

T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
E. 2017/2-2209
K. 2020/475
T. 24.6.2020

*** KARŞILIKLI BOŞANMA DAVASI (Davalı Karşı Davacının Delil Listesinde Yer Alan Aynı Zamanda Vekili Olan Tanığın Yasal Olarak Dinlenilmesinin Mümkün Olduğu ve Bu Tanığın da Diğer Tanıklar Gibi HMK 240 ve Devamı Maddeleri Gereğince Dinlenilmesi Gerektiği - Aksi Durumda Hukuki Dinlenilme ve Adil Yargılanma Hakkının İhlaline Sebebiyet Verilmiş Olunacağı/Davalı-Karşı Davacı Tanığı Dinlenilip Tüm Deliller Birlikte Değerlendirilerek Sonucu Uyarınca Bir Karar Verilmesi Gerektiği)**

*** TARAF VEKİLİNİN DAVADA TANIK OLMASI (Davalı-Karşı Davacının Listesinde Aynı Zamanda Vekili Olan Şahsın Tanık Olarak Gösterildiği Tanıkların Dinlenecekleri Vakıa Hakkında Sınırlama Yapılmadığı - Bozma Öncesi Duruşmada Bu Tanığın Dinlenmesi Talebinin Reddinin Hatalı Olduğu/Avukatın Vekaleten Takip Etmekte Olduğu Davada Taraflara Oranla Üçüncü Kişi Konumunda Olduğu ve Görevi Nedeniyle Öğrendiği Hususlar Dışında Tanıklık Etmek Zorunda Olup Tanık Olarak Dinlenilmesinde Yasal Engel Bulunmadığı)**

*** SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI (Yargılamanın Geçirdiği Safhalar ve Dosya Kapsamı Gözetildiğinde Delil Listesinde Yer Alan ve Davalının Vekili Olan Bu Tanığın Dinlenilmesi Talebinin Davayı Uzatma Amacıyla Yapılmadığının Anlaşıldığı - Davalı Karşı Davacı Tanığı Dinlenilip Tüm Deliller Birlikte Değerlendirilerek Sonucu Uyarınca Bir Karar Verilmesi Gerektiği Halde Özel Daire Bozma Kararına Uyulmadan Önceki Kararda Direnilmesinin Usul ve Yasaya Aykırı Olduğu)**

*** DAVALININ VEKİLİ OLAN AMCASININ TANIK OLARAK DİNLENMESİ (evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle karşılıklı boşanma istemi - Avukatların Kendilerine Tevdi Edilen veya Görevleri Dolayısıyla Öğrendiklerini Açığa Vurmalarının Yasak Olduğu/İş Sahibinin Muvafakatini Alarak Bu Hususlar Hakkında Tanıklık Edebileceklerinin Belirtildiği Ancak Avukatın Muvafakat Almış Olsa Dahi Tanıklık Etmekten Çekinebileceği ve Çekinme Sebebiyle Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Doğmayacağı)**

2709/m.36,90

1136/m.36

4721/m.166

6100/m.25,27,119,129,136,187,194,240,241,248,249,258

03.03.2017 T. 2015/2 E. 2017/1 K. YİBK

AİHS/m.6

ÖZET : Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı karşılıklı boşanma istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, somut olayda davalı-karşı davacının delil listesinde bulunan ve aynı zamanda vekili olan amcasının tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Davalı-karşı davacı tarafından sunulan tanık listesinde davalı-karşı davacının aynı zamanda vekili olan şahsın da tanık olarak gösterildiği, tanıkların dinlenecekleri vakıa hakkında bir sınırlama yapılmadığı, mahkemece bozma öncesi duruşmada bu tanığın dinlenmesi talebinin reddedildiği görülmüştür. Avukat vekaleten takip etmekte olduğu bir davada taraflara oranla üçüncü kişi konumunda olduğundan görevi nedeniyle öğrendiği hususlar dışında tanıklık etmek zorunda olup, tanık olarak dinlenilmesinde yasal engel bulunmamaktadır.

Davalı-karşı davacı vekilinin delil listesinde yer alan aynı zamanda vekili olan tanığın yasal olarak dinlenilmesinin mümkün olduğu, bu tanığın da diğer tanıklar gibi HMK 240. ve devamı maddeleri gereğince dinlenilmesi gerektiği, aksi durumda esasen hukuki dinlenilme ve buna bağlı olarak adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verilmiş olunacağı, savunma hakkının kısıtlanacağı aşikardır. Ayrıca yargılamanın geçirdiği safhalar ile dosyada mevcut bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucu delil listesinde yer alan bu tanığın dinlenilmesi talebinin davayı uzatma amacıyla yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle davalı-karşı davacı tanığı dinlenilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekmektedir. Özel Daire bozma kararına

uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup direnme kararının bozulması gerekmektedir.

DAVA : 1. Taraflar arasındaki "evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı karşılıklı boşanma" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Ankara 8. Aile Mahkemesince verilen davaların kabulüne dair karar davalı-karşı davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir:

2. Direnme kararı davalı-karşı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

KARAR : I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı-Karşı Davalı İstemi:

4. Davacı-karşı davalı kadın vekili dava dilekçesinde; davalı-karşı davacının eylemleri nedeniyle müvekkilinin ruh sağlığının bozulduğunu, müvekkiline sevgi ve ilgi göstermediğini, müvekkilinin arkadaşı ile davalı-karşı davacının 2009 yılındaki güven sarsıcı hareketini eşine olan sevgisinden dolayı affettiğini, ancak onur kırıcı hareketlerine devam ettiğini, 2011 yılı Ocak ayında evden ayrıldığını ve başkası ile yaşamaya başladığını, bu ilişkinin inkâr edildiğini ve müvekkilinin oyalandığını, fakat daha sonra gerçeğin öğrenildiğini, sadakatsizliği alışkanlık hâline getirdiğini ileri sürerek tarafların boşanmalarına, aylık 600,00TL tedbir-yoksulluk nafakası ile 10.000,00TL maddi ve 50.000,00TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı-Karşı Davacı Cevabı:

5. Davalı-karşı davacı erkek vekili cevap dilekçesinde; müvekkilinin dava tarihinden kısa süre önce, ortak arkadaşlarından davacı-karşı davalının sadakatsizliğini öğrendiğini, daha önce Ankara 5. Aile Mahkemesi'nin 2011/711 E. sayılı dava dosyasında görülen anlaşmalı boşanma davasının takip edilmediğinden açılmamış sayılmasına karar verildiğini, anılan dava tarihinden önceki olaylara dayanılamayacağını, davacı-karşı davalının ilişki yaşadığı kişinin daha önce de ortak ikamete girip çıktığını tanık beyanları ile anlaşıldığını, müvekkilinin evden uzaklaştırılma sebebinin de böylelikle ortaya çıktığını, müvekkilinin ilişki yaşadığı iddia edilen kişinin tarafların ortak arkadaşı olduğunu, kaldı ki dava tarihinden önce tarafların bir araya gelerek Kapadokya'ya gittiklerini ve dönüşte ortak ikamette beraber kaldıklarını, sonrasında davacı-karşı davalının müvekkilinin annesini arayarak hamile olduğunu, daha sonra da bebeği düşürdüğünü söylediğini, müvekkiline ve arkadaşlarına hakaretamiz davranışlarda bulunduğunu belirterek tarafların boşanmalarına, müvekkili lehine 50.000,00TL maddi ve 50.000,00TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin 09.07.2014 tarihli ve 2013/420 E., 2014/903 K. sayılı kararı ile; davalı-karşı davacının eşine hakaret ettiği, başka kadınlara zaaflarının olduğu, alkollü iken evlerine misafir gelen bir kadınla öpüştüğü, davacı-karşı davalının bu olayı görmesi üzerine tarafların 2-3 yıl kadar önce ayrıldıkları, ayrılmadan önce sorunlarını konuşmak üzere Avanos'a gittikleri, ancak çözemedikleri, bu süre zarfında davalı-karşı davacının Burçin isimli başka bir kadınla birlikte yaşadığı, davacı-karşı davalının da güven sarsıcı davranışlar sergilediği, boşanmaya sebep olan olaylarda davalı-karşı davacının, davacı-karşı davalıya nazaran daha kusurlu olduğu gerekçesiyle karşılıklı açılan davaların kabulüyle boşanmalarına, boşanmakla yoksulluğa düşecek olan davacı-karşı davalı lehine aylık 500,00TL yoksulluk nafakasına, boşanma nedeniyle evlilikten beklenen menfaatleri zedelenen ve boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan davacı-karşı davalı lehine 10.000,00TL maddi ve 20.000,00TL manevi tazminata, davalı-karşı davacının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Yargıtay 2. Hukuk Dairesince 23.06.2015 tarihli ve 2014/25372 E., 2015/13375 K. sayılı kararı ile;

"... Hüküm, davalı-davacı erkek tarafından kusur belirlemesi, tazminatlar ve yoksulluk nafakası yönünden temyiz edilerek;

Mahkemece, davalı-davacının delil listesinde bulunan tanık ...'in dinlenmesi talebi bu tanığın davalı-davacı vekili olması nedeniyle reddedilmiştir. Taraf vekilleri üçüncü kişi durumunda olduklarından tanık olarak dinlenilmelerinde yasal engel yoktur. Davalı-davacının tanık listesinde ismi bulunan davalı-davacı vekili Avukat ...'in tanık sıfatıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240 ve devamı maddeleri gereğince dinlenilmesi ve delillerin hep birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır...." gerekçesiyle bozulmasına ve bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına karar verilmiştir.

Direnme Kararı:

8. Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin 30.12.2015 tarihli ve 2015/1654 E., 2015/2014 K. sayılı kararı ile; ceza mahkemelerinin şikâyeteye bağlı suçlar dışında kamu adına yargılama yapan ve karar veren mahkemeler olduğu, bu mahkemelerde taraf vekili avukatın müvekkilinin yerine geçerek doğrudan onun yerine savunma yapma yetkisinin bulunmadığı gibi, kamu adına yürütülen davalarda Cumhuriyet Savcısının yerine geçerek dava açma, doğrudan delil toplama, delillerden vazgeçme, talep sunucunu değiştirme ya da sonuçtan vazgeçme yetkisinin de bulunmadığı, bu nedenle tanık olarak dinlenebileceği, hukuk mahkemelerinde görülen davalarda ise; taraf vekili avukat üçüncü kişi konumunda olmakla birlikte; müvekkili adına dava açan, davada istediği delili bildirip, istediği delilin toplanılmasından vazgeçme yetkisi bulunan, yine davada talepte bulunma ve değiştirme ya da davadan vazgeçme yetkisi bulunan, doğrudan taraf gibi taraf adına iddia ve savunmada bulunan avukatın, aynı davada tanık olarak beyanda bulunmasında yasal bir engel yoksa da, aynı davada tanık olarak dinlenilmesinin davanın aydınlatılmasına yararı olmayacağı, taraf vekili avukatın, aynı davada tanık olarak dinlenilmesi sırasında diğer tanıklardan ayrıcalıklı olarak duruşma salonunda bulunmasını engelleyen herhangi bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığı, taraf tanığı olarak duruşma sırasında yeminli olarak ifade verecek olan taraf vekili avukata, mahkemece resen sorulabilecek olan ya da karşı tarafın asil ya da vekili tarafından sorulabilecek olan sorularda, kendisinin bildiği ancak müvekkilinin aleyhine olabilecek olan hususlarda avukatın ya bildiğini gizleyeceği, ya doğruyu söylemeyeceği ya da müvekkili aleyhine olan hususlarda açıklama yapmak zorunda kalacağı, ilk iki durumun, HMK'nin 258/3. maddesine aykırılık dolayısıyla gerçeğe aykırı beyanda bulunması nedeniyle ile suç teşkil edeceği, diğer hâlde ise Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmış olacağından tanık olarak dinlenen taraf vekili avukatı açısından hukuki ve cezai sorumluluk doğacağı, bozma kararından önceki nedenlerle de aynı hükmün verilmesi gerektiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

9. Direnme kararı yasal süresi içinde davalı-karşı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

10. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda davalı-karşı davacının delil listesinde bulunan ve aynı zamanda vekili olan amcasının tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

11. Uyuşmazlığın çözümü bakımından ilgili kanun maddelerinin incelenmesinde yarar görülmektedir.

12. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "Evlilik birliğinin sarsılması" başlıklı 166/I-II. maddesi;

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir" hükmünü içermektedir.

13. Anılan maddenin birinci fıkrası gereğince evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanmaya karar verilebilmesi için başlıca iki şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. İlki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, diğeri ise ortak hayatın çekilmez hâle gelmiş bulunmasıdır. Genel boşanma sebeplerini düzenleyen ve yukarıya alınan madde hükmü somutlaştırılmamış veya ayrıntıları ile belirtilmemiş birçok konuda evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı noktasında hâkime takdir hakkı tanımıştır. Dolayısıyla olayın özellikleri, oluş biçimi, eşlerin kültürel sosyal durumları, eğitim durumları, mali durumları, eşlerin birbirleri ve çocukları ile olan ilişkileri, yaşadıkları çevrenin özellikleri, toplumun değer yargıları gibi hususlar dikkate alınarak evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı tespit edilecektir.

14. Öte yandan, söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Çünkü tam kusurlu eşin boşanma davası açması tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı kendisinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki birlik artık sarsılmış diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer (TMK m.2).

15. Bu durumda anılan madde hükmüne göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olunması gerekmeyp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu hâlin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır (TMK m. 166/2).

16. Bilindiği üzere, dava konusu edilen bir hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların (olguların) var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir. İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.187/1).

17. İspat yükü, objektif ispat yükü ve sübjektif ispat yükü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif ispat yükü ile dayananın vakıanın ispatlanamamasının kimin aleyhine sonuç doğuracağı belirlenirken, sübjektif ispat yükünde vakıanın ispatı için kimin delil göstereceği söz konusu olmaktadır (Yardımcı, Dr. T. E., Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017, 1. Baskı, s. 35).

18. Vakıa ise, kendisine hukuki sonuç bağlanmış olaylardır (03.03.2017 tarih ve 2015/2 E., 2017/1 K. sayılı YİBK). Sadece taraflarca ileri sürülen ve dayananın vakıalar, ispatın konusunu oluşturur. Taraflarca dayananın vakıaların hukuki nitelendirilmesini yapmak hâkime ait ise de kural olarak taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları hâkim araştırmaz ve bunların ispatını da isteyemez. Usul hukukumuzda hakim olan ve HMK'nin 25. maddesinde düzenlenen "taraflarca getirilme ilkesi" uyarınca, kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

19. Nitekim bu ilkeye uygun olarak 6100 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun "dava dilekçesinin içeriği" başlıklı 119. maddesinin 1/e bendinde; "Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri" nin gösterilmesi gerektiği belirtildiği gibi "cevap dilekçesinin içeriği" başlıklı 129. maddesinin 1/d bendinde de; "davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri"nin bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Görüleceği üzere, davacı dava dilekçesinde talep sonucunu haklı göstermeye yarayan yani davanın temelini oluşturan maddi vakıaları yazmak zorundadır. Aynı ilke uyarınca davalı da cevap dilekçesinde savunmasının dayanağını oluşturan vakıaları bizzat sunmak zorundadır. Böylece davacı iddiasını, davalı da savunmasını somutlaştırmış olacaktır. Yine davacının cevaba cevap, davalının da ikinci cevap dilekçesi hakkında, dava ve cevap dilekçelerine ilişkin hükümler, niteliğine aykırı düşmediği sürece kanunun açık hükmü (HMK m.136/2) gereği kıyasen uygulanacağı için taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde de vakıalarını belirtebileceklerdir.

20. Mahkemece yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi ve makul bir sürede karar verilebilmesi için vakıaların açık özetleri ile gösterilmesi yeterli olmayacaktır. Uyuşmazlığın doğru tespit edilebilmesi ve vakıaların değerlendirilebilmesi için ayrıca dava dilekçesinde iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği de (HMK m.119/1-f) gösterilmelidir. Bu yükümlülük davalı için de geçerlidir. Davalı da cevap dilekçesinde savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini (HMK m.129/1-e) belirtmelidir. Ayrıca HMK'nin 136/2. maddesi gereğince davacı cevaba cevap, davalı da ikinci cevap dilekçesinde delillerini belirtebileceklerdir.

21. Uygulamada genel geçer ifadelerle, somut vakıalara dayanmadan dava açmanın önüne geçmek amacıyla HMK'de yeni bir düzenleme yapılmış ve 194. maddenin 1. fıkrasında "Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır." hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise somutlaştırma yükünün delillerle ilişkisi ortaya konulmuş ve tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmek zorunda oldukları düzenlenmiştir (HMK m. 194/2). Somutlaştırma yükümlülüğü gösterilen veya sunulan delilin hangi konunun ispatı için belirtildiğinin bildirilmesidir. İspat konusu olmayan bir delilin sunulması ya da gösterilmesinin hiçbir önemi bulunmamaktadır.

22. Bu aşamada, uyuşmazlık konusuyla bağlantılı olan tanık delili üzerinde de durmak gerekmektedir.

23. Tanık, kavram olarak çekişmeli olan konu hakkında bilgi ve görgüsü bulunan üçüncü kişidir. Dolayısıyla davanın tarafları tanık olarak dinlenilemez.

24. Tanık gösteren taraf, dinleteceği tanıkların adı ve soyadı ile tebligata elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar ve her bir tanığın hangi vakıa hakkında dinleneceğini de dilekçesinde bildirir (HMK m. 240/2). Bu hüküm, yukarıda belirtilen ve HMK'nin 194. maddesinde düzenlenen somutlaştırma yükümlülüğünün de bir gereğidir. Ayrıca bu listede gösterilmemiş olan kişiler tanık olarak dinlenemeyeceği gibi ikinci bir tanık listesi de verilemez.

25. Tanık listesinde gösterilecek olan tanık sayısı hakkında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Taraf, istediği sayıda tanığın dinlenilmesini talep edebilir. Kural bu olmakla birlikte hâkim gösterilen tanıkların tamamının dinlenilmesine gerek olmadığı veya bu hususun davayı uzatma amacıyla yapıldığı sonucuna varırsa, gerekçesini kararında belirtmek şartıyla bütün tanıkları dinlemeyebilir. Bu konuya işaret eden ve yine HMK'nin getirdiği bir yenilik olarak karşımıza çıkan 241. madde ise;

"Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir" düzenlemesini içermektedir.

26. Anılan maddenin gerekçesinde; davayı uzatma niyetiyle hareket etmek isteyen tarafın bu konudaki çabalarını önleme yolunda, mahkemeye tanınmış bir imkân ifade etmektedir. HMK'nin 240/2. maddesiyle tanıkların hangi vakıa hakkında dinleneceklerini açıklama görevinin tanığı gösteren tarafa ait olduğu da dikkate alınarak, bu bağlamda, tanık listesinde gösterilen tanıklardan bir kısmının dinlenilmesiyle ispat edilmek istenen husus hakkında yeterli derecede sonuç alınmış ise diğer tanıkların dinlenilmemesine karar verilebilecektir.

27. Bu ilkeler ışığında; HMK'nin 241. maddesinde belirtilen durum ayırık olmak üzere, taraflar usulüne uygun şekilde göstermiş oldukları tanıklarının dinlenilmesinden açıkça vazgeçmedikçe gösterilen bütün tanıklar dinlenilmek zorundadır.

28. Ayrıca HMK'nin "Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme" başlıklı 248. maddesi gereğince;

(1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilirler:

a-) İki taraftan birinin nişanlısı.

b-) Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi.

c-) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu.

ç) Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar.

D-) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları.

e-) Koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk." şeklinde düzenleme nedeniyle madde metninde yazılı kişiler tanıklıktan çekinebileceklerdir.

29. Yine aynı Yasa'nın "Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme" başlıklı 249. maddesinde ise;

(1) Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler."

Denilmekle; tanığın kanunen sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulduğunda tanıklıktan çekinebileceği, ancak 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı olmak üzere sır sahibinin sırrın açıklanmasına izin verdiği durumlarda ise tanıklıktan çekinilemeyeceği vurgulanmıştır.

30. Nitekim, avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek görevleri, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendiklerini açığa vurmaları yasaktır. İş sahibinin muvafakatini alarak bu hususlar hakkında tanıklık edebilirler. Ancak, avukat muvafakatini almış olsa dahi tanıklık etmekten çekinebilir ve çekinme sebebiyle hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz (1136 s. Avukatlık Kanunu m. 36).

31. Belirtmek gerekir ki, 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (Anayasa) "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde "A. Yargılanma Hakkı" ;

"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.

32. Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmiştir.

33. Bu bağlamda ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) 6. maddesinde adil yargılanma hakkı ayrıntılı yer almış olup, gerek Anayasa gerekse Sözleşme düzenlemelerine koşut olarak da HMK'nin 27. maddesinde hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir.

34. HMK'nin "Hukuki dinlenilme hakkı" başlıklı 27. maddesi uyarınca;

" (1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a-) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b-) Açıklama ve ispat hakkını,

c-) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir."

35. Bu hakkın unsurlarından biri olan "açıklama ve ispat hakkı" uyarınca taraflar, uyumsuzlukla ilgili açıklamada bulunma, iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahip olup bu haktan eşit şekilde yararlanırlar. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" olarak da ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre silahların eşitliği ilkesi, davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dâhil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu şeklinde ifade edilmiştir (İnceoğlu, S.; A. Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, 2018, s. 115).

36. Silahların eşitliği ilkesi gereğince taraflar hakkaniyete uygun olarak yargılamanın tüm safhası boyunca hak ve yükümlülükler bakımından eşit şartlara sahip olmalı, bu amaçla da gerek taleplerini ifade ederken gerekse iddia ve savunmalarını ispata yarar delillerini sunarken taraflara aynı imkânlar tanınmalıdır.

37. Tüm açıklamalar ışığında somut olaya gelindiğinde; karşılıklı olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı olarak açılan boşanma davasında davalı-karşı davacı vekili tarafından sunulan tanık listesinde davalı-karşı davacının aynı zamanda vekili olan ...'in de tanık olarak gösterildiği, tanıkların dinlenecekleri vakıa hakkında bir sınırlama yapılmadığı, mahkemece bozma öncesi 02.06.2014 tarihli duruşmada bu tanığın dinlenmesi talebinin reddedildiği görülmüştür.

38. Avukat vekâleten takip etmekte olduğu bir davada taraflara oranla üçüncü kişi konumunda olduğundan görevi nedeniyle öğrendiği hususlar dışında tanıklık etmek zorunda olup (Kuru, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt 3, 2001, s. 2574), tanık olarak dinlenilmesinde de yasal engel bulunmamaktadır.

39. Davalı-karşı davacı vekilinin delil listesinde yer alan aynı zamanda vekili olan tanığın yasal olarak dinlenilmesinin mümkün olduğu, bu tanığın da diğer tanıklar gibi HMK'nin 240. ve devamı maddeleri gereğince dinlenilmesi gerektiği, aksi durumda esasen hukuki dinlenilme ve buna bağlı olarak adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verilmiş olunacağı, savunma hakkının kısıtlanacağı aşikârdır. Ayrıca yargılamanın geçirdiği safhalar ile dosyada mevcut bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucu delil listesinde yer alan bu tanığın dinlenilmesi talebinin davayı uzatma amacıyla yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle davalı-karşı davacı tanığı dinlenilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekmektedir.

40. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, davalı-karşı davacının aynı zamanda vekili olan kişinin tanık olarak dinlenilmesinin silahların eşitliği ve adil yargılanma ilkesine aykırı olacağı, davalı-karşı davacı vekilinin davadaki avukatlık görevini bıraktıktan sonra tanık olarak dinlenilmesi gerektiği, HMK'nin 72/1 maddesi uyarınca vekil aracılığıyla takip edilen davalarda temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı, vekilin taraf olmasa da tarafın temsilcisi olduğu, aynı davada vekillik ve tanıklık görevlerinin bağdaşmayacağı, hukuk davalarında vekillerin yargılamanın tüm safhalarında aktif olarak taraf adına gerek usuli gerekse esasa ilişkin bütün işlemleri yürüttükleri, davada taraf olmayan kişilerin tanık olarak gösterilmesi gerektiği (HMK m. 240/1), diğer tanıkların dinlenilmesi aşamasında vekillerin hazır bulundukları da düşünüldüğünde tarafın aynı zamanda vekili olan tanığın dinlenilmesinin hak kaybına da neden olacağı, bu nedenlerle direnme kararının onanması ancak sair temyiz itirazlarına yönelik inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel daireye gönderilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan sebeplerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

41. O hâlde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle;

Davalı-karşı davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 24.06.2020 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

6100 Sayılı HMK 240/1. maddede davada taraf olmayan kişilerin tanık olarak gösterilebileceği düzenlenmiş olup olumsuz anlamıyla davanın taraflarının tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir. Avukat davanın tarafı olmadığı için tanık olarak dinlenebileceği düşünülebilir ise de diğer usul kuralları ve ilgili maddi hukuk kuralları da gözetilerek avukatın vekil olarak görev yaptığı dosyada tanık olarak dinlenmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olmakla birlikte (1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 1/1), davanın vekil aracılığıyla açılması ve takip edilmesinde, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak üzere, Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümleri uygulanır (HMK 72/1). Bu hükümde de belirtildiği üzere avukat dosyanın tarafı olmasa da tarafın temsilcisidir. Avukat tarafın temsilcisi olarak özel yetki gerektiren hâller saklı kalmak üzere taraf yemini ve isticvap gibi bazı istisnalar dışında tarafın yapabildiği tüm işlemleri yapabilmekte, tarafın yapamayacağı işlemleri de yine tarafa bağlı olarak yapamamaktadır. Ayrıca bu temsil yetkisini kullanırken vekâlet verenin açık talimatına uyma (TBK 505/1) ve üstlendiği işi vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütme (TBK 506/2) yükümlülüğü altında da bulunmaktadır.

Tarafın tanık olarak dinlenme yasağı 1086 Sayılı HUMK döneminde de uygulanmasına rağmen HUMK'da bu konuda açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak HMK bu konuya verdiği önemi gösterir şekilde tarafın tanık olarak dinlenemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Tarafın tanık olarak dinlenemeyeceğini gösteren açık bir düzenleme karşısında tamamen tarafın talimatına uyma, tarafın haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle işi yürütme yükümlülüğü altında olan ve tarafın temsilcisi olan avukatın da temsilci durumunda olduğu için tarafın sahip olmadığı bir yetkiyi kullanamayacağı ve tarafın tanık olma yasağının tarafın temsilcisi olan avukat için de geçerli olduğunun kabulü gerekir.

Taraflar davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun biçimde yapmakla yükümlüdürler (HMK 29/2). Maddede düzenlenen ve temel yargılama ilkelerinden olan doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamıyla ilgili olarak madde gerekçesinde, tarafların yargılamada kendi menfaatlerine uygun olarak neleri ileri sürüp sürmeyecekleri konusunda serbest oldukları, aleyhlerine olan hususları beyan etmelerinin beklenemeyeceği ancak ileri sürdükleri hususların doğru olması beyan ve açıklamalarının gerçeğe aykırı olmaması gerektiği belirtilmiştir. Madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde, tarafın yaptığı açıklamaların doğru olması gerekir ise de lehine ve aleyhine tüm vakiaları ileri sürmek zorunda olmadığı gibi karşı tarafın ileri sürdüğü vakialara ilişkin olarak da tam bir açıklama yapmak ve ikrar niteliğinde beyanda bulunmak zorunda değildir.

Tanık ise tanıklıktan çekinme hakkı bulunmadığı takdirde tanıklık yapmak zorunda olup (HMK 253/1) çekinme hakkının bulunmaması ya da tanıklıktan çekinme hakkı bulunan hâllerde çekinme hakkını kullanmamış ise kendisine sorulan sorulara cevap vermek zorundadır (HMK 253/2). Ayrıca tanık gerçeğe aykırı beyanda bulunmamak ve doğruyu söylemekle de yükümlüdür (HMK 256/1, HMK 258/3 ve (HMK 264/1).

Bu hükümleri karşılaştırdığımızda taraf kendi lehine olmayan hususları ileri sürmek ve karşı tarafın ileri sürdüğü hususları ikrar etmekle yükümlü olmadığı hâlde tanık mutlak biçimde doğruyu söylemek ve gerçeğin ortaya çıkması için kendisine sorulan sorulara doğru biçimde cevap vermekle yükümlüdür. Tanığa bu sorular hâkim tarafında sorulabileceği gibi (HMK 263/3 ve 263/4) tarafın veya karşı tarafın vekilinin doğrudan, tarafın ise hâkim aracılığıyla (HMK 152/1) soru yöneltmesi mümkündür.

Görüldüğü gibi tarafların ve tanığın doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamı, sınırları ve sonuçları kısmen farklılıklar içermekte olup avukatın taraf temsilcisi olarak tabi olacağı sınırlar ile taraf tanığı olarak tabi olacağı sınırlar tam uyuşmadığından avukatın vekil olarak görev yaptığı dosyada tanık olarak dinlenmesi, temsil ettiği kişinin ileri sürmediği hususların bizzat avukatı tarafından açıklanmak zorunda kalınması gibi temsil olunanın menfaatleriyle ve temsilci sıfatının gerekleriyle bağdaşmayan sonuçları da ortaya çıkabilecektir.

Avukat bu görevi nedeniyle öğrendiği konularda tanıklıktan çekinme hakkına sahip ise de olayın görgü tanığı olması gibi görevinden bağımsız olarak bilgi sahibi olduğu konularda çekinme hakkı bulunmamaktadır. Avukatın vekil olarak görev yaptığı dosyada tanık olarak dinlenebileceğinin kabulü hâlinde avukat kendi müvekkilinin tanığı olabileceği gibi aynı avukatı karşı taraf da tanık olarak gösterebilecektir. Karşı taraf avukatının tanık olarak gösterilerek müvekkilinin ileri sürmediği hususları açıklamaya zorlanabilecek olması da avukatın davada üstlendiği rol ve görev itibarıyla da uygun bir durum değildir.

Tanığın doğruyu söylemek zorunda olmasının bir diğer sonucu tanığın objektif ve tarafsız olması gerektiğidir. Bunun sonucu olarak kural tanığın doğruyu söylemiş olduğu olup aksine nedenler olmadıkça beyanına itibar edilecek ve beyanı hükme esas alınacaktır.

Mahkeme kararlarının doğru ve adil olması yanında, güvenilir olduğu algısının da sağlanabilmesi için özde adalet yanında gözde adaletin de gerçekleşmesi gerekir. Taraf sadece vekilini tanık olarak bildirmiş ve dayanılan vakia hakkında başkaca da tanık olmadığı için beyanı hükme esas alınmış ise tanık olarak dinlendiği zaman kesiti dışında yargılamada, tamamen müvekkilinin temsilcisi olarak hareket eden bir kimsenin tanık olarak dinlenip beyanının hükme esas alınması yargılamanın adil yapılmadığı, kararın adalete uygun olmadığı düşüncesine de yol açabilir. Böyle bir düşüncenin ortaya çıkmaması, diğer bir ifadeyle özde adalet yanında gözde adaletin de sağlanması için, avukatın ne temsilcisi olduğu tarafça ne de karşı tarafça tanık olarak gösterilemeyeceğini kabul etmek de daha uygun olacaktır.

1136 Sayılı Avukatlık Kanununda; Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmalarının yasak olduğu (36/1), Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlı olduğu, ancak, bu hâlde dahi avukatın tanıklık etmekten çekinebileceği, çekinme hakkının kullanılmasının hukuki ve cezai sorumluluk doğurmayacağı (36/2) düzenlenmiş ise de bu hüküm avukatın hâlen vekil olarak görev yaptığı dosyaya özgü bir hüküm olarak değerlendirilip sınırlandırılmaz. Zira bir avukat bu hüküm nedeniyle vekil olarak görev yapmadığı dosyada dahi tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Avukat değişik dosyalarda vekil olarak görev yapmış olması nedeniyle öğrendiği hususlarda vekil olarak görev yapmadığı dosyalarda dâhi tanıklıktan çekinebileceğinden, bu hükme dayalı olarak avukatın taraf vekili olarak hâlen görev yaptığı dosyada tanık olarak dinlenmesinin mümkün olduğu sonucu çıkarılamayacaktır.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu 38. maddede avukatın hangi hâllerde işi reddetmek zorunda olduğu düzenlenmiş ve bunlar arasında evvelce hâkim, hâkem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olması da sayılmıştır. Bu sayılanlar arasında daha önce tanık olarak dinlenmiş olmasının sayılmamış olmasına; yukarıda açıklanan hususlarla birlikte değerlendirildiğinde avukatın vekil olarak görevli olduğu davada tanık olarak dinlenmesinin mümkün olduğu şeklinde bir anlam yüklenemeyecek bunun yerine, avukatlıktan istifa ederek ayrılmış ise o dosyada tanık olarak dinlenebileceği, şayet avukat olarak görev almadan önce tanık olarak dinlenilmiş ise bu tanıklık beyanının artık hükme esas alınamayacağı şeklinde yorumlanabilecektir.

"Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme ve bilirkişi görüşüne başvurulması hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup, bu ilke ve yargılamaya etkin katılım hakkı ile çelişmeli yargılama ilkesi, adil yargılanma hakkının somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşmenin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşmenin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen bu ilke ve haklara, Anayasanın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir." (Başvuru No.2012/13, 2/7/2013, § 38 ve B. No. 2013/4424, 06/03/2014, § 19).

"Taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını amaçlayan silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşitliğin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını ifade etmekte olup, bu usuli güvence gereğince, uyumsuzluğun her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmalıdır (B. No. 2012/998, 7/11/2013, § 37; B. No. 2013/2116, 23/1/2014, § 21; Benzer yöndeki AİHM kararı için B.K.. De Haes ve Gijssels/Belgium, B. No. 19983/92, 24/02/1997, § 58). Silahların eşitliği ilkesi kapsamında aranan usuli imkânlar noktasındaki denge, tarafların tanıkları arasında da farklı muamele yapılmamasını gerektirir. Ancak yargılama sırasında bir tarafın tanığına özel bir ağırlık verilmemişse ve mahkeme hükmü başka delillerle desteklenerek oluşturulmuşsa, silahların eşitliği ilkesine aykırı ve sonucu itibarıyla bir tarafı diğer taraf karşısında önemli bir dezavantaj içine sokan bir uygulamanın varlığından söz etmek mümkün değildir (Benzer yöndeki AİHM kararı için B.K.. Ankerl/Switzerland, B. No. 17748/91, 23/10/1996, § 38)" (B. No. 2013/4424, 06/03/2014, § 20).

Tanıklar, hâkim tarafından ayrı ayrı dinlenir ve biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar salonda bulunamazlar. Tanıklar gerektiğinde yüzleştirilirler (HMK 261/1). Duruşmaya katılan taraf vekilleri; tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler (HMK 152/1).

Bu hükümlerle birlikte değerlendirdiğimizde özellikle tanıkların farklı günlerde dinlendiği durumlarda avukat tanık olarak dinlendiği zaman kesiti dışında taraf vekili olarak duruşmada hazır bulunacak hâkimin ve tarafların üzerinde durduğu ve sorduğu sorular hakkında bilgi sahibi olacak ve diğer tanıklara göre yargılamada daha ayrıcalıklı bir konumda yer alacaktır. Ayrıca tanık olarak dinlendiği zaman kesitinde müvekkili duruşmada bulunmuyor ise davacı taraf boş durumda olduğu halde yine davayı takip etmiş durumda bulunacak ve bu sırada yargılamada hem tarafsız tanık hem de taraf temsilcisi konumunu muhafaza etmiş olacaktır. Ayrıca HMK'da tanıkların birbirine soru sorması mümkün olmadığı hâlde tanık olarak dinlendiği zaman kesiti dışında özellikle

farklı günde dinlenen tanıklara taraf vekili olarak soru sorma imkânına sahip olacaktır. Bu ise taraf vekilinin kendi tanıklığını öne çıkarma amaçlı diğer tanıklara soru sorabilmesine zemin hazırladığı hâlde diğer tanıklar kendisine soru sorma hakkına sahip bulunmamaktadır. Bu ise tarafların tanıklarının eşit koşullar altında dinlenmemesi sonucunu doğuracaktır.

Tarafların tanıklarının eşit koşullar altında dinlenmesi adil yargılanma hakkının da bir gereği olup vekilin taraf olduğu davada tanık olarak dinlenmesi taraf tanıklarının eşit koşullar altında dinlenmemesi sonucunu doğuracağından avukatın vekil olduğu davada tanık olarak dinlenmesi adil yargılanma hakkına ve bu kapsamda olan silahların eşitliği ilkesine de aykırı bir sonuç ortaya çıkaracaktır.

Tüm bu nedenlerle tarafın temsilcisi durumundaki avukatın vekil olarak görev yaptığı dosyada tanık olarak dinlenmesi mümkün olmadığından, direnme uygun bulunarak temyiz nedenleri incelenmek üzere dosyanın özel daireye gönderilmesi gerektiği görüşünde olduğumuzdan hükmün bozulması yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.