geçmiştir. Mezopotamya medeniyetlerine benzer şekilde köklü bir medeniyet olan Mısır'da da Tanrı kral firavunların yargılama yetkisini elinde bulundurduğunu, ancak bu yetkiyi kendisi kullanmayıp yerel yöneticilere havale ettiğini görüyoruz. Anadolu medeniyetlerinin en köklü teşkilat yapısına sahip olduğu düşünülen Hitit medeniyetinde ise yargılama adına dikkat çeken husus, imparatorluğun geniş coğrafyasında farklı kültür ve medeniyetten insanlara yönelik hukuk uygulamasında yargıçlara yerel örf ve adetleri öncelemesini teşvik etmesidir.

Batı medeniyetinin köklerini oluşturan Antik Yunan polislerinin kültür havzasında yargılama, her polisin kendi yerel özellikleri çerçevesinde şekillenmiştir. Örneğin demokrasi ile yönetilen Atina polisinde halk meclislerinin yargılama yetkisini de kullandığını görüyoruz. Antik yunan medeniyetine ilişkin bir diğer dikkat çekici husus yargılamanın yapılış şekline ilişkindir. Sokrates'in meşhur savunmasından da anlaşılacağı üzere yargılama teatral bir şekilde cereyan etmektedir. Batı medeniyetinin ve özellikle hukukunun en önemli kaynağını oluşturan Roma İmparatorluğunda yargılama, Roma'nın çok uzun zaman diliminde yaşamış olması ve değişik yönetim şekillerinin uygulanmış olması gibi nedenlerle dönemselsel olarak farklı özellikler gösterir. Roma'da yargılamanın halk huzurunda cereyan etmesi ise yargılamanın toplumsal fonksiyonuna ışık tutar.

Ortaçağ batı medeniyetinde yargılama bazı kötü hatıralarla anılır. Bu döneme damgasını vuran yargılama şekli engizisyonudur. Acımasız sorgu yöntemlerinin kullanıldığı engizisyon mahkemelerinden insanlık tarihinin çıkardığı sonuç, adaletli karar verme amacına dayanmadığında salt maddi gerçeğe ulaşmaya çalışmanın -ki engizisyon mahkemelerinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktan ziyade hakikatte yaşanıp yaşanmadığına bakılmaksızın türlü işkencelerle sanığa suçunu itiraf ettirebilmektir- varacağı ürkütücü hâldir. Ortaçağ İslam dünyasında yargılama Hz. Peygamber döneminde bizatihi kendisi, akabinde ise halifeler tarafından yürütülmüştür. İslam devletinin sınırlarının genişlemesi ve farklı kültürlerle tanışma hem fıkıh ekolleri sayesinde hukukun değişim ve gelişimini



beraberinde getirmiş hem de yargı teşkilatının kadim imparatorlukların yapılarına benzer şekilde yenilenmesini sağlamıştır.

Türk tarihi bakımından yargılama, iki dönemde incelemek uygun olur. İslam öncesi eski Türk devletlerinde yargılamaya *törenin* egemen olduğunu, törenin ise Kağanın buyrukları, Kurultay kararları ve *yosun* adı verilen bir tür yaşayan hukuk kurallarından oluştuğunu biliyoruz. İslam'la tanışılan 9. Yüzyıldan itibaren kurulan Türk İslam imparatorluklarının hepsinde töre ve İslam hukuku birlikte uygulanmışlardır. Coğrafyamızın ve tarihin en büyük devletlerinden biri olan Osmanlı Devleti bakımından da şer'i ve örfi hukukun birlikte uygulanması kuralı değişmemiştir.

Yargılama teoride soyut hukukun bağımsız hâkimlerce somut olaya uygulanması olarak tarif edilmiştir. Makam odaklı biçimsel bir tanım olarak ise mahkemenin yaptığı eylemlere yargılama ismi verilir. Şüphesiz her iki tanım da yargılamanın sadece pozitif hukuka ve uygulamasına dönük şekli tanımlamalardır. Bu tür tanımlamaların pedagojik faydası hukuk teşkilatlanması ve uygulaması adına hukuka yabancı kişilere bilgi vermektir. Teoride yapılan yargılama tanımlarında bir başka dikkat çeken husus ise ceza hukukçularının suç temelli bir tanım yapması ve yargılamayı suçun işlenip işlenmediğini belirleme faaliyeti olarak görmesidir.

Yargılamanın ontolojik açıklaması yargılama yapıldığında gerçekte ne yapıldığının belirlenmesiyle mümkün olur. Şu halde yargılama bir süreç olduğuna göre bu sürece dâhil olan her süje bakımından olan bitenin değerlendirilmesi suretiyle dışarıdan felsefi bir bakışla ontolojik tanıma ulaşılabilir. Örneğin yargılanan bakımından muhakeme, toplum içindeki saygınlığının tekrar kazanabilmesi için beraat hükmüyle sonuçlanmasını umduğu süreçtir.

Yargılamanın sosyolojik anlamı toplumsal düzeni bozan davranışın yarattığı sosyal travma halinin izalesi için toplum tarafından müdahaleyle sorumlu kılınmış kişi ya da makamın düzeni bozan davranışı ortadan kaldırmak amacıyla yürüttüğü faaliyettir denilebilir. Bu anlamda yargılama, yapanın yanına kâr kalmadığı ve yaptığı haksızlığın bedelini ödediği süreçtir. Sosyolojik açıdan yargılama, toplumun, düzenini bozan davranışa düzen içinde kalarak göstermiş olduğu reaksiyon olduğundan, muhakeme sonucunda gerçekleşecek cezalandırmayla toplum vicdanındaki incinmenin giderilmesi gerekir.

Haksızlık kavramı özü itibariyle bir hakkın ihlâli ile ortaya çıkar. Bu durum ise hak kavramına verilen anlamı bilmeyi zorunlu kılar. Hak kavramı henüz daha sınırlarını ve muhtevasını devletin belirlediği bir kavram olarak anlaşılmadan çok zaman önce, ilk çağ tabii hukukunun iki önemli temsilcisi Sokrates ve talebesi Platon tarafından yükümlülük üzerinden tanımlanıyordu. Roma da ise 20. Yüzyılda meşhur olan hukuki realizm akımında anlaşıldığı gibi nesnel bir hak kavramı yerine mahkeme kararıyla beliren hak kavramından söz edilebilir. Ortaçağ'da Fransiskan tarikatının mülkiyeti açıklamak için mülkiyeti Tanrı'ya, kullanım hakkını tarikat üyelerine vererek yeni bir izah tarzı getirdiği hak kavramı, Yeniçağ'da Grotius ve Pufendorf ile birlikte ilk kez bugünkü anlamına benzer şekilde kullanılıyordu. Yakınçağ'da pozitivist felsefe etkisini göstermeye başlamış ve hak kavramı egemenin emirleri olarak algılanmıştır. Hakkı tümünden reddeden görüşler ile hakkı temsili olarak aslında var olmayan ama sanal bir gerçeklik ile hukuku anlamayı sağlayan kavram olarak tanımlayan görüşlerin akabinde, tüm bunlara tepki olarak Amerikan realist hukuk akımı doğmuş, hakkı mahkemelerin verdiği hüküm olarak tanımlamıştır. İskandinav realizminin bu noktada Amerikan Realizminden en önemli farkı, hâkimlerin psikolojik durumlarını öncelemeleridir.

Hak kavramını belirleyen güç olarak insan iradesinin somutlaşmış hali olan devlet kabul edilirse, hakkın ihlalini ve bu ihlalin ortadan kaldırılmasını sağlayan yargılamayı belirleyen gücün de yine devlet olarak kabul edilmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Yargılamanın bir kültür ürünü olduğu göz önüne alındığında, homojen bir kültüre sahip olmayan toplumlarda devlet yargılamasının özellikle özel hukuk alanına müdahalesi büyük sıkıntılar doğurmuştur. Bunu aşmak üzere Anglo-Sakson Hukukunun uygulandığı İngiltere ve Kanada'da bir çeşit tahkim olarak da kabul edilebilecek cemaat mahkemeleri vücut bulmuştur.

Yargılama kavramına ilişkin ilk bölümde yapılan açıklamalardan sonra çalışmamızın ikinci bölümünde yargılamanın amacı konusu ele alınmıştır. Yargılamanın amacının tespiti sosyolojik anlamda yargılamadan etkilenen tarafların yargılama sonucunda ortaya çıkan karardan tatmin olmasını sağlayacaktır. Yargılamanın amacı olarak ilk incelediğimiz husus subjektif hakların korunması veya ihkâk-ı hakkın önlenmesi amacıdır. Bu amacın varlığı yargılamanın hakları koruyarak, kişisel ölçü alma veya hakkını kendi eliyle almanın önüne geçmesiyle açıklanır. Objektif hukukun veya hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi amacı, yargılama yoluyla hak kavramının her seferinde tekrar yaratılarak hukukun gerçekleştiği

tezine dayanır. Bir diğer amaç olarak gösterilen kesin hükme varma ise yargılama sonunda uyuşmazlığın şu ya da bu şekilde sonuca bağlanarak hukuki belirsizliğin ortadan kaldırılmasını amaç olarak gösterir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken husus kesin hükmün adil olmadığı durumlarda uyuşmazlığın ortadan kalkmayacağıdır. Yargılamanın amaçları arasında sayılan hukuk barışının sağlanması amacı ihkâki hakkın önlenmesi amacıyla benzer şekilde bozulan düzenin tekrar sağlanması haline odaklanmıştır. Böylelikle taraflar düzen bozulmadan önceki barış haline dönebileceklerdir.

Esasen yargılamanın amaçları arasında gösterilen tüm amaçları kapsayan ve kendisinden bağımsız diğer amaçların pek de bir anlam ifade etmediği amaç, adaletli karar verme amacıdır. Adaletli karar verme amacı adalet kavramının belirsizliğinden hareketle eleştirilse de kanaatimizce adalet belirsiz, soyut ya da ahlaki bir kavram olmaktan ziyade, gerek yargılamanın tarafları gerekse toplumun geri kalan bireyleri için somut bir beklentidir. Her ne kadar ideal bir değer olması hasebiyle mutlak adalete ulaşmak mümkün görünmese de toplumun beklentilerini karşılayan bir hüküm, mutlak adalete en yakın olunan andır denebilir. Bu nedenle toplumdan bağımsız bir adalet idesinin düşünülmesi, beyhude bir çabadır.

Adaletli karar verme amacının olmazsa olmaz şartı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe dayanmayan herhangi bir hükmün değil adil olması, yargılama dahi sayılması mümkün değildir. Bu nedenle doktrinde özel hukuk yargılamasına gelen eleştiriler, özel hukukun da maddi gerçeğe – kendi yöntemlerinin müsaade ettiği ölçüde- ulaşmaya çalıştığı iddialarıyla çürütülmeye çalışılmıştır. Bu iddialar temelde maddi gerçek-şekli gerçek tartışması üzerinden yürütülür. Şekli gerçekten kasıt tarafların çizdiği sınırlar içinde tespit edilebilen gerçektir. Mutlak gerçek geçmişte yaşanmış hadisenin kendisi, maddi gerçek ise aksi kanıtlamayacak şekilde geçmişte yaşanan hadiselerin deliller vasıtasıyla mahkeme önünde vücut bulan halidir. Eğer mahkemenin yargılamaya esas aldığı olaylar maddi gerçeğe uygun değilse yani öncüller bir çeşit kurgu ise, hüküm önermesi de kurgu olacaktır. O halde kurgusal bir hüküm yürütmeden çıkacak sonuç, bir hakkın teslimi ya da haksızlığın giderilmesini değil, o kurguyu oluşturan hadiselerin ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde bir karara bağlanmasını sağlar. Gerçek uyuşmazlığı değil, kurgusal uyuşmazlığı çözen bir yargılama sürecinin ise bu anlamda adil olması mümkün değildir. Bu nedenle yargılama yapılırken maddi gerçek üzerinden hareket etmek olmazsa olmaz bir öneme sahiptir.

Çalışmamız boyunca bu tartışmayı doğuran sebepleri yargılama usulüne egemen ilkeler bakımından değerlendirerek bir sonuca ulaşmaya gayret ettik. Bilhassa tasarruf ilkesi bu bağlamda önemli bir kıstas olarak karşımıza çıktı. Şöyle ki: medeni usul hukukunda tasarruf ilkesi medeni yargılama hukukunda tarafların davayı kontrol edebilmesi anlamına gelir. Gerek davanın açılmasında ve gerek dava açıldıktan sonraki süreçte taraflar davanın tek hâkimi olduklarından, hâkim dava konusu vakıa hakkında daha önceden bilgi sahibi olsa dahi tarafların isteği dışında bu bilgiye dayanarak karar veremez. Aynı şekilde dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ve teksif ilkeleri de incelendiğinde medeni yargılama hukukunda hâkimin edilgen rolü ortaya çıkar. Hâkimin edilgen rolüne bir örnek muhakemenin devamlılığı ilkesi bakımından da caridir. Örneğin; Dava dilekçesinde yer alan talep sonucundan kısmen ya da tamamen vazgeçmek yoluyla davacı davadan feragat edebileceği gibi, davalı dahi talep sonucuna muvafakat ederek davayı kabul edebilir. Taraflar mahkeme huzurunda yapacakları bir sulh sözleşmesi ile de davayı sonlandırabilirler. Her ne kadar hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü ile maddi gerçeğe ulaşma amacına yaklaşılmışsa da hâkimin gerçeğe ulaşma gayreti, tarafların çizdiği sınırların dışına çıkamaz. Aynı şekilde medeni yargılama hukukunda hâkimin tarafların ikrarı ile bağlı olması maddi gerçeğe ulaşmanın bir anlam ifade etmediğini gösterir. Oysa ceza yargılamasında sanığın itirafı tek başına hükme esas alınmaz; hâkim itirafın maddi gerçeğe uygunluğunu re'sen araştırmakla yükümlüdür.

Sonuç olarak, hukuki uyuşmazlıkların mahkemeler eliyle çözümlenmesi süreçlerinde, maddi gerçeğin açığa çıkarılmamasının, yargılamanın amacının gerçekleşmesine, yani adaletin tesis edilmesine imkân vermediğini düşünüyoruz. Kamuyu ilgilendirmeyen, haksızlığın cezalandırma ile giderilmesi yoluyla adaleti sağlama amacını taşımayan bir faaliyetin salt devlet eliyle yapılıyor olması nedeniyle yargılama olduğunu iddia etmek en azından sosyolojik olarak güç olduğundan, özel hukuk yargılamasının bir tür hakemlik haline getiren, hatta çoğu zaman hakemlikten daha işlevsiz bir hal almasını sağlayan ve maddi gerçeğe ulaşma amacını engelleyen usul kuralları üzerinde hassasiyetle durulması gerekir. Özel hukuk yargılamasının varlığı, arabuluculuk gibi hakkın tesliminden ziyade tarafların ortak bir menfaat üzerinde anlaşmalarını sağlamaya yönelik uyuşmazlık çözüm yolları ile bir sonuca bağlanamayan uyuşmazlıkların ilânihaye devamını önlemek ve kesin hükmün belirliliği sağlaması işlevinden faydalanmak amacına yönelik olarak değerlendirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Abercombie Nicholas / Hill Stephen / Turner Bryan S., The Penguin Dictionary of Sociology, London 1994.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali Kent Devletinden İmparatorluğa, Ankara 2013.
- Akı, Emine İrem Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- Akıncı, Müslüm İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2008
- Akıncı, Şahin Roma Hukuku Dersleri, Konya 2013.
- Akil, Cenk “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFD, C. 57, S.3, 2008.
- Akman, Mehmet Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004.
- Alangoya, Yavuz Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Aral, Vecdi Toplum ve Adaletli Yaşam, İstanbul 1988.
- Aral, Vecdi Hukuki Değer Olarak Adalet, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri (Haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1997.
- Aristoteles Atinalıların Devleti, Çev. Suat Yakup Baydur, Ankara 1943.
- Armağan, Servet İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 2006.
- Arsal, Sadri Maksudi Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara 1941.

- Avcı, Mustafa Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya 2013.
- Aydın, M. Akif Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2012.
- Ayvaz Taşpınar, Sema “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Faruk Erem Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 1999.
- Baigent Michael/ Leigh Richard, The İnquisition, London 2000.
- Balı, Ali Şafak Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, “Öteki ile Barış İçinde Yaşamak, Konya 2001.
- Balı, Ali Şafak Hukuk, Toplum, Siyaset Üzerine Söyleşiler, Konya 2011.
- Bastiat, Frederic Hukuk, Fransızcadan İngilizceye çeviren Dean Russel, İngilizceden Türkçeye çeviren Yıldırım Arsan ve Atilla Yayla, 5.Baskı, Ankara 2014.
- Barrett Jerome T. / Barrett Joseph P., A History of Alternative Dispute Resolution The Story of a Political, Cultural, and Social Movement, San Francisco 2004.
- Baumann, Richard A. Human Rights in Ancient Rome, London 2000.
- Beysan, Nazime Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Bilgin, Hikmet “Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk”, Hukuk Gündemi Dergisi 2009, S.1.
- Bordreuil Pierre / Briquel-Chatonnet Françoise / Michel Cecile, Tarihin Başlangıçları Eski Yakındoğu Kültür ve Uygarlıkları, İstanbul 2014.
- Bruce Steve / Yearly Steven, The Sage Dictionary of Sociology, London 2006.
- Bulur, Alper “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S. 4.

- Bulut, İlhan “İdeoloji ve Hukuk”, Ali Şafak Balı (Editör), Hukuk Politikası, Ankara 2016
- Can, Cahit Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Ankara 2011.
- Capps, Walter H. “Society and Religion”, Encyclopedia of Religion, ed. M.Eliade, Newyork 1987, C.13.
- Centel Nur/Zafer Hamide Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003.
- Cevizci, Ahmet Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1999.
- Ceylan, Şule Şahin Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009
- Cin Halil / Akyılmaz Gül Türk Hukuk Tarihi, Konya 2013
- Çağıl, Orhan Münir “Jhering’in Hukuk Nazariyesinin Anahatları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1947, C. 13, S. 1.
- Çağlayan, Ramazan İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2014.
- Çığ, Muazzez İlmiye Kur’an İncil ve Tevrat’ın Sumerdeki Kökeni, İstanbul 2005.
- Çobanoğlu, Rahmi Hukukta Gaye Problemi, İstanbul 1964.
- Delice, Aslan Antropoloji Penceresinden Hukuk: Basit Toplumlarda Akrabalık İktidar ve Çıkar İlişkileri.
- d’ENTREVES, A. Paserine, The Notion of The State, Oxford 1967.
- Devellioğlu, Ferit Osmanlıca Türkçe Sözlük.
- Doğan, Erdal Hitit Hukuku Belleklerdeki Kayıp, İstanbul 2008.
- Driver, G.R. & Miles. J.C. (1952-5) The Babylonian Laws, 1: Commentary, II: Text. Oxford: Clarendon Press.

- Di Marzo, Salvatore Roma Hukuku, Çev.Ziya Umur, İstanbul 1954.
- Edmundson, William A. An Introduction to Rights, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Ekinci, Ekrem Buğra İslam Hukuku Umumi ve Hususi Hükümler, İstanbul 2016.
- Feyzioğlu, Metin Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- Fiadjoe, Albert Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective, Londra 2004.
- Giritli İsmail / Bilgen Pertev / Akgüner Tayfun / Berk Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2012.
- Gaul, Hans Friedhelm Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, Çev. Nevhis Deren Yıldırım, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, Derleyen M. Kamil Yıldırım, İstanbul 2012.
- Glasser Cyril / Roberts Simon “Dispute Resolution: Civil Justice and its Alternatives”, The Modern Law Review, Volume 56, 1993, S.3.
- Gluckman, Max Politics, Law and Ritual in Tribal Society, Oxford 1965.
- Gözler, Kemal Devletın Genel Teorisi, Ekin Yayınevi, Bursa 2012.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012.
- Gözübüyük A. Şeref/ Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt II, Ankara 2013.
- Grotius, Hugo The Right of War and Peace Book I, Edited and with an Introduction by Richard Tuck from the edition by Jean Barbeyrac, Liberty Fund, Indianapolis 2005.
- Gülseren, Fehmi Şener “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Haziran 2014, S. (V:I).
- Günday, Metin İdare Hukuku, Ankara 1999.



- Gürbüz, Ahmet Hukuk ve Meşruluk Meşru Hukukun Temel Unsurları, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Güriz, Adnan Hukuk Felsefesi, Ankara 2011.
- Gürkan, Ülker Hukuki Realizm Akımı, Ankara 1967.
- Gürkan, Ülker Hukuk Sosyolojisine Giriş, Ankara 1999.
- Hacıkadıroğlu, Vehbi Kuramlar ve Adalet, Kuramlar ve Adalet, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri (Haz. Hayerettin Ökçesiz), İstanbul 1997.
- Hafizoğulları, Zeki Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- Hançerlioğlu, Orhan Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1999.
- Henckel, Wolfram “Yargılama Kurallarının Adalet Değeri Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Çev. Ergun Önen, Yıl 1969, S.1-2.
- Hirş, Ernest E. Pratik Hukukta Metot, Genişletip değiştirerek işleyen Volf Çernis, Ankara 2000.
- Holmes Junior Oliver Wendel The Path of Law, Harvard Law Review, 1897.
- Ildır, Gülgün Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- Kalabalık, Halil İdari Yargılama Usulü Hukuku, Konya 2013.
- Kapani, Münci Politika Bilimine Giriş, Ankara 1999.
- Karadeniz-Çelebican Özcan Roma Hukuku, Ankara 2000.
- Karakehya, Hakan “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, Eskişehir Barosu Dergisi, Yıl 2006, S.10.
- Karakehya, Hakan Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti, Ankara 2016.

- Karaman, Hayreddin İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 2012.
- Karşlı, Abdurrahim Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Murat Bilgin/Konur Alp Koçak (Hazırlayan), Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Yayın Koordinatörü: Ahmet Yıldız, Ankara 2012.
- Kaya, Emir “İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Ankara Barosu Dergisi, S: 2013/3.
- Kelsen, Hans General Theory of Law and State, Translated by Anders Wedberg, Harward University Press, Cambridge 1949.
- Kelsen, Hans Pure Theory of Law, Çev. Max Knight, New Jersey 2005.
- Konuralp, Haluk Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.
- Koşum, Adnan “Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: 17. Bahar, 2004.
- Kocaoğlu, S. Sinan Müdafî, Ankara 2012.
- Kramer, S.N. Tarih Sumerde Başlar, Çev. Muazzez İlmiye Çığ, Ankara 1998.
- Kuçuradi, Ionna Adalet Kavramı, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri (Haz. Hayerettin Ökçesiz), İstanbul 1997.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2009.
- Kuru, Baki “Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet “-Kaza Yolu-”, Ankara Barosu Dergisi, 1960, S. 2.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

- Kuru, Baki Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016.
- Llewellyn, Karl N. “Some Realism about Realism- Responding to Dean Pound, Harward Law Review, Vol 44, No 8. , Cambridge 1931.
- Llewellyn, Karl N. Jurisprudence Realism Theory and Practice (with a new introduction by James J. Chriss), New Brunsbick and London 2008.
- Longman Dictionary of Contemporary English, Essex 2006.
- Macqueen, J.G. Hititler ve Hitit Çağında Anadolu, Çev. Esra Davutoğlu, Ankara 2001.
- Maidowski, Ulrich “Yargı Ayrılığının Düşündürdükleri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu, Ankara 2014.
- Maisels, Charles Keith Uygarlığın Doguşu, çev. Alaeddin Şenel, (Yakındoğu'da Avcılık ve Toplayıcılıktan Tanıma Kentlere ve Devlete Geçiş) Ankara 1999.
- McNeill, William H. Dünya Tarihi, Çev. Alaeddin Şenel, Ankara 2001.
- Memiş, Ekrem Eskiçağda Mezopotamya (En Eski Çağlardan Asur İmparatorluğu'nun Yıkılışına Kadar), Bursa 2007.
- Meriç, Nedim, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı 2009.
- Miller, Dale T. Disrespect And The Experience Of Injustice, Annual Review of Psychology, California 2002, S.52, s.534  
<http://www.annualreviews.org/doi/full/10.1146/annurev.psyc.h.52.1.527> (Çevrimiçi) Erişim tarihi 17.10 2016
- Morris, Cristopher W. An Essay on the Modern State, Cambridge University Press, Cambridge 1998.
- Nizamü'l-Mülk Siyasetname, Çev. Mehmet Taha AYAR, İş Bankası

Yayınları, İstanbul 2009.

- Okan, Neval “İngiliz Hukuk Sistemi İçinde Ticari Yargı Sistemi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, İzmir 2005, C.7, S.2.
- Onar, Sıddık Sami İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966.
- Öktem Niyazi/Türkbağ Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul 2012.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013.
- Özbek, Mustafa Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013.
- Özden, İsmail “Hâkimin Hukuk Yapımındaki Rolü”, Ali Şafak Balı (Editör), Hukuk Politikası, Ankara 2016.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Kırıt Yasemin F. Saygılar/Özaydın Özdem /Akcan Esra Alan/Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Pamir, Aybars “Orta – Asya Türk Hukukunda “Töre” Kavramı”, AÜHFD, C. 58, S.2.
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014.
- Pirenne, Henri Ortaçağ Avrupa’sının Ekonomik ve Sosyal Tarihi, Çev. Özgür Kocabaşoğlu, İstanbul 2009.
- Puffendorf, Samuel On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law, Edited by James Tully, Translated by Michael Silver Thorne, Cambridge 1991.
- Radcliff-Brown, A.R. Structure and Function in Primitive Society, Essays and Adresses, The Free Press, Illinois 1952.
- Rehbinder, Manfred Hukuk Sosyolojisi, Çev. İlyas Doğan, Hilal Kafkas, Ankara

- 2015.
- Roberts, Simon Hukuk Antropolojisine Giriş, Çev. A. Erkan Koca, Ankara 2010.
- Robson, Michael The Fransiscans in the Middle Ages, The Boydell Press, Woodbridge 2006.
- Russell, Bertrand Batı Felsefesi Tarihi İlkçağ, Çev. Muammer Sencer, İstanbul 1996.
- Selçuk, Sami “Doğru terim “Muhakeme” değil, “Yargılama”dır.”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı Prof Dr. Nur Centel’e Armağan, 2013, C.19, S.2.
- Schwarz, A. B. İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk, Çev. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Hapisane Matbaası Adliye Vekâleti Yayını, Ankara 1937.
- Seviğ, Vedat Raşit “Leon Duguit’ye Göre Hukuk Kaidesi, Subjektif Hak ve Hâkimiyet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1949, C. 15, S. 1.
- Sherif, Muzafer A Study of Some Social Factors in Perception, New York 1935.
- Sumner, Maine Henry Dissertations On Early Law And Custom, London 1883, s.160.
- Şahbaz, İbrahim “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 2008, C. 25.
- Şakir Altay/ Keskin Veli, Hukuki ve Sosyal Terimler Sözlüğü, Ankara 1969.
- Şenel, Alaeddin Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine, Ankara 1970.
- Şenel, Alaeddin Siyasal Düşünceler Tarihi Tarihöncesinde İlkçağda

Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, Ankara 1995.

Tahiroğlu Bülent/ Erdoğan Belgin Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.

Tanrıver, Süha “Hukuk uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, Yıl 2006, S. 64.

Tercan, Erdal “Hâkimin davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi”, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C.7, S.18.

Tercan, Erdal “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, Prof Dr. M. Şakir Berkiye Armağan, Konya, 1996.

Topakkaya, Arslan “Aristoteles’te Adalet Kavramı”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi The Journal of International Social Research, Volume 2/6, Winter 2009.

Topçuoğlu, Hamide Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1984.

Ulaş, Sarp Erk Felsefe Sözlüğü, (Hazırlayanlar: A. Bâki Güçlü, Erkan Uzun, Serkan Uzun, Ü Hüsrev Yolsal) Ankara 2002.

Ullman, Walter Law and Politics in the Middle Ages, Cambridge 2008.

Umur, Ziya Roma Hukuku, İstanbul 1982.

Uzun, Ertuğrul Akıl Tutkunu Hukuk, İstanbul 2010.

Üçok Coşkun/ Mumcu Ahmet/ Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1999.

Ünver Yener / Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.

Wacks, Raymond Hukuk Kuramını Anlamak Hukuk Felsefesi ve Hukuk

- Kuramına Giriş, Çev. Fatma Sezgin Şahin Ünver/ Serdar Ünver, Ankara 2016.
- Van De Mieroop, Marc Antik Yakındoğu'nun Tarihi İÖ 3000-323, Çev. Sinem Gül, Ankara 2006.
- Van Rhee C.H. (Remco) and Verkerk Remme, "Civil Procedure", Edited by, Jan M. Smits, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2006.
- Vigouroux, Christian "Fransız Danıştay'ı ve Yargı içindeki Önemi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 145. Yıl Sempozyumu, Ankara 2014.
- Yalçınkaya, Namık Kemal İngiliz Hukuku -Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle-, Eroğlu Matbaası, Ankara 1981.
- Yanık, Murat "Demokratik Hukuk Devletlerinde Yargının Kurumsallaşması", TAAD, Y.4, S.14.
- Yenişehirlioğlu, Şahin Felsefe Diyalektik Bilgi Kuramı (Epistemoloji), Ankara 1982.
- Yıldırım, Akif "Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.3  
<http://dergi.uyusmazlik.gov.tr/umd/3ucuncusayi/akifyildirim.pdf>
- Yıldız, Elif Çağla Jeremy Bentham'ın Ceza Teorisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014.
- Yılmaz, Ejder Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996.
- Yılmaz, Ejder Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2013.
- Zubaida, Sami İslâm Dünyasında Hukuk ve İktidar, Çev. Burcu Koçoğlu Birinci/Hasan Hacak, İstanbul 2008.

<http://www.achiq.org/pitikler/dlt---.pdf> E.t. :08.06.2016.

[http://www.bbc.com/turkce/multimedya/2012/01/120119\\_dg\\_sharia.shtml](http://www.bbc.com/turkce/multimedya/2012/01/120119_dg_sharia.shtml) E.t. : 17. 11.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{ \"fulltext\":\[\"gafgen\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-119451\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) E.t. :11.10.2016

<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=280251> E.t. : 24.07.2016.

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/1>.

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5763b2b3d01b08.05886476](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5763b2b3d01b08.05886476)  
E.t. : 17.06.2016.

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=tasarruf](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=tasarruf) E.t. : 12.10.2016.