

Özel (Medeni) Hukuk Yargılamasında Yargıç ve Avukatın Etkinliği^(*)

Çetin Aşçıoğlu^(**)

"Her şeyin sonunda adil bir mahkemenin bulunabileceği inancı toplumda en büyük güven duygusunu sağlar"
Montesquieu

GİRİŞ :

Bir ülkede, çağdaş hukukun öngördüğü yasalar, yasaları denetleyecek anayasa yargısı, hak aramanın son kapısı olan yargı yerleri ve kararları denetleyecek yüksek mahkemeler bulunabilir. Ancak önemli olan şu sorulara olumlu yanıt alınmasıdır:

Hak alınabiliyor mu?

Bireyler hak aramanın son kapısı önünde "doğru ve güvenli yargılanacağına" inanıyor mu?

Bu soruya, ülkemiz açısından, olumlu yanıt vererek mutluluğu, kıvancı sizlerle paylaşmak isterdim. Ancak gerçekleri, toplumda oluşan değer yargılarını ve her gün güncellenen olguları göz ardı etmeden olumlu yanıt vermek olanaksız.

Her alanda olduğu gibi, yargı alanında da güven bunalımı yaşamaktayız. Kamuoyu araştırmaları "yargıya güvensizlik" inançlarının her geçen gün arttığını ortaya koymaktadır⁽¹⁾. Daha önemlisi güvensizliğin yargı içinde de yüksek boyutlara ulaşmış ol-

masıdır; yargıç avukata, avukat yargıca, yüksek mahkemeler yargıçlara ve avukatlara güvenmemektedir; güvensizliğin bir önemli boyutu da yargıç ve avukatlarda özgüven yoksunluğudur.

Neden?

Bu soruya "yargı bağımsızlığını", "politik güçlerin yargıya bakış açısını ve genel bütçeden ayrılan payı", "başta denetim olmak üzere özlük düzenini", "yasaları", "yargıç ve avukatların bilgi ve kültür düzeyi" gibi sorunları ele alarak yanıt arayabiliriz; az ya da çok tümünün payı göz ardı edilemez.

Bu bilgi şöleninde; avukat ve yargıçların temel sorunu olan bilgi ve özeğin (kültür) düzeyinin etkilediği "özel hukuk (medeni) yargılamasında avukat ve yargıçların etkinliğini" irdelleyerek, tartışarak neden sorusuna yanıt vermeye çalışacağım.

1- Yargılamanın Amacı:

Özel hukuk yargılamasının amacı, kural olarak, nesnel (maddi) hukukun bireylere tanıdığı öznel (subjektif)

hakların hukuk barışı ve güvenliğini sağlayarak korunmasıdır. Öznel hakların özünde bireyin özgürlüğü söz konusudur. İşte kişinin bireysel çıkarları ve özgürlüğünden yola çıkılarak hazırlanmış usul yasaları (eski sosyalist ülkeler ayrık) liberal görüşün etkisiyle buyruklar koymuştur. İsviçre'den alınan bizim usul yasamızda da aynı görüş egemendir.

Bu nedenle ceza yargılamasının tersine özel hukuk yargılamasında; yargıcın, mahkemenin değil (vesayet, kayıymılık gibi işler ayrık) yanların etkinliği söz konusudur. Bu etkinliğin ağırlığı, uyuşmazlık konusu yaşam olayı için gerekli olan araç ve gereçlerin (malzemelerin - olgular, kanıtlar sonuç istemler vd) ileri sürülmesi ve getirilmesinde toplanmıştır.

Ancak "yargılamanın yönetiminde", "hukuk sorunlarında" ve "yasaların zayıfları koruma ve diğer sosyal amaçlarla açıkça öngördüğü durumlarda" yargıcın etkinliği daha ağırlıklıdır. Ancak ne yargıçların da bir insan olduğunu ne de yanların hak ve yetkilerini de göz ardı edemeyiz. Yargıcın gücü ve yanların özgürlüğü ayrımının ya da liberal ve sosyal ilkelere ilişkin tartışmaların sonunun gelmesi de beklenmemelidir.

Bu bağlamda, yöntem (usul) hukukunda yanların, yargıçların hak ve yetkilerinin sınırlarının olabildiğince sağlıklı belirlenmesinin yanında; yargılamayla ilgili soyut kuralların özenle uygulanmasının göz ardı edilemeyecek güvence olduğunu da belirtmeliyim. Soyut kuralların, biçimsel görünümü bizleri yanıltmamalı; kuralların özünde var olan amaç, "yargılamanın hukuka ve yasalara uygun olarak sürdürülmesi ve gerek yanların ve gerekse yargıçların yol ve yöntemine aykırı kendince (keyfi) istem ve davranışlarını önlemedir. Ne var ki," amaçla araç arasındaki öngörülen bağın kopması, bulunmaması durumunda" işin özünün yitimine ve biçimcilik olgusunun güncelleşmesine neden olacağı da göz ardı edilmemelidir.

Yargılamanın "maddi hukukun bireylere tanıdığı öznel (subjektif) hakların hukuk barışı ve güvenliğini de sağlayarak korunması" amacının temelinde "bireyin doğru ve güvenli(adil) yargılanma hakkı⁽²⁾" yatmaktadır.

Doğru ve güvenli yargılanma hakkı, soyut kural olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6. maddesinde ve daha sonra da sözleşmeyi onaylayan ülkelerin iç hukukunda yer almıştır. Ülkemiz, İnsan Hakları Söz-

² Bu insanlık hakkı genel olarak adil sözcüğü kullanılarak anlatılmaktadır; doğru, dürüst anlamına gelen bu sözcük dilimize Arapça'dan alınarak yerleşmiş durumdadır. İngilizce'de right sözcüğü de aynı anlamda (doğru...) kullanılmaktadır. İslam öncesi Türkler hak, adalet gibi kavramları doğru anlamına gelen OK ve bundan türetilmiş sözcüklerle anlatmışlar; hak sözcüğü nasıl Kur'an dilinde Tanrı anlamına kullanılmış ise ogan, okan da Tanrı'nın adlarından biri idi (Bk. Yargıtay Onursal Üyesi A. Rıza Önder' ağırm)

Bu nedenle adil sözcüğü yerine hem anlatım kolaylığı vermesi hem de özü de bizden olan doğru sözcüğünü güven sözcüğüyle birlikte kullanmayı yeğledim: Hukuk, güvenli olmak başka bir anlatımla bireylere kuşku duymadan inanma, bağlanma duygusu vermek zorundadır; bu nedenle doğru yargılama yapılacağı yolunda yurttaşların güven duymaları da gerekir. Bazıları adil sözcüğünün yanında dürüst sözcüğünü de kullanmaktadır: Dürüst sözcüğü de Farsça olup doğru anlamındadır; bu nedenle ikisinin birlikte kullanılması yanlış olmasa da güven sözcüğünün verdiği gücü veremez.

(*) HFSA ile İstanbul Barosu'nun 6-7 Eylül 2002 tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştirdikleri "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" konulu sempozyumda sunulmuştur.

(**) Yargıtay Onursal Üyesi

1 Hayrettin Ökçesiz, Yargıda Güven...HFSA 5 sh 123 vd.

leşmesi' ni 1954 de onaylamasına karşın; 6. maddede yer alan insanlık hakkı ancak 1987 yılında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi' nin (İHAM) yargı yetkisinin işletilmesiyle güncelleşmeye başlamıştır. İçeriği genel olarak "bağımsız ve yansız bir mahkeme önünde", "uygun (makul) süre içinde", "açık biçimde", "hakkaniyete uygun olarak" yargılanma olarak belirlenmiştir.

Bu insanlık hakkı, son değişikliklerle, Anayasamıza da girmiş olmakla birlikte hakkın işlerlik kazandığından söz etme olanağı yoktur. Bir çok yargıca ve avukata "doğru ve güvenli - adil- yargılanma hakkı nedir" sorusunu yöneltseniz doyurucu bir yanıt almanız hemen hemen olanaksızdır. Hakkın sahibi bireyler de yeterince bilinçlenmemiştir. Birey, yargı önünde, kulluk ahlâkının buyruklarının etkisi ve baskısı altındadır; göğsünü gere gere "doğru ve güvenli (adil) yargılanma hakkım var" diyememektedir. Bıçak kemiğe dayandığında gösterilen duygusal tepkiler, "insan genine yerleşmiş hak kavramının" içgüdüsel olarak ortaya koyduğu güçten kaynaklanmaktadır.

Yargı yerlerinde, çoğu hukukçuların bile anlamadığı "adalet mülkün temelidir"(doğruluk devlet gücünün temelidir) özdeğişli yerine; "doğru ve güvenli yargılanma hakkımız var" yazılsa, yargıçlar da bu evrensel ilkeyi okuya okuya, göre göre yargılama yapsalar daha anlamlı ve etkili olmaz mı?

Doğru ve güvenli yargılanma hakkının yasalarda yer alması, İHAM yargı yetkisinin bulunması kuşkusuz önemli güvencedir. Ancak gerçek güvence "hak savunucusu avukatlar" ve "doğru ve yargılama yapmakla yükümlü yargıçlardır".

Sorun, birilerinin ileri sürdüğü gibi, yasalarda değil; avukat ve yargıçların önemli bir bölümünde bu insanlık hakkının öneminin ve hukuk özekini bilincinin gelişmemiş olmasıdır. Kuşkusuz daha iyi, güzel, doğru yasal düzenlemeler yapılabilir. Ancak bugün sorun, yasa buyruklarının uygulanmamasından ve uygulanmamasına sessiz kalınmasından kaynaklanmaktadır.

Bu bağlamda bazı çarpıcı örnekleri sizlerle paylaşmak isterim:

Hukuki konularda bilirkişi görüşünün alınması yasada (HUMK.275) yasaklanmış olmasına karşın uygulamada yasa buyruğu açıkca çiğnenmektedir.

Yargılamanın can alıcı işlemi olan tahkikat evresi (HUMK 222-229) işletilmemektedir; özellikle hesaplamaya gereksinim olan (muhasibeye muhtaç) uyuşmazlıklarda 228-229 maddelerin öngördüğü işlemlerle ilgili çalışmalar hiç yapılmamaktadır.

Asliye hukuk mahkemelerinde yasalardan buyruğuna karşın (m.376 ...) sözlü yargılama hemen yapılmamakta; sanki yargıç ve avukatlarda yargılamanın yazılı olacağı yolunda bir inanç giderek yerleşmektedir.

Yargısal yardım (adli müzaharet) kuralları (m.465) "hak aramanın son kapısında yargıca ulaşma hakkını gü-

venceye alacak biçimde" günün koşullarına göre yorumlanarak uygulanmaktadır.

Buyurucu kurallara karşın (HUMK. m 388 Anayasa m.141) yargıç buyrukları (kararları) gerekçeli yazılmamaktadır.

Bu açıklamalardan sonra avukat ve yargıçların yargılamadaki etkinliğinin irdelenmesine geçebiliriz

2- Avukatın Etkinliği:

Yargılamanın avukatla izlenmesi; sav ve savunmaların avukatla yapılması zorunluluğu yoktur. Ancak özel hukuk yargılamasında hak ve yükümlükler yanları ilgilendirdiği; olay ve olguları (vakıalar), istemleri ileri sürme ve kanıtlama, kural olarak, yanların yükümlülüğündedir. Özellikle uyuşmazlık konusu yaşam olayını sanal ortamda yeniden yaşatmak özel bir bilgi ve beceri işidir.

Diğer yandan, günümüzde; öznel ve hak yükümlüklerinin gerek kapsamı ve gerekse içeriği giderek artan biçimde genişlemekte ve çoğun karmaşık durumda bulunmaktadır.

Özel hukuk yargılamasına ilişkin kurallar bir yandan " bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkının" güvencesi durumunda olurken diğer yandan bunların süresinde ve yerinde kullanılmaması yanlar için gizil (potansiyel) bir tehlike oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle; öznel hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkları çözmekle görevli hukuk mahkemelerindeki yargılamaların avukatsız sürdürülmesi; doğru ve güvenli yargılan-

ma hakkını gizil bir tehlike ile karşı karşıya bırakması ceza yargılamasına göre çok daha güçlüdür.

Ceza yargılamasında, iyi yetişmiş bilgili savcı ve yargıçların katılımıyla yapılacak yargılamada avukata gereksinim daha az duyulabilir. Ancak ne denli yetenekli, bilgili, kültürlü yargıçlarla yapılırsa yapılsın; hukuk davalarında işinin uzmanı olan avukata mutlak gereksinim vardır.

Ancak yargılama düzeninin temelini oluşturan liberal usul hukukunun, yanların üstlenmekte zorlanabileceği önemli akçalı (avukat ve diğer yargılama giderleri) yükü de getirdiği göz ardı edilmemelidir.

A- Genel İlkeler:

Avukatın yargılamadaki etkinliğinin sınırı adına savunma yaptığı kişiye karşı özen borcunun sınırlarıyla doğru orantılıdır. Çünkü avukatlık tekel niteliğinde bir çalışma alanıdır; herkes avukatlık yapamaz. Diğer yandan uzmanlığı kamu adına verilen belgelerle (diploma ruhsat) kanıtlanmaktadır; devlet, bireylere avukatın işin uzmanı olduğu güvencesini vermektedir.

En önemlisi avukat, bireyin gerektiğinde yaşam ve sağlığını bile dışlayabildiği ve kişiliğinin bir parçası olan hak ve özgürlükler alanında çalışmaktadır.

Bu nedenlerle gerek hukuk gerekse etik ilke ve değerler avukattan yüksek özen beklemektedir. Risk ve tehlike arttıkça yüksek özen beklentisinin de

artacağı yargı yorumlarında kullanılan bir ilkedir.

Bu bağlamda avukatlardan yargıca özgü yansızlık beklenip beklenmiyeceği de tartışılmalıdır. Avukat, kişi adına etkinlikte bulunurken nesnel (objektif) değil öznel (subjektif) ödev yükümlülüğü altındadır; yalan açıklamalarda bulunma kuşkusuz yasaktır. Avukattan beklenen doğruluk; dava araç ve gereçlerinin yanlarca getirilmesi ilkesini olabildiğince az sınırlandıracak nitelikte ve kapsamda olmalıdır. Bu yüzden avukat gerçekliğinden emin olmadığı olguları dahi ileri sürbilmelidir. Çünkü gerçeklik olgusu ancak yargıcın değer yargısıyla, değerlendirmesiyle kesinliğe ulaşacaktır (3)

B- Yargılama Öncesi :

Avukatın yargılamada etkinliğini güncelleştirebilmesi ve başarı olasılığı uyusmazlığı yargı önüne getirmeden hukuk ve olgu sorunları konusunda ön çalışma yapmasına bağlıdır.

Bir davanın kazanılması için öncelikle olgu sorununun iyi bilinmesi gereklidir; avukat uyusmazlık konusu olgu sorununu tüm ayrıntılarıyla iyi kavramak ve bununla ilgili her türlü kanıtları hazırlamak yükümlülüğündedir. Özellikle kendi bilgisinin ve deneyiminin yetmediği konularda işin uzmanlarından bilgi ve görüş almanın yararları göz ardı edilmemelidir.

(3) İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku(age) sh: 27

(4) Uygulamada, bilim adamlarından ya da emekli yüksek mahkeme yargıçlarından hukuki mütalaa adı altında görüş açıklamaların ve olayla ilgili yorumların mahkemelere sunulması bize özgüdür; diğer rastlanmayan bu girişimlerin bilim adamları ve yüksek yargıçların saygınlığı kadar savunma mesleğinin de onuruyla yakından ilgilidir. Doğru olan; avukatların bu yolla elde ettikleri bilgileri somut olay içinde değerlendirerek etkinliklerini artırmalarıdır.

Alman Büyük Elçiliği'nde görevli bir hukukçunun doktor eşiyle Almanya'da doktorların sorumluluğu konusunda konuşurken örnek alınacak bir olayı şöyle açıklıyordu:

-Tıp fakültesini bitirdiğimde, iş bulma kurumundan aldığım bilgi yazısında bir avukatın doktor araması ilgimi çekti, avukattan bilgi istediğimde: "Doktorlarla ilgili tazminat davalarını kovuşturuyorum bu nedenle tıbbi konularda teknik bilgilere gereksinim oluyor" yanıtını aldım...

Uyusmazlıkla ilgili hukuk sorunlarının iyi bilinmesi, istemin (sav ve savunmanın) sağlıklı olarak ileri sürülmesinin diğer bir koşuludur. Avukat dava açmadan bu konudaki bilgisini gözden geçirmeli, gerekirse o alanda üst düzeyde uzman olan hukukçulardan görüş almalı ve bunları doğrudan somut olayda kendisi kullanmalıdır(4).

Uygulamada yeterince ve sağlıklı çalışmalar yapılmadan davaların açıldığına tanık olmaktayız. Dava ve yanıt dilekçelerinin, çoğun, özensizce hazırlanmakta olduğu bir olgudur

C- Yargılama Evresi:

Avukatın yargılama evresindeki etkinliğini üç bölümde incelenmeli:

a- Usul kurallarını süresinde ve yerinde kullanma.

Usul ilke ve kurallarının yargılamanın doğru ve güvenli yapılmasını sağ-

lamasına karşın; yerinde ve süresinde kullanılmaması tehlike olasılığını da gündeme getirebilir.

Bu nedenle, avukatların usul hukukunu nesnel (maddi) hukuktan daha iyi bilmeleri gerekir.

b- Avukatın yargılamada en etkin olması gereken durum uyusmazlık konusu yaşam olayının sanal ortamda yeniden gerçekleşmesini kanıtlamaktır. Olayın ve olguların kanıtlanması yargılamanın can damarıdır.

Bu nedenle avukat, olgu sorunlarıyla ilgili kanıtların tümünü tüketme konusunda yüksek özen göstermekle yükümlüdür. Yaşam olayının yargılamada yinelenmesi için usul hukukun tüm olanakları kullanılmalıdır. Ters yargılamadaki etkinliğini yargıca bırakma anlamına gelir ki, özgürlükcü liberal usul hukukunun genel yapısıyla bağdaşmaz. Uygulamada yargıç buyruğunu oluşturacak olguları kanıtlama, araştırma yargıçlara bırakılmakta yargıçlar da bu görevi bilirkişilere vererek etkinliklerini kaybetmektedirler.

c- Yargılama kural ve ilkelerine uyulmasını denetleme:

Avukatın, yargılamadaki etkinliği işin uzmanı olarak yalnız yargılama araç ve gereçlerinin sunumu ya da olgu ve hukuk sorunlarını savunma ile sınırlı değildir.

Usul hukukuna ilişkin kurallar, yargılamanın doğru ve güvenli yapılmasının ilk güvencesidir; uyulmaması insanlık hakkını tehlikeye sokar. Bu nedenle avukat, usul kuralının yargıcın işlem ve eylemiyle çiğnenmesi durumunda, amaçla kural arasında bağ so-

mut olayda işlevini koruyorsa, yüksek özen yükümlülüğünün gereği etkin olmak durumundadır.

Ancak avukatların uygulamada, çoğun, hem adına savunma yaptıkları kişilerin çıkarına hem de hukuk ve avukatlık mesleği adına yararlı olacak girişimlerde bulunmadıkları gözlenmektedir. Örneğin avukatların:

* Sıkça görülen, yargıcın objektif yansızlığını açıkça yitirmesi;

* Bilirkişinin seçimi (HUMK m. 276) ve sorulacak soruların belirlenmesinde (HUMK.m 279) avukatların dışlanması ve hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasında (HUMK.m 275);

* Yargılamayı sonuçlandırmada gecikmelerde;

* Gereksiz ara kararları verilmesinde;

* Özellikle toplu yargıçla çalışan ticaret mahkemelerinde tahkikat evresinin yasaların buyruğuna aykırı olarak yapılmamasında;

* Gereksiz keşif ve bilirkişiye başvurma gibi durumlarda "yargıcı uyarma", "usule ilişkin hakların ya da genel hak arama yollarının kullanılması" yolunda adımlar atmayarak etkinliklerini kayb ettikleri sık rastlanan olgulardır.

Bu bağlamda avukat yargıç ilişkilerinin boyutlarının dengelenmesi ve korunması önem kazanır. Kuşkusuz yargıçların, bu gibi girişimleri, hoşgörüyü karşılamama eğilimini ve olumsuz etkilerini göz ardı edemeyiz. Bağımsız çalışarak emekleriyle geçinen avukatın etkinlik göstermeyerek çe-

kingen kalmasının haklı nedenlerini giderecek yöntemler üzerinde durulmalıdır; baroların devreye girmesi, ya da ombudsman gibi benzer nitelikte kurumların oluşturulması ...

d- Sözlü yargılamanın gerçekleşmesi:

Avukatın yargılamadaki etkinliğinin güncelleştirilmesinin en önemli yolların biri de sözlü yargılamadır; savunma ve yargılama sanatının olmazsa olmaz koşuludur. Etik değerleri de göz ardı etmeden kanıtlarla inandırma yani retorik sanatı başka bir değişle mantıklı tartışma sanatı; konuşma ve tartışmalarla (sözlü açıklamalarla) güncelleşir ve güçlenir.

Diğer yandan sözlü yargılama gerçekleşmeden yargılamada açıklık ilkesi ve yargıya güven tartışılır durumda kalabilir. Asliye hukuk mahkemelerinde yargılamanın yazılı yapılacağı yolundaki inançlar yanlıştır⁽⁵⁾; yasalara olduğu kadar işin doğasına da aykırıdır.

Savunmanın, eleştirilerin sözlü olarak yapılması; yargılamayı yürüten yargıcın, sorunları iyi algılama ve kendini sorgulama gücünü etkiler. Duyu organlarımız göz ve kulağın etkinliği tartışılmaz; ancak hak ve yükümlülüklerin tartışıldığı son derece duyarlı alanda sözlü savunma ve açıklamalar yazılı açıklamalara göre daha etkilidir. Yazılı açıklamalarında ileri sürülen sav ve savunmaların okunup okunma-

yacağı kuşkularını göz ardı edemeyiz. Okunsa bile; ki okumak kolaydır; ancak okuyanın görme becerisi yoksa boşadır emekler; zor olan da budur.

Dur sözünden üretilmiş duruşma sözcüğü, dar anlamda devinimsizliği açıklamasına karşın, geniş anlamda devinimi(hareketlilik) dile getirir (karşı koymak, direnmek, tartışmak, itiraz etmek, haklaştırmak anlamında; yüzüme durdu-sen yürüye dur vd) (6). Duruşma sözcüğü hukuk dilinde bilinçli olarak geniş anlamında yer aldığı inancındayız⁽⁷⁾. Bu nedenle duruşmanın devinimliliği ancak yargılamanın sözlü yapılmasına bağlıdır.

Avukatlar, toplum içindeki saygınlıklarının güçlenmesi ve etkinliklerinin güncelleşmesi için sözlü yargılamayı bir onur sorunu olarak her konuda gündeme getirmeleri gerekir. Tersî durumda avukat, "yargıcın buyruğunun olması gerekeni yansıtmamasında", öncelikle kendi özensizliğini, ilgisizliğini sorgulamalı.

2-Yargıcın Etkinliği

A-Genel olarak

Liberal, özgürlükçü usul hukukun egemen olduğu yargılama düzenlerinde "yargılamayı yargıç mı, avukat mı yürütür" sorusu anlamsız değildir⁽⁸⁾. Avukatın (yanların) ve yargıcın yetki ve gücünün sınırlarını kesin olarak belirlemek olanaksızdır; sorunun teknik

yönü olduğu kadar ideolojik yanı da söz konusudur.

Bireyin yargıcını seçme hakkının olmadığı yargılama tekelinde; yargıç, "ne kraldır", "ne de güç bende diye boy gösteren sanal kahraman". Yargıcın bir gücü olduğu olgudur; ancak bu Anayasa'nın (m.9; 138) öngördüğü sınırlarda kalmalıdır; hukuk, yasa ve kendini yargılama gücünün (vicdan) denetiminde.

Yargıcın, en önemli işlevi, önüne gelen uyuşmazlıkta gerçeğe ve hukuka uygun doğru buyruk oluşturma (hakkaniyete ulaşma) konusunda yüksek özen göstermesidir.

Bu bağlamda yargıcın sadece hukuku uygulayan kişi olup olmadığı; başka bir anlatımla toplumsal (sosyal) mühendis rolünü üstlenip üstlenmeyeceği tartışılmalıdır⁽⁹⁾. Yargıçların, gerektiğinde sosyal mühendis görevi üstlenerek, önlerine gelen uyuşmazlıktaki sosyal çatışmayı gerektiği gibi yani yasanın buyruğunu da aşarak çözmekle yükümlü oldukları söylenebilir mi? Bu soruya güçler ayrılığı ilkesi gözetilmeden yanıt verilemez; hukuk devleti ilkesini yaralayacak, riskli bir girişim olarak değerlendirmek yanlış olmaz.

Ancak yargıçların da insan olduğu ve gerektiğinde yetkilerini aşarak etkinliklerini Anayasaya karşın artırma eğiliminde olabilecekleri de göz ardı edilememeli. Yargıcın, Yurttaşlar (medeni) Yasası'nın verdiği yetkileri (MK 1-2) ya da Borçlar Yasası'nın bazı genel ilkelerini geniş yorumlarla, Anaya-

sa buyruğunu çiğnendiği görünümünü örterek, sosyal mühendislik görevini üstlenmesi: Toplumun onayı ve güveninin sağlanabildiği durumlarda bağışlanabilir yetkisizlik girişimi olarak hoşgörülebilir.

Yargıtay'ın 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı inançları birleştirme kararı bu bağlamda örnek niteliktedir: Medeni Yasa miras (kalıt) haklarını ve kullanılmasının sınırlarını açıkca belirlemiştir. Öngörülen yasal hak ve yükümlülükler dışında bireye tam bir özgürlük tanımıştır; miras bırakan yasal sınırları aşmadan malvarlığını dilediği gibi kullandığında ortaya bir sorun çıkmamalıdır. Ancak; kişinin, şu veya bu nedenle özellikle kız çocuklarından mal kaçırmak amacıyla, sağlığında taşınmazını (gayrimenkul) diğer kişilere devretmesi sosyal bir sorun olarak algılanmış ve buna bir çözüm aranmıştır. Sonuçta miras bırakanın taşınmazlarla ilgili "satış yoluyla yaptığı" kazandırmalara konu olan uyuşmazlıklarda yasa koyucu görevi üstlenilerek soruna çözüm bulunmuştur: Amaç satış değil bağıştır ve işlem de mal kaçırmak amacıyla yapılmıştır; gizlenen bağış işlemi de biçime uyularak (tapuda kamusal işlemle) yapılmadığından taşınmaz satışıyla ilgili miras bırakanın istenci (iradesi) geçersiz sayılmıştır (BK.m18).

Kararın, güçler ayrılığı ilkesiyle bağdaştığını söylemek kolay değil. Yasa koyucu kurallarını koymuştur, boşluk da söz konusu değildir; Yargı-

5 Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 4.bası.sayfa:645 vd.

6 Yargıtay Onursal Üyesi A.Rıza Önder, Yargıtay Dergisi, 1981 sayı1-2, sh 129

7 Yargıtay Onursal Başkanı Sami Selçuk, duruşma sözcüğünün kullanılmasını dar anlamında alarak eleştirmektedir.

8 age.sh:40;

9 age.sh:39-40;43

tay sorunu kişinin yasal sınırları aşmadan malı üzerinde yaptığı kazandırıcı işlemi yok sayarak ve yasa koyucunun alanına da girerek çözmüştür. Ancak bu kararın, izleyebildiğimiz kadarıyla, toplumun değer yargılarıyla ters düşmediği için onay aldığı da söylenebilir.

Ancak yüksek mahkeme yargıçlarının çoğunluğu, başka bir olayda, yine sosyal mühendislik hevesiyle sözde çözüm yaratmasına karşın toplumun onay ve güvenini alamamıştır: 4 Nisan kararları diye anılan ekonomik bunalımda(kriz); Devletin, kamu kesiminde çalışan işçilerin toplu sözleşmelerden doğan alacaklarını ödememesi üzerine sorun yargı önüne gelmiştir. Yerel mahkemelerin sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye bağlılık ilkesi uyarınca işçiler yararına verdikleri buyruklar; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu'nda oyçokluğuyla MK'nin 2. maddesinden yola çıkılarak ve sözleşmelerin değişen koşullara göre uyarlanması (emperivizyon nazariyesi) gerektiği görüşüyle yerel mahkeme kararlarını bozmuştur. Toplum yararına bireylerin hukuka uygun olarak oluşmuş kazanımlarının ellerinden alınması, ancak ülkenin bağımsızlığı ve toprak bütünlüğünün eylemli tehlike ile karşı karşıya kalması durumunda söz konusu olur; kurtuluş savaşında olduğu gibi. Olayımızda yüksek mahkeme, devleti yönetemeyenlerin sorumluluğunun bedelini ça-

lışanlara ödetmiştir; bir çok alanda Devlet'in olanakları güçlü olanlarca paylaşılırken...

Diğer bir sorun da: Yargılamanın eşitler arasında gerçekleşen "hukuk için bir savaş mı" yoksa, "belirli ölçüde hakimnin koruması altında gerçekleşen bir süreç mi" olduğu tartışmalarıdır⁽¹⁰⁾. Birinci öneri kabul edilirse yargıcın yargılamadaki etkinliğinin azalması; ikinci önerinin kabul edilmesi durumunda ise yargıcın yargılamadaki gücü ve etkinliğinin artması söz konusudur. Sorunun ilke ve kurallarla kesin olarak çözümlenmesi olanaksızdır; liberal ve sosyal inançlarla tartışılma süreci devam edecektir.

Yargılama düzeninin temelini oluşturan liberal görüş kadar olmasa bile sosyal devlet ilkesinin de güncelleceği durum ve alanlar söz konusu olabilir. Bu bağlamda uygulamada ortaya çıkan yargı buyruklarını her iki ideoloji açısından tartışarak daha pragmatik sonuçlara ulaşılabilir; toplumun onayı da bir ölçü olabilir!

Yargıçlar, yargılama hukukunun özünden çıkarılan şu iki ilkeyi hiç mi hiç göz ardı etmemelidirler; güçlerinin ve etkinliklerinin varsılığı biçimde değil özdedir:

*Bir yargılamada ortaya çıkan hukuk ve olgu sorunları yanların / avukatların katılımı ve onların gözü önünde çözümlenmelidir; ancak bu durumda davayı kaybeden yanda bile yargıç buyruğunun sosyal doğruluğu konu-

sunda bir onayın oluşması gerçekleşebilir⁽¹¹⁾.

* Yargı buyruğu, yanların/ avukatların ve yargıcın birlikte çalışmasının ortak ürünü olmalıdır.

B- Özel Olarak:

a-Yargılamanın yönetilmesi

Yargıçların, yanların doğru ve güvenli yargılanma hakkını çiğnemenen, yargılamayı biçimsel görünümündeki ilkelerle yönetmekte güçlü etkinliği olduğu tartışılmalıdır.

Yargıç, yargılamayı yürütürken her aşamada doğru ve güvenli yargılanma hakkının İHAS'nin 6. maddesinde belirlenmiş ilkeleri (yansız yargıç önünde uygun sürede açık ve hakkaniyetle yargılama) ile bunların özünde var olan değerleri (insana saygı- toplum- sal ve özgüveni geliştirme vd.) de gözeterek yargılamayı yürütmekte yükümlü olduğunu unutmamalıdır.

Yargıçlardan, özellikle doğru ve güvenli yargılanmanın güvencesi olarak getirilmiş usul hukukunun biçimsel ilke ve kurallarını uygulanmasında da yüksek özen gösterilmesi beklenir.

Ülkemizde çok yönlü nedenlerle, yargıçların azımsanmayacak bir bölümünün, memurlaşarak yargıç kimliğini yitirmiş olmaları karşısında umutsuzluğa kapılmasak da acısını yürekten duyduğumu açıklamak isterim. Yargıç kimliğini yitirmiş bir yargıç

önünde yargılanma ne insanlığın ne de ulusumun alın yazısıdır.

b- Dava araç ve gereçlerinde (olgu sorunlarında)

Dava araç ve gereçlerinin getirilmesinde yanların/avukatın etkinliği usul hukukuna egemen olan liberal -özgürlükçü görüşün gereğidir. Yargıcın bu alandaki etkinliği oldukça sınırlı olup, yasaların izin verdiği ölçüde etkinliği gündeme gelebilir:

-İleri sürülen olguların "herkesçe bilinen" ya da "yargıcın yargılama çalışmasında öğrendiği" nitelikte olması durumunda yargıç kendiliğinden (resen) bunları değerlendirmeye alabilir. Bu durumda yanlara savunma ya da açıklama yapma olanağı tanınmalıdır; bunun nedeni yargılama düzenine egemen olan liberal özgürlükçü inançlarıdır.

-Dava araç ve gereçlerinin getirilmesinde, özel durumlarda etkinlik tanınmaması, yargıcın nesnel gerçeğe ulaşmasını engelleyebilir; eksik, çelişkili ve açık olmayan açıklama ve durumlarda; yargıç, gerektiğinde, yanları uyarma, sorma ve tartışmaya girme yoluyla yargılamadaki etkinliğini güçlendirmelidir.

Ancak yargıçların, HUMK' nun 75. maddesinin⁽¹²⁾ açıkca kendilerine verdiği yetki ve olanakları kullanmada ve bu yolla etkinliklerine artırmada ço-

12 Mad 75: Kanunun tayin ettiği istisnalar dışında başka hallerde iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini resen nazara alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz

Ancak müphem (açık olmayan- eksik) ve mütenakız (çelişkili) gördüğü iddia ve veya sebepler hakkında izahat istiyebilir.

Hakim, davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dahilinde (m.185/2,202,11) olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delilleri ibraz ve ikamesini (.236) vd) emredebilir.

(10) Kamil Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*

(11)age sh 38

ğün duyarlı davranmadıkları görül-
mektedir:

-Dava araç ve gereçlerinin getiril-
mesiyle ilgili yargıca tanınan bir et-
kinlik de kendiliğinden bilirkişi gö-
rüşüne başvurma"dır. Bu yetki, bir ol-
gu sorunun çözümünde yanların etki-
siz kalmasında ve çelişkili durum söz
konusu olduğunda kullanmalıdır. Uy-
gulamada kanayan bir yara olan bilir-
kişi kurumunun incelenmesi ayrı bir
sorundur. Ancak yargıçlar, yöntem
hukukunun yazılı ya da yazılı olma-
yan ilkelerinin verdiği yetkileri kul-
lanmadan bilirkişiye başvurdukların-
dan giderek yargılamadaki etkinlikle-
ri azalmaktadır; haklı olarak "bilirki-
şiler mi yargıç oluyor" sorusu günde-
me gelmektedir.

c-Hukuk sorunlarında etkinliği:

Yargıçların etkinliklerinin dorukta
olduğu alan nesnel gerçeklere (olaya)
uygulanacak hukuk kuralının belirlen-
mesi ve somut olayı bu ilkelere yo-
rumlamasıdır (HUMK.m76). Bu alan-
da üç önemli sorun bulunmaktadır:

-Yargıcın hukuki konuda etkinliği,
bu alanda yalnız yetkilerin biçimsel
olarak varlığıyla değil, uygulamayla
değerlendirilmelidir. Yargıcın hukuki
sorunlardaki etkinliği somut olarak
değerlendirdiğinde; olumlu görünüm-
lere rastlamak olasılığı giderek azal-
maktadır.

-Yargıç; yalnız olgu sorunlarında
değil hukuki sorunları da, yansızlığını
yitirmeden, yanlarla tartışması ve on-
lara sorular sorması var olan etkinliği-
ni artırıcı bir davranıştır. Bu alandaki

yetkisini uyumsuzluğun yanları ve on-
ların temsilcileri olan avukatlarla tar-
tışması yargılamadaki etkinliğine
azaltmaz; tersine yanlarca da onaylan-
masıyla güç kazanır. Ancak yargıçla-
rın çoğun edilgen (pasif) kaldıkları bir
olgudur

- Yargıçlar, giderek, hukuki sorun-
lar üzerindeki hem kendi hem de sınırlı
olsa da yanların/avukatların etkin-
liklerini bilirkişilere devretmektedir-
ler. Artık bilirkişiler tüm hukuk sorun-
larını bir yargıç gibi inceleyerek, yo-
rumlayarak mahkemelere yaznak (ra-
por) sunmaktadırlar. Yargıçların huku-
ka aykırı olan bu eylemlerine, avukat-
ların sessiz kalması da düzenin gide-
rek bozulduğunun güçlü kanıtıdır.

GENEL DEĞERLENDİRME:

Bu açıklamalarımız şu gerçeği orta-
ya koymaktadır. Özel hukuk yargıla-
masında avukat ve yargıçlar yargılama
hukukunun ve çalışma alanlarının
kendilerine tanıdığı hak, yetki ve yü-
kümlükleri ya sağlıklı biçimde ya da
hiç kullanmayarak etkinliklerini yitir-
mektedirler.

Avukat ve yargıçların yargılamada-
ki etkinliklerini yitirmeleri, bireyin
doğru ve güvenli yargılama hakkını
olumsuz etkilediği gibi avukat ve yar-
gıçlara karşı güvensizlik inaçlarının
güçlenmesini de yaygınlaştırmaktadır.

Yineleyerek söylemeliyim ki, sorun
yasalarda değil; tersine yasaların uy-
gulanmamasından kaynaklanmaktadır.
Yargıç ve avukatların hukuk fakültele-
rinden başlayarak bilgi ve kültür dü-
zeylerini artırıcı kesintisiz ve sürekli

eğitim düzenin kurulması kaçınılmaz-
dır⁽¹³⁾. Bu sağlanmadıkça diğer ön-
lemleri almanın beklenen yararı sağ-
lamayacağı inancındayız.

Yargıç ve avukatların yargılamada-
ki etkinliği konusu, doğrusu ya,
emekli olduktan sonra daha çok ilgimi
çekmeye başladı. Bu bağlamda Anka-
ra Barosu yetkilileriyle yaptığım bir
ön görüşmede konunun bir çalıştay
yapılarak tartışılmasını önerdim; uy-
gun görülmekle birlikte bugüne kadar
bir istem de gelmedi.

Sayın Hayrettin Ökçesiz' in HFSA'
de bir bildiri vermeme önerdiğinde ilk

usuma gelen bu konu oldu. Ancak ça-
lışmaya başladığımda işin ne denli
karmaşık, yoğun, sorunlar yumağı ol-
duğunu gördüm. Aslında konu " özel
hukuk yargılamasında ideolojik görüş-
ler", "avukatın etkinliği" ve "yargıcın
etkinliği" başlığıyla üç bölümde ve
ayrı ayrı incelenmesi daha verimli
olurdu. Ancak yarınlarda hukuk öğre-
tisinde ve usu bilme yatkın yargıçlarca
daha kapsamlı ele alınarak incelenme-
si ve tartışılmasının hukuku güzelleşti-
rip geliştireceği kanısındayım

13 Avukatlık yasasında yapılan değişiklikle ; avukat olma koşulu sınava bağlanmıştır, bu aynı zamanda bir mes-
lek eğitimi de gerekli ve zorunlu kılıyordu. Düzenleme eksik olmakla birlikte yarınlara için iyi bir başlangıç idi.
Ancak bilim ve usu dışlayanlar bu yasa buyruğunu dört yıl ertelediler. Oysa avukatlık ve yargıçlık için sürekli
ömür boyu eğitim kaçınılmaz bir olmazsa olmaz koşuludur. Prof. Tuğrul Tankut' un mühendislerle ilgili değer-
lendirmesi her alan için ve özellikle yargıç ve avukatlar için de geçerlidir:

Ülkemizde " mühendis" sanı , dört yıllık eğitimi tamamlayan delikanlıya, tanınan tüm hak ve yetkileriyle
birlikte verilir. Tam otuz buçuk yıl önce aldığım diplomada böyle yazıyor. Yani, o günkü yetkilerimle bu gün-
kü yetkilerim arasında hiçbir fark yok. Gelişmiş ülkelerde ise bu yetkiler deneyim birikimiyle ciddi sınav sonuç-
larıyla, uzman tanıklığıyla adım adım elde edilir.Bu düzenin adıdır yetkin mühendislik(Cumhuriyet 18.8.2002)