



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V

Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Tasarısı Değerlendirmesi

Ankara / 8 - 9 Eylül 2006



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
V

HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU
TASARISI DEĞERLENDİRMESİ

ANKARA
8-9 Eylül 2006

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 123

*Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları
Toplantısı V*

Yayına Hazırlayan
Doç. Dr. Muhammet Özekes

ISBN: 978-975-6037-98-0
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Mayıs 2007, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
V

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU
TASARISI DEĞERLENDİRMESİ

ANKARA
8-9 Eylül 2006

ORGANİZASYON KOMİTESİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)
Doç. Dr. Halûk KONURALP
(*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES
(*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

İÇİNDEKİLER

Önsöz	VII
-------------	-----

I. OTURUM

Oturum Başkanı Ünsal TOKER.....	3
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ.....	3
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı	
Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA	33
Medenî Usûl Hukukunun Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi	

II. OTURUM

Oturum Başkanı Yurdaer ÖZDİLEK	57
Prof. Dr. Baki KURU	58
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme	
Prof. Dr. Bilge UMAR	87
Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı	
Tartışmalar	130

III. OTURUM

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN	169
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	169
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Üzerine Bazı Notlar	

IV. OTURUM

Tasarı Üzerine Genel Tartışma ve Değerlendirme

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN	213
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	233

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın beşincisi 8-9 Eylül 2006 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirilmiştir. Beşincisi gerçekleşen ve artık geleneksel hâle gelen bu toplantılar umuyoruz ki, her geçen yıl gelişerek Türk Hukuk ve bilim hayatına katkı sağlar.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın beşinci toplantısı, tamamen yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın değerlendirilmesi ve tartışılmasına ayrılmıştır. Tasarı'nın son olarak Usûl Hukukçuları tarafından değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Tasarı konusunda değişik şekillerde değerlendirme yapılmışsa da, konunun tamamıyla uzman kişilerin bir araya gelerek yaptığı en geniş katılımlı değerlendirme toplantısı bu toplantıdır. Bu toplantı aynı zamanda, Tasarı'nın son şeklinin verilmesinden önceki en son toplantı özelliğini de taşımaktadır.

Toplantıda, alanımıza değerli katkıları olmuş kıdemli Hocalarımızın Tasarı'yı değerlendirmesi ayrıca önemlidir. Böyle tam bir tartışma ortamı oluşturulması, özellikle, bu alanda emek verenlerin, uzmanların görüşlerinin alınmadığı yönündeki eleştirileri de ortadan kaldırarak, usûl hukukçularının bu yönüyle de diğer hukuk alanlarına örnek olmasını sağlamıştır. Toplantıda Tasarı hakkında başta değerli Hocalarımız olmak üzere, tüm usûl hukuku akademik çevresinin eleştiri ve görüşleri bir arada değerlendirilmiş, ayrıca değerli Yargıtay üyeleri ile Barolar Birliği ve uygulamacıların görüşlerini yansıtma imkânı olmuştur. Bir eksiklik olmaması için, toplantıya tüm Yargıtay hukuk dairesi üyeleri ayrı ayrı davet edilmiştir. Tüm bu yazılı veya sözlü değerlendirmeler, önemli katkı sağlamış, Tasarı bir noktada kolektif bir çalışma ürünü ve ortak eser hâline gelmiştir.

Toplantıya ilişkin bant kayıtlarındaki teknik arıza sebebiyle, maalesef toplantının açılış konuşmaları çözülememiş ve bu ba-

sında kitapta yer alamamıştır. Bu sebeple, başta Adalet Bakanı adına Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı, Barolar Birliği Başkan vekili, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü olmak üzere açılış konuşması yapan değerli katılımcılardan özür diliyor, katkı destek ve katılımları için şükranlarımızı sunuyoruz. Bu toplantının düzenlenmesinde, özellikle Başta Adalet Bakanı Sayın Cemil Çiçek ve Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok olmak üzere Adalet Bakanlığı ve Barolar Birliği'nin değerli katkı ve destekleri olmuştur. Ayrıca, Yargıtay'dan bazı dairelerin değerli başkan ve üyeleri de toplantıya katılmış, görüşlerini açıklamışlardır. Kendilerine ve kendileri adına toplantıya katılarak destek veren temsilcilerine bu destek ve katkı sağlamalarından dolayı müteşekkirimiz.

2006 yılı toplantısının tebliğ ve tartışmalarını da fazla gecikmeden basabildiğimiz için mutluyuz. Bu arada, bizlere sıkça soruları, özellikle 2003 ve 2004 yılı toplantılarının tebliğ ve tartışmalarının değişik sebeplerle bugüne kadar basılamamasından dolayı özür diliyor, bunu da en kısa sürede gerçekleştirmeyi umuyoruz.

Beşinci toplantının yapılmasında, Adalet Bakanlığı ile Türkiye Barolar Birliği'nin önemli desteği ve katkıları oldu; ayrıca toplantının bant çözümleri için Türkiye Noterler Birliği'nin desteğini aldık. Bu katkı ve destekleri için Adalet Bakanlığı'na, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği'ne teşekkür ediyoruz. Toplantının kitap hâlinde basımını ise, Türkiye Barolar Birliği üstlendi. Türkiye Barolar Birliği'ne, bu çerçevede Başkanı Sayın Özdemir Özok ve yayın kurulu Başkanı Sayın Teoman Ergül'e sürekli yanımızda hissettiğimiz destekleri dışında, bu konudaki yardım ve destekleri için de şükranlarımızı sunuyoruz. Ayrıca TBB yayın işleri personeline de teşekkür ederiz.

Toplantı tebliğ ve tutanaklarının tasnifi, düzenlenmesi, basıya hazırlanması ve tashihleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES tarafından yapılmış, kendisine Arş. Gör. Pınar ÇİFTÇİ yardımcı olmuştur.

Önümüzdeki aylarda altıncısını gerçekleştireceğimiz Me-denî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısının, geçen beş yıllık tecrübe ile daha da gelişerek süreceğine ve Türk hukuk ve bilim hayatına önemli katkılar sağlayacağına inanıyoruz.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Organizasyon Komitesi Başkanı

BİRİNCİ OTURUM
8 Eylül 2006 (Sabah)

Oturum Başkanı
Av. Ünsal TOKER
(TBB Başkan Yardımcısı)

Tebliğ Sunanlar

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Komisyon Bşk.)
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA
(Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk
Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin
Değerlendirilmesi

1. BÖLÜM

1. Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Komisyon Bşk.)

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUN TASARISI'NIN TANITIMI

HAKAN
PEKCANITEZ'İN
TEBLİĞİ

Değerli Hocalarım, değerli meslektaşlarım,

Bu yıl, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı'nun beşincisini gerçekleştiriyoruz. Her toplantımızın başında ifade ettiğim gibi, bu toplantımızı gerçekleştirebilmekten ötürü büyük bir mutluluk duyuyorum. Bu toplantının gerçekleşmesinde emeği geçen, başta Doç. Dr. Muhammet Özkes ve Doç. Dr. Halûk Konuralp olmak üzere, herkese teşekkür ediyorum. Sizlere toplantıya geldiğiniz için katkıda bulunacağınız için bizlerle değerli bilgilerinizi paylaşacağınız için teşekkür ediyorum.

Bu yıl toplantımızı önceki yıllara nazaran daha erken gerçekleştirdik. Bunun nedeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nı birlikte tartışabilmek, değerlendirmek ve bu

tartışmalardan faydalanarak daha doğru, daha çağdaş ve sorunlarımızı daha iyi çözebilen bir Tasarı hazırlayabilmektir. Bu nedenle, iki gün boyunca toplantının gündeminde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın değerli hocalarımız tarafından yapılacak değerlendirmelerini, eleştirilerini dinleyeceğiz. Ancak onlar yanında, tartışmalarda, sizlerin de eleştirilerini değerlendirmelerini dinlemek de mümkün olabilecek. Tasarı'yı birlikte tartışacağız ve birlikte daha iyi bir Tasarı hazırlanmasını sağlayabileceğimizi umut ediyorum.

Medenî usûl ve icra ve iflâs hukukçuları olarak, bu toplantımızla bir ilki gerçekleştiriyoruz. İlk kez bir Tasarı, o anabilim dalına ait tüm öğretim üye ve yardımcılarının katıldığı bir toplantıda ele alınarak tartışılabilir. Biz Komisyon üyeleri olarak bundan büyük bir mutluluk duyuyoruz. Bu tartışmalardan çok istifade edeceğiz. Tüm eleştirileri, bu toplantının hemen akabinde yapacağımız çalışmalarda değerlendireceğiz. Bu tartışmalardan ötürü kendimizi çok şanslı sayıyorum. Bu toplantı için yaz tatillerinden fedakarlık yaparak tebliğlerini hazırlayan Hocalarımıza teşekkür ediyorum. Bu yönleriyle de bize örnek oldular.

Bugün tartışacağımız Tasarı farklı üniversitelerden ve uygulamadan oluşan meslektaşlarımız tarafından hazırlandı. Komisyon'da 14 üye öğretim üyelerinden, 2 üye Yargıtay'dan, 1 üye kürsü hâkimlerinden, 6 üye Adalet Bakanlığı'ndan, 1 üye Türkiye Barolar Birliği'nden, 1 üye de Türkiye Noterler Birliği'nden katıldı. Yaklaşık iki buçuk yıl devam eden çalışmalarımız sonunda, bu Tasarı hazırlanabildi. Bu Tasarı'nın hazırlanması için 88 gün toplanıldı. Bu toplantıların bir kısmı yarım gün olarak gerçekleşti. Tam gün olarak 81 tam gün yapılan çalışma ile sonunda Tasarı tamamlandı. Bu toplantılardan bir kısmı geceleri de çalışılarak tamamlandı. 2004 yılında 26 toplantı, 2005 yılında 43 toplantı, 2006 yılında ise 13 toplantı gerçekleştirildi.

Çalışma yöntemi olarak Kanun'daki konular, belli kişi ya da kişilere daha önceden verilerek, onların yabancı hukuku araştırarak, daha önceki Tasarıları ve uygulama ile doktrini na-

zara alarak hazırladıkları tekliflerin görüşülmesi suretiyle oldu. Bu görüşmelerin sonunda oylama yapılarak yapılan teklifler değerlendirildi. Ancak bu teklif yanında bazen üç hâтта dört görüş tartışılarak oylama yapıldı. Mümkün olduğu kadar tüm Komisyon üyelerinin mutabakatı ile değişiklik yapılmak isten-diyse de, bazı hâllerde bir iki oy farkıyla bazı maddeler kabul ya da reddedildi. Ancak başlangıçta Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'muzun sistemi ve ana çatısına bağlı kalınacağı ilke olarak kabul edildiğinden, önemli değişiklikler için bu tür bir ya da birkaç oyla kabul edilen bir değişiklik olmadı.

Gerçekten büyük bir fedakârlıkla yapılan bu toplantılarda yaptıkları çalışmalar için tüm Komisyon üyesi arkadaşlarımı sizlerin önünde bir kez daha kutlamak, onlara teşekkür etmek istiyorum. Hazırlanan Tasarı onların sayesinde tamamlanabil-di. Tasarı'nın tüm olumlu yönleri onlara ait.

Bundan sonra eleştirileri de değerlendirerek Tasarı'daki eksiklerimizi tamamlamaya, varsa çelişkileri gidermeye, ifa-de konusundaki tavsiyeleri göz önünde tutmaya çalışacağız. Böylelikle daha güzel bir Tasarı'nın oluşumuna çalışacağız. Tüm eleştiriler bizim için çok önemli. İnatla savunduğumuz hiçbir görüşümüz yok.

Tasarı'yı hazırlayan Komisyon üyelerinin bir kısmı, daha önce çeşitli tasarılar da çalışmış meslektaşlarım. Ben de bugüne kadar, değişik dört bakanla çalıştım. Hiçbir dönemde bir siyasî parti veya hükümete hizmet ettiğimi düşünmedim. Bu çalışmaların, ülkemiz için olduğundan hiç şüphem de olmadı. Bu nedenle Tasarı'nın belli bir siyasî parti ile ilgilendirilerek eleştiri-lmesi, son derece isabetsiz ve anlamsızdır. Bu eleştiri bilimsel olmadığı gibi ahlakî de değildir. Bu Tasarı hazırlanırken özel-likle Adalet Bakanımız tarafından doğrudan veya dolayısıyla hiçbir öneri ve tavsiye niteliğinde görüş belirtilmemiştir.

İstanbul Hukuk Fakültesi'nden hiçbir öğretim üyesinin komisyonda yer almaması şeklinde bir eleştiriye de cevap vermek istiyorum. Bu karar tamamen İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü'ne aittir. Çünkü 2004 yılında her üniversiteye Ada-

let Bakanlığı tarafından komisyonda çalışmak üzere öğretim üyesi görevlendirilmesi istendiğinde, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Adalet Bakanlığının bu isteğine olumsuz cevap vermiştir. Daha sonraki aşamalarda da bu talebe olumlu bir yanıt verilmemiştir. Bu nedenle bazı fakültelerin ayırt edilmesi gibi bir düşünce bulunmamaktadır.

I. Yeni Bir Usûl Kanunu Tasarısı Hazırlanmasının Sebepleri

4 Ekim 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu'na ait 1925 tarihli Medenî Usûl Kanunu'ndan tercüme edilerek alınmıştır. Ancak Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu'nun tercüme edilerek hukukumuzda alınması sırasında, bazı bölümler için Fransız ve Alman hukukundan da yararlanılmıştır.

1086 sayılı Kanun, yürürlüğe girmesinden bugüne kadar 26 kez değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin tümünde, geciken yargının hızlanması, daha basit ve daha ucuz bir yargının sağlanması amaçlanmıştır. Ancak bu değişiklikler genellikle, uygulamada görülen aksaklıkların ve şikâyet edilen hususların giderilmesine yönelik belirli maddelerin veya belirli kurumların değiştirilmesi biçiminde yapılmıştır.

1086 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, yeni bir "Medenî Usûl Kanunu" hazırlanması için çeşitli Tasarılar hazırlanmıştır. Bunlardan birincisi, 1946 yılında hazırlanan Tasarı olup kanunlaşması mümkün olmamıştır. Bu metin, 1952 yılında "Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı" olarak 1952 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuş, ancak yine kanunlaşmamıştır. 1955 yılında birinci Tasarı'dan yararlanarak hazırlanan "Hukukta Muhakeme Usûlü Kanunu Layihası" Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilmişse de burada görüşülemeden kadük kalmıştır. Bu tasarıları 1967, 1971 ve 1993 yıllarında hazırlanan tasarılar takip etmiş, ancak bunlar da kanunlaşmamıştır. 1993 yılından sonra, yeni bir hukuk usûlü muhakemesi Tasarısı yönünde çalışma yapılmamıştır.

Son yıllarda temel Kanun'lar tüm olarak gözden geçirilerek, yeni tasarılar hazırlanması yoluna gidilmiş ve bunun sonunda hazırlanan Türk Medenî Kanunu Tasarısı, 08.12.2001 tarihinde kabul edilerek, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 21.06.2001 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilirken, iç hukuktaki tahkim kuralları Milletlerarası Tahkim Kanunu ile birlikte değerlendirilmediğinden, Uncitral Model Kanun hükümleri iç tahkime alınamamış ve birbirinden ayrı tahkim hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Bu gelişmelerin yanında, bölge adliye mahkemelerinin kurulmasıyla ilgili, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un kabul edilmesinden sonra, 1086 sayılı Kanun'da kanun yollarıyla ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır.

Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile ilgili oluşturulan Komisyonlar tarafından hazırlanan Tasarılar tamamlanarak Kanun'laşmaları için gerekli süreç başlatılmıştır. Bu gelişmelerin tümü, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yerine yeni bir tasarı hazırlanmasını gerektirmiştir.

1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Kanun'un dili oldukça eskimiş ve genç hukukçular tarafından anlaşılması zorlaşmıştır. Bunun yanında, Kanun'un zaman içinde değiştirilmesi nedeniyle bazı kavram ve kurumlar ayrı terimle ifade edilmiştir.

Örneğin, 1086 sayılı Kanun'un 9. maddesinde "yetki", 13. maddesinde ise "salâhiyet"; 175. maddesinde "tatil", 176. maddede ise "ara vernie"; ayrıca 176. maddede "karşılık dava", 203. maddede ise "davayı mütekabile" ibareleri yer almaktadır. Yine 176. maddede "Yargıtay", 428. maddede ise "Mahkemei Temyiz" terimleri kullanılmaktadır. Buna benzer şekilde bilirkişi terimi, aynı zamanda "ehlilibre" ve "ehlivukuf" olarak ifade edilmiştir. Böylelikle aynı kurum birden fazla sözcükle ifade edilmeye başlanmıştır. Kanun'un maddelerinde zaman içinde yapılan değişiklikler ve bazı maddelerin Kanun'dan çıkarılmasından sonra boşluklar oluşmuş, bazı yeni ilke ve kurumlar 1086

sayılı Kanun'da yer almamıştır. Bu konuda izrinizle Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 436. maddesini okumak istiyorum:

"Mahkemesi Temyiz Reisi, temyiz arzualini ve diğer tarafın verdiği cevapname ile dosyayı tetkik ve raporunu tanzim etmek üzere âzadan birine havale eder. Cevapname muayyen müddet içinde vâsıl olmanın ise evraki mevcude üzerine tetkikat icra olunur. Havale olunan zat nihayet bir hafta zarfında iki tarafın müddeiyat ve müdafaat ve esbap ve delâli sübutiyelerinin ve temyizen tetkiki talep olunan hükmün neden ibaret olduğunu ve hükmün müstenit olduğu esbabı mucibeyi ve işbu hükme karşı temyiz istida ve lâhiya ve cevap lâhiyasındaki itiraz ve müdafaaların hulâsasını beyan ettikten sonra müdellel mütalâsını muhtevi imzası altında bir takrir tanzim ve reise takdim eder."

Görüldüğü üzere hükmün, bugün, özellikle de genç hukukçular bakımından çok eski bir ifade olması sebebiyle anlaşılması oldukça zordur.

469 ve 1086 sayılı Kanun'larda toplu mahkeme olarak kurulması öngörülen asliye hukuk mahkemeleri, 5235 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe kadar tek hâkimli mahkeme olarak görev yapmıştır. Ancak asliye hukuk mahkemelerinin 5235 sayılı Kanun'la tek hâkimli mahkeme olarak kurulması öngörüldükten sonra, Kanun'daki toplu mahkeme olarak öngörülen ifadelerin değiştirilmesi gerekmiştir. Nitekim 1086 sayılı Kanun'da, toplu mahkemeler esas alınarak kullanılan *"tahkikat hâkimi"*, *"reis"* gibi terimlerin, tek hâkimli mahkeme esas alınarak düzenlenmesi gerekmiştir.

Kanun'un bazı maddelerinde ise, yanlış kullanılan kelimeler vardır. Örneğin 104. maddede istinabe yerine naip, 364. maddede ise, naip yerine istinabe, 442. maddede hüküm yerine ilâm ve 109. maddede müddei yerine müddi denilmiştir. Gıyap kurumu 1086 sayılı Kanun'dan çıkarıldığı halde, gıyap sözcükleri Kanun'un 323., 364. ve 509. maddelerinde hâlâ muhafaza edilmektedir.

Yeni bir tasarı hazırlanmasının nedenlerinden birisi de, ülkemizdeki âdil yargılanma hakkunun sağlanabilmesidir. Avrupa

İnsan Hakları Sözleşmesi ile taahhüt edilen âdil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için, usûl kanunlarındaki hükümler uygun hâle getirilmelidir. Bu amaçla özellikle makul süre içinde yargılama yapılabilmesi için, 1086 sayılı Kanun'da yer alan ve engel teşkil eden hükümlerin değiştirilmesi gerekmiştir. Zira, usûl kanunlarının yargının hızlı işlemesinde önemli rolü bulunmaktadır. Ancak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu tek başına yargının hızlanmasını sağlamaya yeterli değildir. Nitekim bunun böyle olmadığı şimdiye kadar yapılan değişikliklerde de görülmüştür. Yargının diğer sorunları çözümlenmedikçe hazırlanan Tasarı'nun tek başına gecikmeleri önlemesi mümkün olmayacaktır.

Bunların yanında Kanunumuzun mehzazını teşkil eden Neuchâtel Usûl Kanunu da değişmiştir. Nitekim, 7 Nisan 1925 tarihli Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu, hazırlanan Kanun Tasarısı'nun 28 Haziran 1988 tarihli Kanton Parlementosu'nun Adalet Komisyonu'na gönderilmesine karar verilip, 30 Eylül 1991 tarihinde oybirliği ile kabul edilen ve 1 Nisan 1992 tarihinde yürürlüğe giren yeni Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Kanun toplam 508 maddeden oluşmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun gözden geçirilerek yeni bir Tasarı hazırlanması için, 2992 sayılı Kanun'un 34. maddesi hükmü uyarınca, 27/01/2004 tarihli "*Bakan Olur*"u ile bir komisyon oluşturulmuştur. Komisyonun oluşturulmasındaki amaç, bakanlık olurunda şu şekilde belirtilmiştir: "*Yargı reformu çerçevesinde olmak üzere; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesi ve bir kısım uyuşmazlıkların nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk yargılamasına yansıtma amacıyla yeni bir Kanun Tasarısı hazırlamak.*"

Tasarı, bu çerçevede oluşturulan Komisyon tarafından hazırlanmıştır.

II. Tasarı'nın Hazırlanmasında Esas Alınan İlkeler

Komisyon ilk olarak hazırlanacak Tasarı ile ilgili bazı ilke ve hedefler belirlemiş ve çalışmalarını bu çerçevede yürütmüştür.

Bu ilkelerden birincisi, yepyeni bir tasarı hazırlamak yerine, mevcut 1086 sayılı Kanun'un temel felsefesi korunup, mevcut hükümleri değerlendirilerek tasarı'nın hazırlanmasıdır. Zira 1086 sayılı Kanun'un kabulünden bugüne kadar yaklaşık 80 yıllık bir yargılama hukuku kültürü oluşmuştur. Bu süre içinde, doktrinde birçok kitap, makale, tezler yazılmış, farklı görüşler tartışılmış, yargı kararlarıyla ortaya çıkan ciddi bir içtihat birikimi meydana gelmiştir.

Tüm bu birikimin yok sayılmasının doğru olmayacağı düşüncesi ile yeni bir yargılama sistemi yerine, mevcut yargılama hukuku kurallarının gözden geçirilmesi, aksayan yönlerinin tespit edilerek düzeltilmesi, geçen süre içinde eskiyen, güncelliğini kaybeden, ihtiyacı karşılamayan kurumların yenilenmesi, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde yeni kurum ve kuralların kabul edilmesi, uygulamada ortaya çıkan sorunlara, temel kavram ve kurumları zedelemeyen cevap verecek yeni düzenlemelerin kabul edilmesi ilkesi benimsenmiştir.

Ancak gerektiği zaman, mevcut sistemle uyum gözetilerek yeni kurum ve kurallara da yer verilmiştir. Bu açıdan, Tasarı aslında 1086 sayılı Kanun'un revize edilmesidir. Tamamen yeni bir tasarı, bu zengin bilgi ve uygulama birikiminin bir kenara bırakılması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca yeni bir Kanun sebebiyle, yeni içtihatlar oluşuncaya kadar uygulamada önemli tereddütler ve gecikmeler yaşanabilecektir. Zaten uygulamada ve doktrinde de 1086 sayılı Kanun'un yerine, yeni bir kanun hazırlanması ihtiyacı dile getirilmemektedir.

İkinci olarak, son hazırlanan tasarı'larda önemli bir tartışma konusu olan, Sulh Hukuk ve Asliye Hukuk Mahkemesi ayırımı muhafaza edilmiştir. Bu ayırımın kaldırılması görüşü, Komisyon tarafından kabul edilmemiştir. Çünkü bu ayırı-

mun tarihi nedenleri yanında, uygulanan yargılama usûlü ve bu mahkemelerden verilen kararlara karşı kanun yollarına başvuru olanaklarının farklı oluşu, bu ayırımın korunmasını zorunlu kılmıştır.

Tasarı'da güncel ve akıcı bir dil kullanılması ilkesi benimsenmiştir. Ancak, özellikle hukukî kavramlar konusunda, üzerinde tereddüt edilmeyen, yerleşmiş, herkesin anladığı kavram ve terimler aynen muhafaza edilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun, özel hukuk alanında temel Kanun olması dikkate alınarak, mümkün olduğunca, bu Kanun'un kabul ettiği kavramlar ve terimler öncelikle tercih edilmiştir. Belirli bir alanda uygulaması olan kavram ve kurumların, o alanda yerleşmiş kavram ve terimlerin kullanılmasına özen gösterilmiştir. Kavram, kurum ve terim bakımından karışıklığa meydan vermemek için, mümkün olduğunca teknik kavramlarda aynı terimler kullanılmaya çalışılmıştır. Esas olarak doktrin ve uygulamada genel kabul gören terimler kullanılmaya çalışılmıştır. Genel kabul görmeyen terimlere Tasarı'da yer verilmemesine özen gösterilmiştir. Örneğin "bağımlı katılan" yerine, "fer'î müdahil", "bağımsız katılan" yerine, "aslî müdahâle" terimleri kullanılmıştır.

Tasarı hazırlanırken, 1086 sayılı Kanun'un madde numaraları muhafaza edilememiştir. Çünkü yeni hazırlanan bir Tasarı'da getirilen yeniliklere, Kanun'dan çıkarılan yaklaşık seksen maddenin boşlukları içinde yer vermek ve böylece madde numaraları değişmeden düzenleme yapabilmek mümkün değildir. Mevzuat Hazırlama Usûl ve Esasları Hakkında 3056 sayılı Kanun'a göre kabul edilmiş olan Yönetmeliğin (RG, 17 Şubat 2006, S. 26083), 13. maddesinde maddelerin nasıl yazılacağı açıklanmıştır. Bu ve bundan önceki Yönetmelikler nedeniyle yeni Tasarı'da madde başlıkları yer almaktadır. Dikkat edilirse, istinafla ilgili hükümlerin madde başlıkları Kanun'da yer alırken, diğer maddelerde madde başlığı yer almamaktadır. Tasarı'da bu ayırım da giderilmiştir. Kanun yapma tekniği bakımından da yeni hazırlanan bir Tasarı'da bazı boşluklara yer verilmesi ya da bazı maddelerin (A), (B)

şeklinde teselsül ettirilmesi mümkün olamayacağından, tüm maddeler yeni madde numarası almıştır. Kanun'un sistematigi muhafaza edilmekle beraber, maddelerin düzenlenişi 1086 sayılı Kanun'a göre değişmiştir.

Hazırlanan Tasarı'da, ayrıntılı düzenleme yapılmasından kaçınılmıştır. Her kurumla ilgili temel esasların Kanun'da tereddütsüz yer alması ve uygulamada sorun oluşturacak hususların açıklığa kavuşturulması kabul edilmiştir. Bunun yanında, zorunlu olmadıkça kazuistik bir yöntem izlenmekten kaçınılmıştır. Maddelerin düzenlenmesinde "özel hükümlerin saklı tutulması" şeklindeki ifadelerden kaçınılmış, zorunlu olmadıkça bu atıf yöntemi benimsenmemiştir. Çünkü özel hükümler zaten saklı ve önceliklidir. Ancak, özellikle vurgulanması gereken yerlerde, genel ifadelerle değil, ilgili kurum belirtilerek atıf yapılmıştır. Bu atıflar bakımından da maddelerde ileride yapılacak değişiklikler sebebiyle bir karışıklık çıkmaması için, madde atfından daha çok, kuruma veya kurala atıf yöntemi kabul edilmiştir.

Kanun sistematigi bakımından, yargılama akışına uygun, takip edilmesi kolay, mantıklı, sade ve basit bir sistematik anlayışı benimsenmiştir. Yargılamanın daha doğru, amacına uygun, daha hızlı ve etkin yürütülmesine hizmet edecek yeni kurumların alınması yanında, yargılama sisteminin daha basitleştirilmesi de kabul edilmiştir.

Tasarı'da, mahkeme dışı çözüm yolları ile sulh veya uzlaşmayı mümkün kılacak ve teşvik edecek bir alt yapının oluşturulması benimsenmiştir. Uygulamada, zaman zaman yanlışlıklara sebep olan, Kanun'da birçok farklı sürenin düzenlenmesi yerine, temel bazı sürelerin kabul edilerek, bunlara uygun hükümlere yer verilmesi düşünülmüştür.

Tasarı'da, yargılamanın niteliği ile ters düşmediği ölçüde güncel teknik gelişme ve kolaylıklardan yararlanılması, örneğin ses ve görüntü kayıtlarının yargılamada kullanılması benimsenmiş, deliller bakımından teknik gelişmelerin gözetilmesi düşünülmüştür. Bu konuda yeni, fakat yargılama ilkelerine ters düşmeyen en az riskli yöntem kabul edilmiştir.

Tüm hükümlerin düzenlenmesinde, tarafların ve ilgililerin hak arama özgürlüğünü genişleten, yargılama sırasındaki haklarını en iyi şekilde teminat altına alacak ve yargı organlarının yüceliği ve saygınlığını koruyacak ilkelere yer verilmiştir.

Bugüne kadar çekişmesiz yargı işleri, farklı Kanun'larda, dağınık şekilde ve yetersiz hükümlerle yürütülmüştür. Çekişmesiz yargıyla ilgili bazı yabancı ülkelerde olduğu gibi ayrı bir çekişmesiz yargı kanunu yapılması yerine, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanun Taslağı'ndaki gibi, Tasarı'nın içinde düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı kanaatine varılmış ve çekişmesiz yargı da düzenlenmiştir. Buna karşılık yargının yükünün azaltılması yollarından birisi olan alternatif uyuşmazlık çözümleri hakkında Tasarı'da düzenleme yapılmamıştır. Sadece "Ön İnceleme" bölümünde hâkimin tarafları bu yola teşvik edebilmesine imkân sağlanmıştır. Avrupa Birliği'ne dahil olan ülkelerdeki gibi, alternatif uyuşmazlık çözümleri hakkında ayrı bir kanun hazırlanmasının daha uygun olacağı komisyonca kabul edilmiştir.

III. Komisyonun Oluşumu

Adalet Bakanlığı tarafından komisyon oluşturulduktan sonra, usûl hukukuna ilişkin olarak hazırlanan bu Tasarı'da, maddî hukuka ilişkin konularda kendilerinden istifade etmek üzere, yargılama hukuku ile doğrudan bağlantılı özel hukuk alanlarından öğretim üyeleri de Komisyon'a dahil edilmiştir. Komisyon şu kişilerden teşekkül etmiştir: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Komisyon Başkanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Tahir Alp (Komisyon Başkan Vekili, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı), Hakkı Dinç (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi), Niyazi Güney (Adalet Bakanlığı Kanun'lar Genel Müdürü), Zeki Çemberci (Adalet Bakanlığı Yüksek Müşaviri), Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Prof. Dr. Süha Tarrıver (Ankara

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Prof. Dr. Ömer Ulukapı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Prof. Dr. Oğuz Atalay (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Doç. Dr. Halûk Konuralp (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Doç. Dr. Fügen Sargın (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Doç. Dr. Erdal Tercan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Doç. Dr. Ahmet Battal (Gazi Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Öğretim Üyesi), Doç. Dr. Aynur Yongalık (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Doç. Dr. Zarife Şenocak (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Doç. Dr. Muhammet Özekes (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Yrd. Doç. Dr. Murat Atalı (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), Yüksel Hız (Adalet Bakanlığı Kanun'lar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı), Yusuf Solmaz Balo (Adalet Bakanlığı Kanun'lar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı), Zekeriya Yılmaz (Adalet Bakanlığı Kanun'lar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı), İlyas Altan (Ankara 9. Aile Mahkemesi Hâkimi), Hasan Yeni (Türkiye Noterler Birliği Başkanı), Avukat Cengiz Tugral (Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi), Osman Çalışkan (Adalet Bakanlığı Kanun'lar Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi).

Komisyunun oluşumu sırasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden öğretim üyelerinin de katılması konusunda yazı yazılmışsa da bu yazıya rektörlük tarafından olumsuz cevap verilmiş ve bu nedenle İstanbul Hukuk Fakültesi'nden hiç kimse komisyona katılmamıştır.

Tasarı'nın tahkimle ilgili kısımda çalışmak üzere, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Ali Yeşilirmak komisyona sonradan dahil edilmiştir.

Komisyon, ilk toplantısını Sayın Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in de huzurlarıyla 28 Ocak 2004 tarihinde, Tasarıya son şeklini veren toplantıyı ise, 18 Mayıs 2006 tarihinde yapmıştır. Komisyon, çalışmaların başında çoğunlukla her ay, iki veya üç gün toplanmış, ancak daha sonra ayda iki defa olmak üzere iki veya üç gün toplanarak çalışmalarına devam etmiştir. Normal toplantı zamanları dışında, özellikle uygulamadan gelen üyelerle, öğretim üyelerinin tatil zamanları dikkate alınarak, adli tatil ve kış yarıyıl tatillerinde beşer veya onar günlük blok çalışmalar da yapılmıştır.

Komisyonca alınan karar gereği, hem gerekçelerde kullanmak hem de ileride yapılacak tartışmalara ışık tutması amacıyla, Komisyon çalışmalarının tümü kaydedilmiş, daha sonra da bu bant kayıtları çözülerek metin hâline getirilmiştir. Toplantı görüşmeleri Adalet Bakanlığı'nın teknik altyapısı kullanılarak kaydedilmiş ve bant çözümleri ise Türkiye Noterler Birliği'nin katkıları ile gerçekleştirilmiştir.

Komisyonun çalışma tarzı olarak, kurumların bütünlüğü gözetilerek belirli maddeler, özellikle o konuyla ilgili daha önce çalışması ya da uzmanlığı olan üye veya üyelerce hazırlanmış, sonra ilgili toplantıda Komisyon'un tüm üyelerinin görüşüne sunulmuştur. Böylece o konuyu inceleyen ve teklif hazırlayan üyelerin, konuyla ilgili o güne kadar yapılan tartışmaları, savunulan görüşleri, yargı kararlarını ve farklı ülkelerdeki uygulama ve tartışmaları Komisyon'a aktarması sağlanmıştır. Ayrıca bu kapsamlı hazırlık esas alınarak, Komisyon'un tümünün görüşü değerlendirilip, farklı bakış açılarıyla ortak aklın ürünü bir Tasarı ortaya konulması amaçlanmıştır.

Tasarı'nın tüm maddeleri kabul edildikten sonra, gözden geçirme toplantıları yapılarak, Tasarı, uyum ve ifade yönünden tekrar incelenerek değerlendirilmiştir.

IV. Yararlanılan Kaynaklar

Kaynak olarak bugüne kadar hazırlanmış 1967, 1971 ve 1993 tarihli Tasarıların tümü çalışmalarda esas alınmıştır. Ayrıca ilgili konularda yazılan tez, kitap, makaleler ve konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi ve içtihadı birleştirme kararlarının tümü, Yargıtay içtihatları, ilgili uluslararası sözleşmeler ve diğer Kanun'ların ilgili hüküm ve gerekçelerinden hazırlık çalışmaları sırasında yararlanılmıştır. Bu çerçevede İsviçre Federal (Yeknesak) Usûl Kanunu Tasarısı, Komisyon Üyesi Yrd. Doç. Dr. Murat Atalı tarafından Türkçeye çevrilerek Komisyon üyelerinin mukayeseli değerlendirme yapabilmeleri sağlanmıştır. Yabancı dil bilen üyeler sayesinde, Alman Medenî Usûl Kanunu, Avusturya Medenî Usûl Kanunu, Fransız Medenî Usûl Kanunu, Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu hükümleri, taslağın hazırlanmasında göz önünde tutulmuştur. Bunun yanında Avrupa Usûl Kanunu Tasarısı ile Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine ilişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslarötesi Hukuk Usûlü Prensipleri'ne ilişkin hazırladığı model Kanun tümüyle Türkçeye çevrilerek çalışmalarda yararlanılmıştır.

Yabancı doktrin ve konuya açıklık getirecek yabancı mahkeme kararlarından da çalışmalar sırasında yararlanılmıştır. Yabancı ülke düzenlemeleri ile görüşlerden yararlanılırken, ülke ihtiyaçları ve gerçekleri göz önünde tutulmuştur. Cumhuriyetle birlikte 80 yıllık zengin hukuk kültürümüz göz önüne alınarak, hukukçularımızın ciddi bilgi birikimi, çalışmalarımızda önemli kaynak oluşturmuştur. Bugün artık ülkemizde de hemen hemen tüm konuda yazılmış tezler, kitaplar, makaleler bulunmaktadır; yargılama sitemindeki birçok şikâyete rağmen, her konuda çok önemli yargı kararlarıyla içtihat birikimi ortaya çıkmıştır. Bu sebeple yabancı hukuktan yararlanma, doğrudan aktarma şeklinde değil, yerlilikleri görme, başka ülkelerdeki tartışmalar ile olumlu ve olumsuz yönleri tartma, tecrübe ve bilgiden yararlanma şeklinde gerçekleştirilmiştir.

Tasarı hazırlıklarında, ülkemizde daha önce yapılmış çalışmalarda ve tezlerde, sunulan kanun önerileri de dikkate

alınmış, zaman zaman doğrudan komisyona davet edilerek zaman zaman da haricen ilgili kişilerin görüş ve önerileri de yazılı metinler dışında değerlendirilmiştir.

V. Tasarı ile Getirilen Yenilikler

Tasarı'nın madde gerekçelerinde, değişikliklerin gerekçesi yer aldığı için burada sadece çok genel olarak getirilen yenilikler değerlendirilecektir.

Tasarı'nın "*Birinci Kısmı Genel Hükümler*" başlığı altında, birinci bölümde "*Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirtilmesi*" incelenmiştir. Bu bölümde birinci ayırımda görev düzenlenmiştir. Birinci madde 1086 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasının tekrarıdır.

Sadece mahkemelerin görevinin Kanun'la düzenlenmediğinin daha açık olabilmesi için, "*ancak*" ilâve edilmiş ve ayrıca görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğu açıkça yazılmıştır.

İkinci maddede malvarlığına ilişkin davalarda görev başlığı altında birinci maddenin ikinci fıkrası ile 2. maddedeki düzenleme bir araya getirilerek düzenleme yapılmıştır. İkinci maddenin ikinci fıkrasındaki ifade doktrinde tartışmalı idi. Çünkü bu maddenin lafzen ifadesinde sanki iki taraf dava konusunun değeri üzerinde anlaşılırsa mahkemenin dava konusunun değerini tespit edemeyeceği anlaşılmakta idi. Bu tereddütü gidermek için dördüncü fıkrada dava konusunun değerini, tarafların anlaşması söz konusu olmaksızın, mahkemenin kendiliğinden tespit edeceği düzenlenmiştir. 4. maddede terditli davalar ile seçimlik davalarda görev düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanun'un 3. maddesinden farklı olarak seçimlik davalarda da dava konusunun değeri para ise, görevli mahkemenin tespitinde para esas alınacaktır. Buna karşılık her ikisi de paradan başka bir şey ise, hangisinin değeri yüksek ise, onun değeri esas alınır. Kısmî davada görev 1086 sayılı Kanun'un 4. maddesinde üç fıkra olarak düzenlenmişti. Buna göre kısmî

dava konusu eğer son kısım ise, görevli mahkemenin belirlenmesinde bu kısım esas alınacak idi. Buna karşılık son kısım değilse, saklı tutulan kısmın taraflar arasında çekişmeli olup olmamasına göre görevli mahkeme farklı biçimde belirlenmekte idi. Ancak saklı tutulan kısmın taraflar arasında çekişmeli olup olmadığı genellikle dava açıldıktan sonra, davalının verdiği cevap dilekçesi ile ortaya çıktığından, bu zorluğu hatta daha doğru ifade ile imkânsızlığı kaldırmak için geri kalan kısmın çekişmeli olup olmadığına bakılmaksızın alacağın tamamı esas alınarak görevli mahkeme tespit edilecektir. Karşı davada görev, 1086 sayılı Kanun'un 5. maddesinin daha açık yazımıdır. 1086 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiş olan irtifak haklarına ilişkin davalarda yetki, şahsî irtifak haklarından doğan davalardan ayırt edilebilmesi için, eşyaya bağlı irtifak hakları başlığı yer almıştır.

Sulh hukuk mahkemelerinin görevi, 1086 sayılı Kanun ile Tasarı'da 8. maddede düzenlenmiştir. Farklı olarak iflâs davaları dışında, konkordato veya uzlaşma suretiyle serinaye şirketlerinin yeniden yapılandırılması da sulh hukuk mahkemelerinin görevinden hariç tutulmuştur.

Burada değerler beş bin lira olduğu yazılı ise de bu değer Türkiye Büyük Millet Meclisi önüne geldiğinde yeniden değerlendirilecektir. Bugünkü değerler maalesef isabetli olmamıştır. Çünkü 5490 liralık görev sınırı ve bu sınırın her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre artışı uygulamada pek çok karışıklığa neden olmaktadır. Bu nedenle buradaki miktar yuvarlak bir rakam olmalı ve her yıl değişmemelidir. Tasarı'da 1086 sayılı Kanun'un 8. maddesinden farklı olarak dört ve beşinci bentlerindeki dava konusunun değerine bakılmaksızın sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu dava ve işler genel hükümlere bırakılmıştır.

Tasarı'nın 9. maddesinde şahıs varlığına ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu açıkça belirtilmiştir.

Yetki konusunda daha sistematik ve daha açık bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır. Özellikle 1086 sayılı Kanun'un

9. maddesindeki düzenleme Tasarı'da 11 ve 12. maddelerde düzenlenmiştir.

Bu kısımda yeni olarak, yetki sözleşmelerinin tacirle ve tacir olmayanlar arasındaki düzenlenmesi farklı olarak yapılmıştır. Tacirler ve kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlık hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılacaklardır. Yine taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, dava sadece sözleşmeyle belirlenen mahkemelerde açılabilir. Böylelikle olumsuz yetki sözleşmesi yapılabilmesi de tacirler veya kamu tüzel kişileri bakımından kabul edilmiştir. Buna karşılık tacir olmayanlar için 1086 sayılı Kanun'un 22. maddesindeki gibi yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmiştir. Bu yetki sözleşmesi ile diğer mahkemeleri yani genel ve varsa özel mahkemelerin yetkileri kaldırılmayacak ve taraflar olumsuz yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Böylelikle tacir olmayan kişilerin korunması amaçlanmıştır. Çünkü sözleşmelerde, genellikle güçlü olan taraf, diğer tarafa yetkisiz mahkemeyi yetkili hâle getiren yetki sözleşmesini kabul ettirebilmektedir. Sözleşmeden doğan davalarda sözleşmenin yapıldığı yer ile ifa edileceği yer yetkili kılınırken munzam bir koşul aranmamıştır. Böylelikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesine paralel olarak düzenlenmiştir.

"Birinci Kısım İkinci Bölüm"de, yargılamaya hâkim olan ilkeler düzenlenmiştir. Bu ilkelerden bir kısmı 1086 sayılı Kanun'da da düzenlenmişti. Ancak tüm ilkelerin daha açık ifade edilmesi yanında, doktrin ve uygulamada kabul edilen, "hukukî dinlenilme hakkı", "yargılamanın sevk ve idaresi", "dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü" gibi yeni ilkelere yer verilmiştir. Aleniyet ilkesi 1086 sayılı Kanun'un 149. maddesinde düzenlenmiş ise de, oldukça eski olan bu düzenleme Anayasa ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine uygun hâle getirilmiştir.

Bu kısmın "Üçüncü Bölüm, İkinci Ayırım"ında, hâkimlerin sorumluluğu düzenlenmiş ve hâkimlerin fiillerinden dolayı devletin birinci derecede sorumluluğu kabul edilmiştir. Böy-

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

lelikle Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu kısmun "Dördüncü Bölüm"ünde, taraflar ve davaya katılan üçüncü kişiler düzenlenmiştir. Bu bölümde yenilik olarak "re'sen ihbar" kurumu yer almıştır. Asli müdahale de, davaya müdahale maddeleri arasında açıkça düzenlenmiştir.

Tasarı ile getirilen yeniliklerden biri de avukatla temsil zorunluluğudur. Ancak bu zorunluluk elli bin liranın üzerindeki uyuşmazlıklar için getirilmiştir. Çünkü adli yardım konusundaki hükümlerin yeterli olmayışı, bu konuda daha düşük miktar ve değerdeki uyuşmazlıklar için bu zorunluluğun getirilmesini engellemiştir. Ancak bu konuda siyasi iktidarın daha fazla kaynak ayırabilmesi ve destek olması hâlinde bu miktarın daha aşağıya çekilmesi mümkün olabilir.

"İkinci Kısım"da düzenlenen dava çeşitleri ve dava şartları ile ilgili hükümler yenidir. Eda, tespit ve inşai davalar dışında, kısmî dava, objektif dava birleşmesi, terditli dava, seçimlik dava ve grup davası yeni olarak düzenlenmiştir. Bu kısmun "İkinci Bölüm"ünde dava şartları genel olarak sayılmış ve ayrıca bu dava şartlarının incelenmesi ele alınmıştır. Bu kısmun "İkinci Bölüm"ünün "İkinci Ayrım"ında ilk itirazlar düzenlenmiştir. "Üçüncü Kısım" olan "Yazılı Yargılama Usûlü" kısmının "Beşinci Bölüm"ünün "Üçüncü Ayrım"ında ise ön sorun ve bekletici sorun düzenlenmiştir. Ön sorun 1086 sayılı Kanun'da "hadi-se" olarak düzenlendiği hâlde bekletici sorunla ilgili hüküm yenidir.

"Üçüncü Kısım"da "Yazılı Yargılama Usûlü"ne ilişkin hükümler yer almaktadır. Burada en önemli yenilik davanın açılmasıyla davacıdan avans alınmasıdır. Böylelikle dava sırasında masraf alınması sebebiyle süre kaybı önlenmek istenmiştir. 1086 sayılı Kanun'un 180. maddesinde, yargılama giderlerinden bir kısmını oluşturan dava dilekçesinin tebliği ve başka yerlerden getirtilecek belgeler için gereken giderlerin dava açılırken peşin olarak ödenmesi hususu düzenlenmişti. Ancak bu hüküm, tanık, davetiye masrafları, keşif veya davanın ileri aşamalarında yapılması muhtemel diğer giderler gibi hususları

kapsamadığından, bu işlemler için gerekli masrafların ödenmesi gerektiğinde, davalar gereksiz şekilde uzamakta idi. Yargılama giderlerinin zamanında yatırılmaması, tek başına davaların gecikme sebebi olmamakla birlikte, önemli etkenlerden biridir. Gerek kanundan gerekse yerleşmiş yargı uygulamalarından kaynaklanan bu aksaklığın önlenilmesi amacıyla, öncelikle dava açılmasıyla ilgili "*Harç ve avans ödenmesi*" kenar başlıklı 125. madde düzenlenmiştir. Bu hüküm, davacının dilekçesini mahkemeye sunarken, açtığı davadan kaynaklanan yargılama giderlerinin yaklaşık olarak mahkemece hesaplanarak kendisinden peşin olarak tahsilini öngörmektedir. Yine hangi masrafların yargılama giderleri kapsamına girdiği belirlenmiş, ayrıca davacının davayı açarken ödemek zorunda olduğu giderin peşin olarak tahsilinden sonra, taraflardan her birinin ikamesini talep ettiği delil için belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırma zorunluluğu getirilmiştir.

Uygulamada kabul edilmemekle beraber, doktrinde genel kabul gören iradî taraf değişikliği Tasarı'da kabul edilmiştir.

"Üçüncü Kısım Dördüncü Bölüm"de ön inceleme düzenlenmiştir. "*Ön inceleme*" başlığını taşıyan bu bölüm, medenî usûl hukuku alanındaki kanunlaştırmada, hukukumuz için önemli bir yeniliktir. Uygulamada en çok şikâyet edilen ve yargılamanın gecikmesi sebebi olarak gösterilen önemli bir husus, tam hazırlık yapılmadan tahkikata başlanmasıdır. Hâтта çoğu kez, taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemeyen, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikata başlamaktadır. Delillerin ve hukukî uyumsuzluğun tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikata başlandığında, istenen sonuç elde edilememekte, tahkikat, delillerin toplanması için gereksiz yere uzamaktadır. Bunun yanında, mahkemelerce, yeterli hazırlık yapıp dosyalar incelenmediğinden ve taraflar da bu konuda gerekli açıklamaları tam olarak yapmadıklarından, yargılamanın başında karar verilmesi gereken, usûle ilişkin dava şartları ve ilk itirazlar davanın sonunda karar verilebilmektedir. Örneğin, iki yıl süren bir davanın sonunda, bazen mahkemenin görevsizlik

ya da yetkisizlik kararı verdiği veya zamanaşımı gerekçesiyle davayı reddettiği görülebilmektedir.

Bu eleştirilerin, aslında 1086 sayılı Kanun'un sistemi içinde de giderilmesi mümkündür. Her ne kadar Kanun'da açıkça bir ön inceleme aşaması mevcut olmasa da, dilekçelerin teatisi aşamasında, tarafların tüm delillerini sunmaları ve gerekli yerlerden getirilecek şekilde bilgi ve masrafları vermelerine ilişkin hükümler, hâkimin tahkikata başlamadan önce, tarafların anlaşmaları ve anlaşamadıkları hususları tespit ederek, anlaşmazlık noktaları üzerinde yargılamayı yürütmesi, hâтта uyuşmazlık hüküm için yeterince aydınlanmışsa hükmün verileceği, gerektiğinde tarafların dinlenerek sulhe teşvik edileceği şeklindeki hükümler karşısında, yukarıda kısaca eleştiri içeren uygulamanın ortaya çıkmaması gerekirdi. Ancak, bu hükümler, belirli bir kesiti içinde barındırmadığından, uygulamamız, gereğini tam yerine getirmemiş, daha doğrusu bunların tümü tahkikat içinde yapılır hâle gelmiştir. Hâтта, ilk duruşmada daha dilekçelerin teatisi aşamaları dahi tamamlanmadığı, dilekçelerin ilk duruşmada taraflara tebliğ edildiği, delillerin tahkikat içinde toplandığı görülmüştür.

Tahkikat duruşmaları, delillerin inceleneyeceği ve hukuki tartışmanın yapılacağı zaman dilimleri olmaktan çıkmış, delillerin toplandığı bir aşama hâline gelmiştir. Çoğu kez, tapu veya nüfus idaresine yazılacak yazının belirlenmesi ya da buralardan gelecek yazıların gelmediğinin tutanağa geçirilmesi için duruşmalar yapılır hâle gelmiştir. Aslında tahkikat için gereksiz olan bu duruşmalara taraflar gitmediğinde dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verildiği, gittiklerinde ise herhangi bir ciddi işlemin yapılmadığı bilinmektedir. Tüm bu eleştirileri ortadan kaldırmak için, ancak dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan, elde olan mevcut deliller verildikten, elde olmayanların ise masrafları ödendikten ve nereden getirileceğine ilişkin bilgiler verildikten sonra, tahkikatın başlatılması amaçlanmıştır. Buna bağlı olarak, tahkikatın, amacına uygun olarak, sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama hâline getirilmesi; bunun

için de tarafların anlaşmışları ve anlaşamadıkları hususların tahkikat başlamadan tam tespiti gereklidir.

Ayrıca, işin esasına girilmesi gerekli olmayan, usûle ilişkin kararlarla sürelerle ilişkin kararların da başlangıçta verilmesi, birçok uyuşmazlığın baştan hâlli sonucunu doğuracaktır. Tüm bunları sağlamak için dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra, tahkikat aşamasından önce, ön inceleme aşaması yeni bir yargılama kesiti olarak kabul edilmiştir. Bu aşamada, uyuşmazlık konuları tam ve açık olarak tespit edilmiş olduğundan, tarafların durumlarını gözden geçirerek sulh olmaları da daha kolay hâle gelebilecektir. Bu aşamanın diğer bir olumlu yönü ise, uyuşmazlık noktaları kesin olarak tespit edildiğinden, inceleme ve hukukî tartışma da bu noktalara münhasır yapılacak, gereksiz işlemlerin ve zaman kaybının önüne geçilmiş olacaktır. Ön inceleme aşamasında yapılması gerekenler yapılmadan, bu konuda verilmesi gereken kararlar verilmeden tahkikata geçilemeyeceği çok açık olarak düzenlenmiştir.

Bunun aksine davranış, açık kanun hükmünü uygulamamak olduğundan, hâkimin de sorumluluğunu gerektirecektir. Ancak uygulamada ön inceleme ile getirilen bu düzenlemenin gerçekten uygulanabilmesi için, mahkemelerin iş yükünün azaltılması yanında hâkimlere bu konuda destek olmak üzere hâkim yardımcılığı düzenlemesine yer verilmelidir.

Ön incelemenin amacına uygun yapılması, taraflar arasında sulh imkânını arttıracak, hâтта yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yollarıyla da bağlantılı olarak tarafların doğrudan ya da arabulucu yardımıyla uyuşmazlığı çözmelerinin yolunu açacaktır. Taraflar sulh olmadıklarında ise tahkikat için tüm hazırlıklar yapılmış olduğundan, tahkikatta sadece tanık dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması ve keşif gibi usûl işlemleri gerçekleştirilecek, tahkikatın arka arkaya yapılacak birkaç oturumda da tamamlanması mümkün olabilecektir. Bu bölümün "ön inceleme" olarak ifade edilmesinin sebebi, dilekçelerden sonra, mahkemece yapılacak ilk inceleme aşaması olması, ancak işin henüz esasına tam olarak girilmemesidir. Bu aşama, tahkikat olmadığından tahkikat ifadesi de kullanılmamıştır. Çünkü,

bu aşamada bir ön tahkikat ve benzeri işlemlerden daha çok, tahkikattan önce yapılması gereken işlemler tamamlanmaktadır. Bu bölüm, Tasarı'da yeni olmakla birlikte, hukukumuzda tamamen yabancı da değildir. Aynı işlevi tam olarak görmese, farklı işlemler yapılsa da, örneğin temyiz aşamasında da işin esasına girilmeden ön inceleme yapılarak gerekli kararlar verilmektedir. Belirtilen sebeplerle, yargılamanın bu aşamasına ön inceleme denilmiştir.

"Dördüncü Kısım, İspat ve Deliller" başlığını taşımaktadır. Bu kısımdaki ispat hakkı, ispat yükü ve karşı ispatla ilgili hükümler yenidir. "Dördüncü Kısım İkinci Bölüm"de "senet" yerine "belge ve senet" ibaresine yer verilmiştir. Bu bölüm içinde delil olarak, belge ve senet düzenlenmiştir. Burada ilk defa hukukumuzda belge kavramı ile senet kavramı birbirinden ayrılmış, belge, senet kavramını da içine alacak şekilde bir üst kavram olarak kabul edilmiştir. Belge ile senedin ayrılması hem kavramsal hem de hukukî anlamda önemlidir. Her şeyden önce, belge genel anlamda bir bilgiyi taşımaya elverişli ortamı ya da şeyi ifade etmektedir. Şüphesiz her bilgi taşıyıcısının delil olarak bir değeri olmakla birlikte, o bilginin ne kadar güvenli taşıdığı ve kesinliği ile bağlantılı şekilde o bilgi taşıyıcısının delil olarak kullanılırken farklı kuvvetlere sahip olduğu kabul edilmektedir.

Bu sebeple örneğin, altı imzalanmış kâğıt üstündeki bir metin, yazı veya imzası inkâr edilmedikçe senet olarak kesin delil niteliğine sahiptir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik ortamdaki veriler ise doğrudan senet olmamakla birlikte, senet kuvvetindedir. Oysa, imzasız sadece içinde belirli bilgiyi taşıyan bir kâğıt üzerindeki yazı, yazılı delil başlangıcı olarak senet kuvvetinde değildir.

Senet kesin olarak kullanılan ve Kanun'un özel bir anlam yüklediği belge türüdür. Oysa, her belge senet olmadığı gibi, Kanun'un senet dışında da delil olarak kabul ettiği belgeler mevcuttur. Örneğin, yazılı delil başlangıcı, niteliği itibariyle bir belgedir, ancak Kanun'da kabul edilen şekliyle senet değildir. Bunun dışında günümüzde elektronik ortamda oluşturulan

veriler mevcuttur. Elektronik ortamda oluşturulan bu veriler genel anlamda belgedir, ancak senet sayılmamaktadır. Gerek 1086 sayılı Kanun'da gerekse Tasarı'da düzenlenen hükümler arasında elektronik ortamda oluşturulan verilerin tamamı değil bir kısmı (güvenli elektronik imza ile oluşturulan veriler) senet hükmünde kabul edilmiştir. Dikkat edilirse, bu tür elektronik belgeler dahi teknik anlamda senet değil, senet hükmündedir.

Ayrıca, belgenin üst kavram olarak kabul edilmiş olması, ilerde meydana gelecek teknik gelişmelere daha kolay ayak uydurulmasını ve bu yönde düzenleme yapılmasını mümkün kılacaktır. Herhangi bir veri taşıyıcısı, bugün anladığımız anlamda senet ya da güvenli elektronik imza ile imzalanmış elektronik verilerden daha kuvvetli bir ikna gücüne ve güvenliğe sahipse, onun kesin delil olarak kabulü de kolaylaşacak, bunun için kanunun sisteminin bozulması da gerekmeyecektir.

Açıklanan sebeplerle, belge ve senet arasında bir ayırım yapılarak, senetle ispat hükümleri gözden geçirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanun'da yer alan bazı hükümler bu bölümden çıkarılmış bulunmaktadır. Bunun bir sebebi, delillere ilişkin genel bölümde bu hükümlerin yerini alabilecek hükümlere yer verilmesi, diğer sebebi ise Tasarı'da düzenlenen maddelerden bir kısmının kaldırılan hükümleri de kapsayıcı nitelikte olmasıdır. 1086 sayılı Kanun'da yer alan bazı hükümler ise, güncelliğini kaybettiğinden kaldırılmış bulunmaktadır.

1086 sayılı Kanun'da yer alan bazı hükümler "*Dördüncü Kısım İkinci Bölüm*"e alınmamıştır. Çünkü, belge ve senetle ilgili bazı hususlar, dilekçelerin verilmesiyle bazıları da ispat ve delillere ilişkin genel hükümlerle doğrudan bağlantılıdır. Örneğin, tarafların ellerindeki belgeleri dilekçelerine ekleyerek mahkemeye vermelerine ilişkin hususlar dilekçelere ilişkin bölümde, başka yerden getirilecek delillerle, delillerin incelenmesi genel olarak ispat ve delillere ilişkin genel hükümler içinde düzenlenmiştir. Bunun dışında, uygulanma kabiliyeti kalmayan hükümlerle, kaldırılması boşluk doğurmayacak hükümlere bu Tasarı'da yer verilmemiştir. Örneğin, 1086 sayılı Kanun'un

305. maddesinde yer alan, nüfus kayıtlarının zıyaı hâlinde o kimsenin ailesine ilişkin özel belge ve kayıtların delil olarak kullanılacağı hakkındaki hükme Tasarı'da yer verilmemiştir. Zira, bu hüküm mevcut olmasa da zaten genel hükümlere göre ispatı ve tespiti mümkündür, nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

Yeni delil ibrazına ilişkin husus (HUMK m. 306), tahkikata ilişkin bölümde "*Yeni Delil Gösterilmesi*" kenar başlığı ile, delil ibraz eden tarafın karşı tarafın onayı olmadan bundan vazgeçemeyeceğine ilişkin hüküm ise (HUMK m. 307) delillere ilişkin genel hükümlerde "*Delilden Vazgeçme*" başlığı altında düzenlenmiştir.

Senetlere ilişkin bazı hükümler ise 1086 sayılı Kanun'da ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiş olmalarına rağmen aslında aynı hususa ilişkindir; benzer mahiyetteki hükümler mümkün olduğunca sadeleştirilerek birleştirilmiştir. Hukukî işlemlerin belli bir miktar veya değer üzerinde olması hâlinde senetle ispat kuralı muhafaza edilmiştir. Akdeniz ülkeleri olan Fransa, İtalya ve Yunanistan hukukunda da senetle ispat kuralı korunmaktadır. Yaklaşık yüz yılın üzerinde bir uygulaması olan ve uygulamada herhangi bir şikâyet konusu olmayan senetle ispat kuralı, Komisyonumuz tarafından da çoğunlukla kabul edilmiştir.

"*Dördüncü Kısım Üçüncü Bölüm*"de yemin düzenlenmiştir. Tamamlayıcı yemine Tasarı'da yer verilmemiştir. Takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hâllerde, hâkimin kanaatini yemin ile değil, diğer delillerle tamamlaması kabul edilmiştir. 1086 sayılı Kanun'da yer alan yemin formülü, taraf yemini düzenlemesinde, daha laik hâle getirilmeye çalışılmıştır.

"*Dördüncü Kısım Dördüncü Bölüm*"de düzenlenen tanıkla ilgili hükümlerde, önemli bir değişiklik yapılmamıştır.

"*Dördüncü Kısım Beşinci Bölüm*"de bilirkişi incelemesi düzenlenmiştir. Bu bölümde yeni olarak, bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü ve bilirkişinin yetkilerine yer verilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bilirkişi ile ilgili hükümlerine paralel

bir düzenleme yapılarak, bilirkişilerin bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek listelerde yer alan kişiler arasından seçilmesi kabul edilmiştir. Böylelikle bilirkişilerin uzman kişilerden oluşması, hukukî konularda gereksiz yere bilirkişiye başvurulmaması ve denetimi sağlanmak istenmiştir. Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir. Bilirkişinin kasten veya ağır kusuru sonucu düzenlediği gerçeğe aykırı raporun kara esas alınması nedeniyle zarar gören kişilerin devlete karşı sorumluluk davası açabileceği düzenlenmiştir.

"Dördüncü Kısım Altıncı Bölüm"de keşifle ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. 1086 sayılı Kanun'dan farklı şekilde, keşfin sadece taşınmazlara ilişkin olmadığı daha açık olarak düzenlenmiş, ayrıca keşfe katılma zorunluluğu ve soybağının tespiti için inceleme yapılması hakkında yeni hükümler getirilmiştir.

"Altıncı Kısım"da basit yargılama usûlü düzenlenmiştir. Seri yargılama ve sözlü yargılama usûllerine Tasarı'da yer verilmemiştir. 1086 sayılı Kanun'da seri yargılama usûlü, sadece cevap dilekçesi ile cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi için yazılı yargılama usûlüne nazaran kısa süreler öngörmekteydi. Bu kısa süreler dışında yazılı yargılama usûlüne atıf yapıldığı için, seri yargılama usûlü ile yazılı yargılama usûlü arasında bir fark bulunmamakta idi. Hâтта cevap ve diğer dilekçeler için çoğu kez mahkemeye müracaat ederek sürenin uzatılması istendiğinden ve bu talep kabul edildiğinden, adı seri olan yargılama usûlü çoğu kez yazılı yargılama usûlünden daha uzun sürmekte idi.

Bu nedenle uygulamada ismi dışında seri bir yargılama öngörmeyen bu usûle yer verilmemiştir. Keza sözlü yargılama usûlü de uygulamada yazılı yargılama usûlü gibi uygulandığından, bu iki yargılama usûlü kaldırılarak, basit yargılama usûlü, yazılı yargılama usûlüne nazaran daha hızlı daha kolay bir usûl hâline getirilmeye çalışılmıştır.

Basit yargılama usûlünde yapılan düzenlemede, genel hatlarıyla, sadece dava ve cevap dilekçesi şeklinde, dilekçe aşı-

masına yer verilmiştir, replik düplik safhası çıkartılmıştır. Ön inceleme ve tahkikat aşamaları birleştirilmiş, ilk duruşmada ön incelemeye ilişkin işlemlerin de yapılmasına imkân tanınmıştır. Kural olarak ilk duruşmadan sonra, en fazla iki duruşmada (yani en fazla üç duruşma) tahkikatın tamamlanması, çok özel durumlarda duruşma sayısının arttırılması amaçlanmıştır. Sözlü yargılama ve hükmün verilmesinin aynı duruşmada yapılması ve hükmün de kural olarak aynı duruşmada tüm unsurlarıyla tefhimi düşünülmüştür. Yargılamanın daha kısa sürede sonuçlandırılabilmesi için, davanın takipsiz bırakılması hâlinde bir defa dosya işleminden kaldırıldıktan sonra, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi kabul edilmiş; iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesinin başladığı an öne çekilmiş; duruşmalar arasındaki süreler kısa tutulmuş; tahkikat işlemlerinin kısa sürede tamamlanması öngörülmüştür.

Kanun yolları "*Sekizinci Kısım*"da düzenlenmiş, 1086 sayılı Kanun'a 5236 sayılı Kanun'la eklenen istinaf ve temyiz ile ilgili hükümler aynen muhafaza edilmiştir. Bu hükümler 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinden ve fakat bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamaması nedeniyle henüz uygulanmadığından ve bu hükümlerin değiştirilmesi yönünde bir eleştiri yapılmadığından aynen benimsenmiştir.

Geçici hukukî koruma kavramı doktrinde kullanılmakla birlikte, Tasarı'da ilk defa yer almaktadır. Geçici hukukî korumalar "*Onuncu Kısım*"da düzenlenmiştir. Asıl nihaî hukukî korumanın zaman alması ve ayrıntılı bir incelemeyi gerekli kılması sebebiyle, günümüzde geçici hukukî korumalar daha da önem kazanmıştır. Hâтта derilebilir ki, asıl yargılama veya davadan önce, geçici korumalar âdeta bir ön yargılama hâlini almıştır. Geçici hukukî korumalar, hak arama özgürlüğü ve kişilerin haklarının korunması bakımından özel bir öneme sahiptir. Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukukî korunma talebi için artık günümüzde, "*etkin hukukî koruma*" ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani, bir devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların

etkinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukukî korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur.

Belirtilen sebeplerle günümüzde, klasik ve temel geçici hukukî koruma türü olan ihtiyatî tedbir dışında, birçok yeni geçici hukukî koruma türü benimsenmiştir. Asıl dava veya yargılama konusuna ilişkin olarak ihtiyatî tedbirler yanında, para alacaklarına ilişkin takibin sonucunun güvence altına alınabilmesi için ihtiyatî haciz; delillerin korunması için delil tespiti bilinen geçici hukukî koruma türleridir. Ancak, özel kanunlarda bu geçici hukukî koruma türlerinin içinde yer almayan farklı geçici hukukî korumalara da yer verilmiştir. Örneğin, aile hukukuna ilişkin birçok geçici hukukî koruma, önleyici tedbir, koruma önlemleri ve aile ilişkilerinin geçici düzenlenmesi gibi farklı geçici hukukî korumalar mevcuttur. Bu geçici korumalar, bazı yönleri ile ihtiyatî tedbire benzemekle birlikte, ihtiyatî tedbirden daha farklı ve geniş bir alana sahiptir.

Bu sebeple, genel bir geçici hukukî koruma başlığı altında temel olarak ihtiyatî tedbir düzenlenmekle birlikte, diğer geçici hukukî korumalara da değinilmiştir. İhtiyatî haciz, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlendiğinden, bu başlık altında düzenlenmemiş, bu kısımda ihtiyatî tedbir ve delil tespiti ayrıntılı olarak düzenlenip, diğer özel geçici hukukî korumalara ilişkin genel atf yapılmakla yetinilmiştir. Bunun dışında, klasik ihtiyatî tedbir türü olan teminat amaçlı ihtiyatî tedbirler dışında, eda veya düzenleme amaçlı ihtiyatî tedbirler de oldukça yaygınlaşmıştır.

Hukuk yargılaması bakımından en sorunlu alanlardan biri de geçici hukukî korumalardır. Uygulamada, haksız alınan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararlarından dolayı telafisi güç zararların ortaya çıkmasına rastlandığı gibi, gerekli durumlarda ilgili geçici hukukî korumaya karar verilmediğinden dolayı elde edilen hükmün bazen uygulama kıymeti kalmamaktadır. Ayrıca, uygulamamızda önemli bir sorun da geçici hukukî korumaların birbirine karıştırılması ve gereği gibi

uygulanmamasıdır. Örneğin, para alacakları için kural olarak ihtiyatî haciz istenmesi gerekirken ihtiyatî tedbir talep edilmesi, delil tespiti yerine bir dava türü olan tespit davası açılması, bunun en sık rastlanan örnekleridir. Ayrıca, bir mahkemeden ihtiyatî tedbir talep edilip reddedilmesi durumunda, başka bir mahkemeden böyle bir talepte bulunulması gibi davranışlara da uygulamada sıkça rastlanılmaktadır.

Yukarıda açıklanan hususlar göz önünde tutularak geçici hukukî korumalar, bu çerçevede ihtiyatî tedbir ve delil tespiti yeniden düzenlenmiştir.

Tahkim, ülkemizde ilk kabul edildiği tarih olan 1856 yılından bu yana etkin olarak kullanılamamaktadır. Tahkim kurumunu etkin kılmak için, yani özü var olan tahkim kültürünü ülkemizde geliştirmek amacıyla yapılması gereken ilk iş şüphesiz iç tahkim yani millî tahkime ilişkin usûl ve esasları düzenleyen hükümleri, günümüz tahkim yaklaşımına uygun hâle getirmektir.

"On Birinci Kısım"da yer alan tahkim hükümleri düzenlenirken, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınmıştır. 4686 sayılı Kanun, birkaç istisna dışında esas olarak 1985 tarihli Uncitral Model Kanunu'nu benimsemiş, ancak iktibas esnasında bazı konular eksik alınmış ve yine bazı konularda tercihler Model Kanun'dan değişik olarak kullanılmıştır.

Tahkim hakkındaki hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki hükümlerin hemen hemen aynısıdır. Tasarı'da, 4686 sayılı Kanun'daki hükümlerin kabulü ile millî ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki fark önlenmek istenmiştir. Ayrıca dünyada pek çok ülkenin milletlerarası ve millî tahkim için esas aldığı Uncitral Tahkim Kuralları iç tahkim bakımından da benimsenmiştir.

1086 sayılı Kanun'da öngörülen cezalar, Tasarı'da "*disiplin hapsi*" ve "*disiplin para cezası*" olarak düzenlenmiştir. Disiplin hapsi, özellikle duruşmanın düzeninin sağlanması gibi hâllerde öngörülmüştür. Davanın görülmesi sırasında kötü niyetli

davranışları önlemek ve yargılamayı daha etkin kılabilmek için ise, disiplin para cezası düzenlenmiştir. Bu cezaların tecili veya ertelenmesi gibi sebeplerle uygulanamaması önlenerek, yargılamanın işleyişinin güvence altına alınması amaçlanmıştır. Ayrıca bu Tasarı'da, disiplin para cezasının özelliklerinin neler olduğu ve bu cezanın nasıl tahsil edileceği hususları da açıklığa kavuşturulmuştur.

Tasarı, yürürlük ve yürütme maddesi ile birlikte 455 maddeden oluşmaktadır. Bilindiği üzere, 1086 sayılı Kanun 582 maddedir. Genel gerekçenin değişik yerlerinde de açıklandığı üzere, 1086 sayılı Kanun'un farklı kısımlarında yer alan, ancak birbirine benzer hükümleri düzenleyen maddeler bu Tasarı'da tek madde altında birleştirilmiştir. Ayrıca, yürürlükteki Kanun'un yaklaşık seksen maddesi değişik zamanlarda yürürlükten kaldırıldığı hâlde, kaldırılan maddeler dikkate alınarak teselsül ettirilmemiştir. Dolayısıyla hazırlanan Tasarı'daki madde sayısı, 1086 sayılı Kanun'da yer alan madde sayısından farklıdır.

2. BÖLÜM

2. Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA
(Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MEDENÎ USÛLÜN AMACI VE SOSYAL KARAKTERİ AÇISINDAN HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI'NIN BAZI HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ¹

YAVUZ
ALANGOYA'NIN
TEBLİĞİ

I. Giriş

Yeni bir yasa tasarısının değerlendirilmesi ve eleştirilmesi bakımından farklı şekiller söz konusu olabilir. Tasarının tümü, maddeler teker teker ele alınarak ve irtibatlar gözetilerek değerlendirilebilir. Tasarının belirli kurumları ele alınarak o hususlar bakımından bir değerlendirme yapılabilir veya tek veya birkaç madde üzerinde durulabilir. Belirttiğim bu usûllerin bazıları kısa bir tebliğ içine sığdırılamaz, ben de bir iki

¹ 9 Eylül 2006 tarihli "Medenî Usûl Hukukçuları Toplantısı"na sunulan tebliğ değiştirilmeden yayınlanmaktadır.

maddeye yoğunlaşarak bir değerlendirme yapmak istemedim. Hukuk Muhakemeleri Tasarısı'nın maddelerinin teker teker ele alındığı ve irtibatların dikkate alınarak değerlendirmelerin yapıldığı bir çalışmaya katılmış olduğum için² bu tebliğde yukarıda belirtilenlerden farklı olduğunu düşündüğüm bir değerlendirme yapmak istedim.

Ancak hemen belirteyim ki bu ele alış şeklinde de, Tasarı'nın bütün hükümleri eksiksiz olarak incelenebilmiş ve değerlendirilmiş değildir.

Yapmaya teşebbüs ettiğim: Medenî usûlün amacı ve buna bağlı olarak medenî usûl hukukunun sosyal karakteri unsurları bakımından Tasarı'nın bazı hükümlerini ele alarak değerlendirmektir.

Belki burada bu iki unsur açısından kısa bir belirleme yapmak uygun olacaktır. Bugün, gerek ait olduğumuz hukuk ailesi doktrininde, gerek Türk hukukunda maddî hukuk normlarının soyut unsurlarını karşılayacak maddî vakıaları tesbit ve buna göre uygun olan normu olaya uygulama şeklindeki yargılama faaliyetine dayanan bir usûl sisteminde, bu maddî vakıaların gerçekten vuku bulup bulmadıklarını tesbit ve böylece doğru hüküm vermenin amaç olduğu kabul edilmektedir.

Diğer yargılama usûllerinde bu amaca ulaşılması için kabul edilen yargılama şekillerinin, medenî usûllerinden farklı olması amacın farklılığını gerektirmez.

Davanın "tarafaların davası" olarak algılanması davada gerçeğe ulaşma amacı ile çelişmez.³ Medenî usûl yargılamasında gerçeğe ulaşma amacı bakımından taraflara daha fazla yetki tanınması menfaatler çatışması dikkate alındığında daha etkin

² Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul Barosu Yayınları, Sıra No.41, İstanbul 2006.

³ Gaul: Der Zweck des Zivilprozess-ein anhaltend aktuelles Thema, çev. Deren-Yıldırım, *İlkeler Işığında Yargılama Hukuku*, Derleyen Yıldırım K. 2.bası 2001 s. 85.

bir yol olarak görülmüştür. Gerek haklara kavuşma, gerek hukuk güvenliğinin ve barışının sağlanması gerçeğe dayalı hüküm verilmesi ile etkinleşecektir.

Bugün yargının gerçekte ilgilenmeyeceği teknik yargı kuralları çerçevesinde yapılan yargılama sonucunda hüküm verileceği, diğer bir deyişle, “*şekli hakikat*” ile yetinileceği anlayışı büyük ölçüde terkedilmiş ve gerçeğe ulaşma açısından yasalara hükümler getirilmiştir.

Medenî usûl hukukunun sosyal bir müessese olduğu, ancak burada, ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf olanı kazandırmak değil⁴ zayıfın bu durum dolayısı ile gerçeğe aykırı olarak kaybetmesinin engellenilmeye gayret edilmesi genellikle kabul edilmektedir ve modern gelişmeler bu yönde olmuş, hâkimin yetkileri bu yönde ve bu amaçla arttırılmıştır.⁵

Başka bir vesile ile de söylediğim gibi, fert hak ve hürriyetlerini kâle almayan, komünist, faşist ve teokratik ve benzeri anti demokratik ideolojilerin hâkim olduğu rejimlerde, bu mülâhazalar etkinliklerini kaybedeceklerdir.⁶

İşte ben bu çerçevede, Tasarı'nın bazı hükümlerini ele almayı deneyeceğim.

⁴ 20. yüzyılın başlarında, hâkimin “fakir olan tarafın temsilini üstlenmesi gereği” dile getirilmiştir; Anton Merger'in bu görüşleri ve eleştirisi için bkz., Leipold, Zivlprozessrecht und ideologie, Juristenzeitung 1982 441 ve son (443).

⁵ Leipold, bu anlayışın dahi sınıflar arası bir kavganın izlerini taşıdığı görüşündedir, s. 446,447, Jauernig'de, tarafların dava malzemesinin getirilmesinde ağırlık taşınmasının pratik mülâhazalarla doğru görülmesinde de politik ideolojik bir renk görmektedir. Ancak son on yılların gelişmeleri bu görüşlerin aksine cereyan etmiş ve etmektedir. Alangoya, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında; Kazancı, Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, 2005/9 s. 108 dn. 172 ve 173.

⁶ Ünlü usûl hukukçuları Kisch, Schkönke, Volkmar ve Lent'in, Verhandlungsmaxime'nin nasyonal sosyalist anlayışla bağdaştırma çabaları ilginçtir, bkz., Leipold agın., s. 446.

II. Tasarı'nın Bazı Düzenlemelerinin Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Ele Alınması

1. Mahkemelerin Yetkisi Hususunda Anlaşmalar

a. Tasarı'nın yetki anlaşmalarını düzenleyen m. 22 hükümünün gerekçesinde "Daha zayıf konumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı, korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır" ... "O nedenle örneğin Alman hukukunda yetki sözleşmesinin her durumunda yapılması kabul edilmemektedir. Yetki sözleşmesi yapılabilen alanlar oldukça sınırlandırılmış bulunmaktadır" denilmektedir (s. 165). 23. madde gerekçesinde de "tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, özellikle tacir olmayan gerçek kişi tüketiciler, tacirler veya kamu tüzel kişilerine karşı hukuken daha zayıf durumdadırlar. O nedenle bu kimselerin daha güçlü olanlara karşı korunmaları gereklidir" (s. 165) sonucuna varılmaktadır.

Gerekçenin bu tespiti medenî usûl hukukunun sosyal karakteri bakımından doğrudur ve belirtildiği üzere mukayeseli hukukta da bu yönde düzenlemeler vardır.

Burada m. 23 ve buna ilişkin gerekçenin bir paragrafını aktarmak gereği var.

Madde 23 "Tacirler ile kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, Kanun'un yetkili kılınan genel ve özel yetkili mahkemeler yanında başka bir mahkemeyi de yetkili kılabilirler."

Bu maddenin gerekçesinin ikinci paragrafında da bir husus vurgulanmaktadır:

"Burada ayrıca belirtilmesi gerekir ki, bir tacir veya kamu tüzel kişisi ile tacir olmayan bir gerçek veya tüzel kişi, örneğin bir gerçek kişi tüketici aralarında yetki sözleşmesi yapmak istedikleri takdirde, yapılacak yetki sözleşmesi münhasır olmayan yetki sözleşmesi şeklinde olabilecektir."

Bu gerekçenin ilişkin bulunduğu 22. ve 23. maddeler incelendiğinde, bu hükümlerin yukarıda belirtilen "koruma" ama-

cına ilişkin herhangi bir yenilik getirmediği görülmektedir.⁷ Gerçekten 22. maddede tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılacak olan yetki sözleşmelerindeki mahkeme(ler)in aksi kararlaştırılmadıkça münhasır yetkili olacağı düzenlemesi yer alıyor.⁸

23. madde bu maddenin gerekçesindeki gibi anlaşılırsa bu madde düzenlemesinde vurgulanan "koruma" amacına ilişkin bir husus yok; durum HUMK hükümlerinin aynıdır, gerekçede belirtilen koruma amacı yasal mesnede kavuşmamıştır.

Eğer m. 22'dekilerle m. 23'deki kişiler arasında yetki anlaşması koruma amacı ile yasaklanmak yoluna gidilecekse, gerekçenin düzeltilmesi ile iktifa edilmeyip, yasal metinlere de açıklık getirilmek gerekecektir. Zira mevcut metinler, bunları kaleme alanlarca mevcut gerekçede olduğu gibi anlaşılıyorsa, bu metinlerin diğer kişilerce de bu yolda anlaşılabilceğinin kabulü gerekir.

Diğer taraftan m. 23'deki kişiler arasında yetki anlaşmalarının tamamen serbest bırakılmalarının da amaçlanan "koruma" yı sağlayıp sağlamayacağı düşünülmelidir.

Nitekim önemli bir mukayeseli hukuk örneği olarak Alman hukuku bu bakımdan aydınlatıcı olabilir:

ZPO 38/I'de tacirler, kamu tüzel kişileri, kamusal hususî mamelekler (öffehtlichrechtliche Sonder-vermögen) arasında yetki anlaşmaları yapılabileceği kabul edilmektedir. ZPO bunun dışında yetki anlaşmaları yapılabilmemesini şartlara bağlamıştır.

⁷ 22. maddede birden fazla mahkeme üzerinde anlaşılacağı sarahatine rağmen 23. maddede "mahkeme"den bahsediliyor. Bu bir sınırlama olarak mı öngörüldü bu hususta gerekçede bir açıklama yok. Böyle ise buna da sarahat verilmesi doğru olur.

⁸ Ben münhasır yetki hususunda yasal bir düzenlemenin uygun olacağını, ancak bunun da bazı şartlara bağlanmasının düşünülmesini yazdım. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, 6. Bası, 2006, s. 117 dn. 96; kanaatimce böyle bir düzenlemede sarahatin bulunmaması hâlinde münhasır yetkinin asıl olacağı yolundaki kabul şekli yerine, münhasır yetki hususunda sarahat aramak daha isabetli olacaktır.

a) Taraflardan asgari birinin yurt içinde ikametgâhı bulunmaması, ZPO 38/II b) yetki anlaşmasının ihtilâfın doğmasından sonra akdedilmiş olması (dava açılmasının şart olmadığı belirtiliyor)^{9,10} c) Davalının ikametgâhını veya mutad meskenini maddî hukuk sözleşmesinin imzalanmasından sonra kanunun yürürlük alanı dışına taşınması veya ikametgâh veya mutad meskeninin dava ikamesi anında bilinmiyor olması¹¹ hâllerinde yetki anlaşmaları geçerli olacaktır. Bu düzenlemenin, Tasarı'nın hükümleri bakımından önem taşıdığını düşünüyorum.

b. Yetkinin anlaşma ile tayin edilmesinde zayıf olanın korunması amacının sadece yetki anlaşmaları bakımından ele alınması eksik olur.

aa. Sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinin yetkisini düzenleyen 15. maddenin de bu amaçla ele alınması gerekir. İfa yerinin maddî hukuk alanında serbestçe tayin edilmesinin, mahkemenin yetkisi bakımından da etkili olacağı kabul edilirse, yukarıda belirtilen amaç önemli ölçüde etkisizleşebilir. Bu sebeple paralel bir düzenleme bu maddede de yapılmalıdır.

ZPO § 29/II bu sebeple şu hükmü sevketmiştir:

"İfa yeri anlaşmasının mahkemenin yetkisini tayin etmesi, ancak sözleşme taraflarının, tacir, kamu tüzel kişisi veya kamusal hususi namelekler olduğu takdirde mümkündür".

bb. Tasarı'nın 15. maddesinde davanın sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde de açılacağı ön görülmüştür. HUMK m. 10'daki davalı veya vekilinin orada bulunma şartı kaldırılmıştır. Gerekçede bu şartın yetki kuralını işlemez hâle getirdiği için kaldırıldığı yazmaktadır. Hükmün fonksiyonel hâle getirildiği belirtiliyor.

⁹ Nitekim Tasarı müelliflerinin özellikle 22. maddedeki kişiler bakımından bu hukuktan yararlandıkları söylenebilir.

¹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht 16. Aufl. s. 218.

¹¹ Daha geniş bilgi için bkz., Rosenberg/Schwab/Gottwald, a. g. e., § 37 I s. 216 ve son., Schilken Zivilprozessrecht 4 Aug. § 7 No.320 ve son.; Thomas/Putzo ZPO 25. Augl. 2003 § 38 s. 92 ve son.

Ancak bu hükmün bu şekilde "fonksiyonel" hâle getirilmesi yukarıdaki koruma amacı ile bağdaşmaz. Sözleşmenin yapıldığı yer çoğu kez tesadüflere bağlı olur. Hele yukarıda açıklanan koruma hükümleri getirilince bu yol dolaylı olarak zayıf olanı mahkemesinden ayırmak için kolaylıkla kullanılabilir.

Bu hüküm, uzun süreli fuar ve pazarlarda yapılan hukukî işlemlerden doğan ihtilâflar için Alman ZPO'sunda kabul edilmiş bir hükümdü. Önemi kaybettiği için ZPO'dan çıkarılmıştır. Bu bakımdan bu yetkinin Tasarı'dan da çıkarılması gerekçede benimsenen hususa uygun olacaktır.

cc. Bu vadide son olarak gerekçedeki anlayış dolayısı ile üstünde durmak istediğim m. 25 hükmüdür.

Yetki itirazının ileri sürülmemesi hâlinde, HUMK m. 23'e göre, aleyhine dava açılan kimse mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılacaktır. Tasarı'da bu yolda bir sarahat bulunmasına rağmen m. 25'den aynı sonuca varılmakta olduğu söylenebilir. Şimdi bu durumda, bu itirazı ileri sürmeden yargılamaya devam eden tarafa (özellikle m. 22'de belirtilenler dışında olanlar) bir hatırlatma yapılması yolu üzerinde düşünmek gerekir.

ZPO § 39 hükmü, davalının yetkisizlik itirazında bulunmadan esasa girmesinin mahkemeye yetki kazandırmasının ancak § 504'deki aydınlatma yapılması ile mümkün olacağını amirdir § 504 Amtsgericht'in görevsiz ve yetkisiz olması durumunda, esas hakkındaki duruşmadan önce, bu itirazlarda bulunmadan esasa girmesinin sonucu hususunda davalının uyarılması gerektiğini düzenlemektedir. HUMK'da hâkimin uyardıktan bulunacağı yoluna yabancı değildir. Gerçekten 289. madde bu yolda bir uyarıyı düzenlemektedir.

Başta belirttiğimiz üzere yetki bakımından anlaşmalar hususunda gerekçede isabetle yer alan zayıfın korunması hususundaki sosyal anlayışın kuvveden fiile çıkması bu yasal hükümlerin kabulü ile tamamlanacaktır.

2. Hâkimin Yargılamayı Maddî Yönetimi

XIX. yüzyılın ödünsüz liberal anlayışı, medenî usûl hukukuna da yansımıştır. Davanın tarafların çıkar çatışmasından ibaret olduğu, devletin sadece bu prozessin şekli yürütülme esaslarını belirleyeceği, bunun dışında hâkimin tarafsız bir seyirci olarak önündeki hukukî savaşı izleyeceği, savaşın haklı olan tarafından kazanılmasının devleti ilgilendirmedığı şeklinde özetlenebilecek bu anlayış zaman içinde değişmiş, usûlün amacının gerçeğe ulaşma olduğu, medenî usûl hukukunun sosyal bir müessese olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır.

Bu amaç ve nitelik ise hâkimin davanın yürütülmesindeki yetkilerinin sadece şekli nitelikte (celselerin tâyini, tebligatların yapılması, sürelerin tâyini) olanlarla sınırlı olamayacağını, ona yargılamada dava malzemesinin getirilmesi, taraflarla ilişkiler bakımından iletişim içinde bulunması şeklinde ifade edilebilecek davanın maddî yönetimi hususunda yetkiler tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır.

Davada, tarafların çıkarlarının söz konusu olması, diğer deyişle davanın "*taraflar*"ın olmasının gerçeğe ulaşma amacı ile çelişmeyeceği bugün ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.

İçinde bulunduğumuz hukuk ailesinin Usûl kanunlarında özellikle son on yıllarda bu gelişme açıkça gözlenmektedir.

Gerçekten, gerek Alman ZPO'su (§ 139), gerek Avusturya ZPO'su, bunun tipik örnekleridir.

Bu sebeple Alman hukukunda, artık taraflarla hâkim arasında bir işbirliğinden bahsedilebileceği¹² söylenmektedir. Avusturya hukukunda ise, Medenî Usûlün sosyal karakteri ZPO'nun ünlü yaratıcısı Klein tarafından temel alınmıştır. Örneğin Klein, "*Teksif İlkesi*"ni "*ağır bir sosyal kötülük*" olan davaların uzamasının bir sebebi olarak görmüştür. Avusturya

¹² Rosenberg/Schwab 14. bası § 78 I 4 s. 453; Greger Rosenberg'in daha 1. basıda (1927) bu görüşü savunduğunu belirtiyor, Festschrift für Beys c. I, s. 306.

hukukunda da davanın maddî anlamda yürütülmesinde hâkime önemli yetkiler tanınmıştır. Artık "hâkimle tarafların işbirliği ilkesi"nden (Kooperationsmaxime)'den bahsediliyor.

Özellikle Alman ve Avusturya Kanun'larının son tâdillerinde hâkime maddî yönetim bakımından önemli yetkiler verilmiştir. Alman hukukunda hâkimle tarafların müzakeresi sadece hukukî sorunlarla sınırlı iken (bir evvelki tâdilde bu sınırdan kalması çabası başarılı olmuştur) son tâdilde (1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren) hâkimin esas ihtilâfî hukukî ve maddî açılardan müzakere edeceğini ön plana çıkarmıştır, § 139/I c. 1.

Avusturya Usûl Kanunu'nda ise, tarafları sürprizle karşı karşıya bırakmama hususundaki düzenleme, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin bu yoldaki kararlarına rağmen özellikle baroların ısrarı sonucu Kanun'a girmiş bulunmaktadır. Teksif ilkesinin reddi etkinliğini devam ettirmiştir.¹³

Bu genel açıklamalara son vermeden evvel hâkimin maddî yönetiminin usûlün amacı ve sosyal niteliği ile irtibatı bakımından bir örneğe daha değinmek istiyorum.

Federal İsviçre Usûl Kanunu Tasarısı m. 237-241 arasında "Das vereinfachte Verfahren" (Basitleştirilmiş-Sadeleştirilmiş Yargılama) başlıklı bir yargılama usûlü getirilmiştir.

Bu hükümlere göre bazı kira ihtilâfları (mesken, iş yerleri gibi), 30.000 İsviçre Frank'ına kadar iş ihtilâfları, hısmınların desteklenmesine ilişkin ihtilâflarda hâkimin davanın esasını re'sen inceleyeceği (von Amtes Wegen Prüfen) ve bu davalarda yeni maddî vakıaların ve delillerin hüküm müzakeresine kadar getirilebileceği düzenlenmiştir (Art. 240,241/II).

Bu hükmün tartışmasını yapacak değilim. Hükmün değişmesi ihtimâli de vardır. Burada Tasarı yazarlarının bu hükmü, "Sosyal Medeni Usûl"ün gerçekleştirilmesi olarak takdim etmiş olmaları önemlidir.¹⁴

¹³ İngiliz hukukunda da, yargılama üzerinde tarafların büyük yetkisinin mahzurları karşısında, âdeta bir ihtilâlle, hâkimin yetkileri büyük ölçüde artırılmıştır; bkz., Alangoya, dn. 4'deki çalışma s. 99 ve son.

¹⁴ Thomas Sutter-Somm (Tasarı'yı Hazırlayan Komisyon Başkanı) Schwer-

Diğer bir deyişle gerçeğe ulaşma ve sosyal karakter ile hâkimin yargılamanın maddî manâda yürütülmesi arasındaki irtibatın ortaya konulması bakımından örnek ilginçtir.¹⁵

Bu açıklamaları, Tasarı'nın bu yoldaki hükümlerinin değerlendirilmesi açısından yaptım.

Hemen belirteyim ki, Tasarı medenî usûl hukukundaki bu modern gelişmeye kayıtsız kalmıştır. Kayıtsızlık derken, bazı kavramların da içeriklerine uyulmadığını tespit etmek mümkündür. Meselâ, m. 33 gerekçesinde, "sürpriz yasağının" kararın gerekçeli olması esasî ile karıştırıldığını görüyoruz, s. 170. Bu iki kavram birbirinden farklıdır. Gerekçeli bir karar da, taraflar bakımından sürpriz teşkil edebilir. Sürpriz yasağı, karar verilmesinden evvelki bir safhaya ilişkindir ve hâkimin davayı maddî olarak yürütmesi kavramına dahildir. Nitekim Alman ZPO § 139 bu hususu bu şekilde düzenlemektedir. Aynı düzenleme şekli Avusturya ZPO § 182'de de son tâdilde Kanun'da yer almıştır.

Meselâ, hukukumuzda mahkemenin, davalının senetle ispat gerektiği savunmasına rağmen, davacının yazılı delil başlangıcı iddiası üzerine onun bütün şahitlerini dinledikten sonra, dava sonunda konunun senetle ispatı gerektiğini, davacının yazılı delil başlangıcı olarak nitelediği hususun bu nitelikte olmadığını ilk olarak hükümde belirterek davayı bu sebepten reddetmesi bunun bir örneğidir. Bunun diğer bir örneği sözleşmenin farklı yorumuna işaret etmeden hüküm verilmesidir. Bakınız Alman ZPO'sunun f II hükmü ne diyor: "Mahkeme hükmünü, taraflardan birinin gözden kaçırdığı aşikar

punkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Die Künftige Schweizerische Zivilprozessordnung, Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Universitaet St. Gallen, Bibliothek Schulthess 2003, s. 15.

¹⁵ Söz konusu davalarda re'sen araştırma esasının kabul edilmesi tartışılacak bir meseledir ve usûlün amacına ne ölçüde yardım edeceği tartışılabilir. Ancak, gerçeğe ulaşmak ve sosyal karakterin belirli bazı davalara inhisar ettirilmesi isabetli görülemez. Amaç ve sosyal nitelik usûlün bütününü bakımından geçerli değerlerdir.

olan yahut önemsiz addettiği bir hususa dayandıracaksa, bu husus sadece bir yan talebe ilişkin olmadıkça, tarafların bu hususta beyanda bulunmalarına fırsat vermek zorundadır. Aynı durumu, mahkemenin bir hususu tarafların her ikisinden de farklı değerlendirdiği durumlarda da geçerlidir."

Bu ise, mahkemenin taraflarla müzakeresi esası ile sağlanabilir, ZPO 139/I bunu düzenliyor.

Madde 38 hükmü, hâkimin sadece davayı şekli bakımdan yürütmesini kapsamaktadır. Nitekim bu maddenin gerekçesinde, yargılamanın maddî anlamda yönetilmesinin 37. madde ile sınırlı olduğu açıklanıyor.

Doğrusu, bütün modern gelişmeleri yok sayarak; "*Türk hukukunda kapsam budur*" demek bana doğru görünmüyor. Yeni bir Kanun yapıldığına göre bu kapsam üzerinde durulmalı ve mevcut gelişmeler dikkate alınarak gerekli düzenlemeler önerilmeli idi. Örneğin, sürpriz yasağı, esasın hukukî ve maddî açıdan müzakeresi Alman ve Avusturya hukukları dikkate alınarak değerlendirilmek gerekirdi. Bunlar yapılmamış olduğu gibi, belirtmek zorundayım ki, hâkimin yargılamayı maddî manâda yürütmesinin hapsedildiği 37. madde, HUMK m. 75'e göre bir geri gidişi de getirmektedir.

Tasarı, HUMK m. 75/I'in kelime anlamları bakımından isabetli olmayan lafzını almış, 75/II hükmünü modern gelişmeleri dikkate almadan tekrar etmiş ve en önemlisi 75/III hükmünü sadece, ispatsız kalma durumunda delil getirilmesi emrine indirgemıştır.

HUMK m. 75/III bakımından, hâkimin belirli sınırlar içinde yeni delilin getirilmesi şeklindeki bugün yüksek mahkeme içtihatlarında da kabul edilmiş olan yetkisini bertaraf edecek bir lafız benimsemiştir.¹⁶

¹⁶ "Yargılama ve iddiayı kanıtlama sorunu ile ilgili olarak ise; genel kural ise; genel kural tanık konusundaki kanıtın taraflarca gösterilmesidir. Ancak, dava dosyasına usûlüne uygun biçimde girmiş olan belgelerde adı geçenler, mahkemeye, somut olayın özelliği itibariyle, gideri uygun

Alman hukukunda, Kanun'da yer alanların dışında hâkime re'sen delil emretme hususunun "*de lege ferenda*" olarak kabul edilmesi gerektiği söylenirken¹⁷ bizim buna sınırlı da olsa imkân veren hükmü¹⁸ kaldırmamız uygun olmamıştır.

Tasarı'daki diğer bir eğilim teksif ilkesinin kuvvetlendirilmesi istikametindedir ki, bunun da modern gelişmelere uygun olmadığını belirtmekle yetiniyorum.

Tasarı'da, ağırlıklı söylem bizim usûl kanunumuzun yazılı sistemi benimsediği, bu bakımdan "*teksif ilkesi*"nin sıkı şekilde uygulanması gerektiği¹⁹ şeklindedir. Bu düşünce tarzının doğru olmadığı, usûlün amacına varmasını dogmalar ve klişelerle engellenmenin doğru olmayacağı görüşündeyim.

3. Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü

Dürüstlük kuralı ve bunun bir alt uygulama şekli olan "*Doğruyu söyleme yükümlülüğü*" yargılamadaki taraf hâkimiye-tinin sınırları olarak görülmektedir ve usûlün gerçeğe varma şeklindeki amacı bakımından önem taşımaktadır.

görülecek yanlardan birinden alınmak suretiyle, kendiliğinden tanık olarak dinlenebilir (HUMK m. 75/3). "4HD 6.11.2002 7810/12411 YKD 2003/4 s. 528; aynı anlayış içinde bkz., HGK 10.11.1976 1975/11-1155-2777 YKD 1977/12 s. 668; HGK 9.7.1969 1967/404-664 Ank. BD 1969 s. 1132; HGK 16.2.1994 93/835 94/65 HUMK 75.

¹⁷ Schilken E. *Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü* (çev. Nevhis Deren- Yıldırım), *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*, Derleyen M. Kamil Yıldırım 2. bası 2001 s. 66; Gaul'de delil ikamesi bakımından şahit delili haricinde hâkimin re'sen hareket edebilmesinin (ZPO § 142-144, 273/II, 358a, 447) gerçeğin bulunmasına yardımcı olduğunu belirtiyor, "*Zweck*" s. 110.

¹⁸ İsviçre'de (Neuchâtel), bu hükmün kabulü, taraflarca dermeyan edilmemiş bir delilin hâkim tarafından getirilmesi şeklinde anlaşılmış ve en önemli yeniliklerden biri olarak görülmüştür, bkz., Alangoya (Kazancı) s. 87/dn. 24.

¹⁹ Tasarı diğer davalardan ayrılacak şekilde vakıalarla ferdileştirilmiş olan davalarda dava temelini değiştirmeyen yeni maddî vakıaların genişletme yasağına tâbi olmaksızın getirilmesi imkânını da HUMK 185/2 bendi hükmünü kaldırmıştır. Bunun eski metindeki kabul şeklini değiştirip değiştirmedeği tartışılır bir durumdur.

Bu yükümlülüğün içeriği subjektiftir, yani "davada yalan" engellenmek istenmektedir. Yükümlülüğün içeriğinin, doğruluğundan mutlak olarak emin olunan vakıaların dermeyanı şeklinde anlaşılması gerektiği kabul ediliyor. Yükümlülük, tarafa, kanunî veya iradî temsilcisine aittir.

Bu yükümlülüğün bir bölümünü de, dermeyanların tamamıyeti teşkil eder. Taraflar sadece kendi lehlerine olanları getirmekle iktifa edemezler. Ancak bazı durumlarda, taraflardan birinin diğer tarafın dayanması üzerine kendi aleyhine olan hususu tartışmak için bekleyebileceği kabul ediliyor. Mümkün veya muhtemel görülen hususlarda susmanın yükümlülüğü zedelemeyeceği kabul edilmektedir. Alman uygulaması, şeref zedeleyici veya cezaî sorumluluk tehdidi olan hâllerde yükümlülüğün mevcut olmadığını kabul ediyor.

Yükümlülüğe aykırılığın sonuçları olarak bu dermeyanın geçersiz olduğu ve mahkemece dikkate alınmayacağı, mahkemenin aksi durumu hükmüne esas alabileceği, bu durumun usûlî bir hile teşkil edeceği ve cezaî sonuçlarının olacağı aykırılık dolayısı ile bir zarar doğmuş ise bunun tazminata yol açabileceği ve bir yargılamanın iadesi sebebi olacağı kabul edilmektedir.

Bu yükümlülüğün yaptırımı, mukayeseli hukukta usûl kanunlarında yer almıyor. (Alman ZPO § 138/I, Avusturya § 178). Ancak gerekçenin bu hususu daha açık olarak ele alması uygun olur. Anlaşılacağı üzere bu yükümlülük, usûlün amacının "gerçeğe varma" olduğunu teyid etme yanında bu amaca varılması bakımından da önemlidir.

4. Delillerin İleri Sürülmesinde Teksif İlkesi

Taslak m. 124/f davacının iddia ettiği her bir vakianın delilini de vakia ile irtibatlandırarak getirme yükümünü düzenlemektedir. Davalı bakımından da aynı yükümlülük m. 134/e'de yer alıyor.

Lâyhalar teatisi süresince iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı söz konusu olmadığına göre, tarafların bu lâyihalardaki yeni vakıaların da hangi delillerle ispat edileceğini belirtmeleri söz konusu olacaktır.

150. madde ise, Kanun'da belirtilen sürelerden sonra delil dermeyanını kısıtlamaktadır. 146. maddedeki hüküm dikkate alındıkta, dava değiştirme yasağının başladığı an olan lâyhalar teatisinin hitamı, 150'de sözü geçen sürenin de sonudur. Buna göre layihalar teatisinden sonra yeni delil ileri sürülmesi 150'deki şartlara tâbi olacaktır. Kısacası vakıalar bakımından ön görülen teksif ilkesi, müeyyidesi farklı olarak ağırlıklı bir şekilde deliller bakımından da getirilmiş bulunmaktadır.

Toplu mahkemelerdeki durumu düzenleyen m. 189 hükmü bakımından da aynı kısıtlamanın yürüyeceği gerekçede belirtiliyor. Ancak böyle olunca artık HUMK m. 378 ile bir paralellik olduğunu söylemek mümkün olmaz.

Şu duruma göre Tasarı, HUMK m. 217 ve 378 hükümlerinden ayrılmış ve deliller bakımından "teksif ilkesi"ni kuvvetlendirmiştir.

Gerek bu hüküm, gerek 124/f, 134/e hükümleri gerekse hangi vakıaların hangi delillerle ispatlanacağını belirtilmesi yükümlülüğü usûlün amacı ve sosyal niteliği ile bağdaşmıyor. Tasarı yazarları, deliller bakımından ağırlaştırdıkları teksif ilkesi dolayısı ile ilgili ilgisiz her türlü hususun delil olarak getirilmesini önlemek düşüncesi ile getirmiş olmalıdırlar. Böyle bir düzenlemenin sonuçlarının tam olarak ölçülüp ölçülemediği düşünülmelidir. Taraf bu yükümlülüğe uymazsa ne olacaktır? 124/f'de ve 134/e'de yer alan bu yükümlülük için hâkimin tamamlatma gibi bir yükümlülüğü de bulunmadığına göre (bkz., 124/II, 135) yükümlülüğe uymayarak sadece delillerini belirtmiş olan tarafın delilleri dikkate alınmayacak mıdır? Veya delillerini maddî vakıalara yanlış irtibatlamış olan tarafın durumu ne olacaktır? Tarafın getirdiği deliller arasında, vakıalar bakımından bu niteliği haiz olmayanlar bulunuyorsa, hâkim bunları ayırmadan, düzenlerini de incelemekten kaçınacak

mudur? “*Bunların cevabını uygulama verir*” anlayışı ile hüküm getirmek uygun bir yol değildir, kanaatindeyim. Diğer taraftan ihtilâflı noktaların tesbiti delillerin değerlendirilmesi, delillerin hangi vakıaları ispat edeceği gibi hususlar yargılama sanatının veçheleridir. Bunları, yargılama hızlandıracaktır diye taraflara yüklemek doğru değildir düşüncesindeyim.²⁰

Bütün bunlar sadece yargılamanın hızlandırılması endişesine bağlı olarak sevk ediliyor. Bu hükümler adaletsizliğe de yol açma istidadını taşımaktadır. Bu sebeple gerek maddî vakıalar gerek deliller bakımından HUMK hükümlerinin gerisine gitmiş olan düzenlemelerin değiştirilmesi uygun olur.

Ayrıca ispat bakımından yukarıda belirtilen m. 124/f, 134/e aynı yöndeki 198/II hükümlerinin lâyhalar teatisi sırasında yerine getirilmesi (m. 145/v, 146,150,189 hükümleri muvacehesinde) olanaklı olmaktan da çıkabilir.

Davanın temelini teşkil eden vakıaların yargılamaya getirilmesi bakımından da teksif ilkesine kuvvet kazandırılmıştır.

Gerçekten, dava temelini niteliğini değiştirmeyen maddî vakıaların yargılamaya getirilebilmesi şeklindeki HUMK m. 185/II hükmü kaldırılmış ve bu hükmün HUMK m. 179/3 hükmü ile sağladığı ahenk bozulmuştur.

Aynı kısıtlama anlayışı ön incelemede muvafakatin “açık” olmasının aranmasında da ortaya çıkıyor, m. 146/I.

Tasarı'nın *litiscontestatio'*ya benzeyen “ön inceleme” müessesesinin değerlendirilmesi ve eleştirisine burada yer verecek değilim. Bu meseleye daha önceki bir çalışmada yer verildi (bkz., dn. 1'deki çalışma s. 73 ve son, 87 ve son).

²⁰ HUMK 241/II hükmü esas alınmışsa bu isabetli olmamıştır; zira bu hüküm, şahitle ispat yasağı dolayısı ile hâkimin şahitle ispata cevaz olup olmadığını tespit etmesi ve buna uygun işlem yapması (bkz., m. 289) için sevk edilmiştir, diğer bir deyişle bu hükmün ratio legis'i Tasarı'nın getirdiği düzenlemeye yabancıdır; Yargıtay'ın ikinci şahit listesi verilmesi yasağını (m. 274) önemli ölçüde daraltan kararları için bkz., Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 382 dn. 70.

5. Avukatla Temsil Zorunluluğu (Postulationsfâhigkeit), m. 77

Bu yeni düzenleme, Alman ve Avusturya hukuklarında da mevcuttur.

Davanın avukatla yürütülmesi gerçeğe ulaşma amacı bakımından elverişli görülebilir. Ancak Türkiye bakımından, özellikle gerekçede belirtildiği üzere üst sınırın alta çekilmesi durumlarında ciddi bir adli yardım desteği gereklidir.

6. Hâkim Tarafından Verilen Kesin Süre, m. 100

Tasarı hükmü hâkimin vereceği kesin sürenin *"uygun, makul"* bir süre olması hususunu belirtmiyor.

Avusturya ZPO § 123 kanunca tayin edilmiş bir süre bulunmadığı takdirde hâkim, her bir durumda ihtiyaçları (Erfordernisse) ve somut durumunun özelliğini dikkate alarak süreyi tesbit eder demektir. Yargıtay'ın uygulaması bu yolda olmakla beraber²¹ böyle bir çözüm hak kaybına yol açacak bir mahkeme işleminin denetleneceğinin kabulü bakımından kolaylık getirecektir.

7. İsticvabın Konusu, 173/II

173/II hükmü konuyu *"davanın temelini oluşturan vakalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar"* şeklinde belirtmektedir. HUMK m. 230/II *"müddebihe veya onunla münasebeti olan hâllerde vakalara"* demektir. Bilindiği gibi HUMK'da dava konusu (müddeabih) iki unsurludur (dava temeli, talep).²² Tasarı'da da bu değişmiş değildir (bkz., m. 3 07). Bu bakımdan isticvapta bir kısıtlamayı ifade eder görünen lafzı HUMK'a paralel olarak değiştirmek uygun olur. Davalının da isticvap

²¹ Bkz., Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 184 ve son.

²² Bkz., Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım a. g. e., s. 267.

edilebileceği düşünülürse Tasarı'daki kısıtlama daha çarpıcı hâle gelmektedir.

8. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmiş Deliller, 193/II

Tasarı'da bu delillerin, vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı kategorik olarak düzenlenmektedir. Gerekçede de düzenlemenin istisnasız olduğu belirtiliyor. Mesele, gerçeğe varma amacı ile ilgilidir. Bu düzenleme kural olmakla beraber bazı önemli durumların istisna olarak kabul edilmesi düşünülmelidir.

İsviçre Usûl Tasarısı m. 147/III hükmü "*Kanuna aykırı olarak elde edilen deliller kural olarak dikkate alınmaz*" şeklindedir. Gerçekten, gerçeğe varmanın çok önemli olabileceği hususlarda, bu durumlarda delilsiz kalmanın sakıncası, bu delillerin kullanmaktakinden daha büyük olabilir.

9. Yazılı Delil Başlangıcı, 206

Tasarı, senetle ispat mecburiyeti esasını muhafaza etmektedir. Bunun gerçeğe ulaşmayı bir ölçüde engellediği iddia edilebilir. Ancak belirli sınırlar altında senetle ispat yasağı olmadığını büyük meblağlarda uygulamada hemen bütün hâllerde senet yapıldığını düşünmek gerekir. Şahit beyanları hususundaki toplumsal tereddüt Yargıtay kararlarında dahi aksini bulmaktadır. Diğer bir deyişle, mevcut güvensizlik şahit beyanına dayanan bir ispatın gerçeğe varmaya hizmet edemeyebileceği kuşkusundan kaynaklanmaktadır. Kanaatimce, yazılı delil başlangıcı kurumunun objektif esaslara uygun bir şekilde genişletilmesi doğru bir çözüm şekli oluşturabilecektir.²³ Ancak kuralın istisnasını teşkil eden "*Yazılı Delil Başlangıcı*" objektif esaslar muhafaza edilerek genişletilmelidir.

²³ Bkz., Alangoya, "*Senede Karşı Senetle İspat Kuralı*" ve "*Hayatın olağan akışı*" Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 521 ve son.

10. Kötü Niyetle ve Haksız Dava Açılmasının Sonuçları, 333

Tasarı, "hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan" tarafı bazı müeyyidelere tâbi tutuyor. HUMK m. 421 hükmü de bu lafızdadır. "veya" kelimesi her iki hükümde de var ve davacı bakımından kötü niyet aranmasını şüphede bırakıyor. Pek tabii ki burada bizatihi davayı kaybetmiş olmak kastedilmemektedir. Aksine bir düşünce tarzı "hak arama hakkı" ile bağdaşmaz.

HUMK m. 421 hükmünün bu sakıncayı davet edecek biçimde uygulandığına kararlarda rastlamadım. Ancak burada bu noktaya açıklık kazandıracak bir düzenleme getirilmesi uygun olur.

11. Hakemlerin Maddî Hukuk ile Bağlılığı

Tasarı'nın tahkim ile ilgili diğer bazı hükümleri de tartışma konusu yapılabilir.

Ancak, usûlün amacı, sosyal niteliği ve tahkim yargısını temelini taraf iradelerine dayalı olması hususları dikkate alındıkta kanaatimce en önemli mesele hakemlerin maddî hukukla bağlılığı meselesidir.

Tasarı'nın bu konudaki tavrını m. 443'ün gerekçesi belirlemektedir:

"Maddenin birinci fıkrasında, hakem kararına karşı ancak yetkili mahkemede iptal davası açılabilceği hükmü altına alınmıştır.

İkinci fıkrada, tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usûlü, taraf serbestisine bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusunda, uzman kişilerin

hakem seçilmesi sureti ile var olduğu düşünülen riskin de ortadan kaldırılması imkanı taraflara tanınmıştır."

Anlaşılacağı üzere Tasarı müellifleri hakemlerin maddî hukuk ile bağlı olmadıklarını, tahkim sözleşmesinde hakemlerin maddî hukuk ile bağlı olacakları ön görülmüş olsa bile, bunun bir etkisinin olmayacağı, bu riski almak istemeyenin tahkime başvurmaması gerektiğini ifade etmektedirler.²⁴

Tasarı yazarlarının, bir yandan tahkimin taraf iradelerine dayandığını kabul edip diğer yandan, tarafların iradelerini hiçe sayan bir sonuca varmaları, zannedirim mensubu bulunduğumuz hukuk ailesinin hiç birinin kanununda bulunmadığı gibi bu unique görüş model kanunlarda da yer almamış, tam tersine hakemlerin maddî hukukla bağlılıkları esas kabul edilmiştir.

Bu konu bu tebliğin hudutları içinde bütünü ile ele alınmaz. Ancak yukarıda belirttiklerimin bir teyidi olarak, bazı düzenlemelere kısaca ve mealen değinmek yararlı olacaktır.

a. Uncitral Model Kanunu'nun (1985) 28. maddesi, "*Hakem Mahkemesi*"nin, taraflarca ihtilâfen esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk kurallarına uygun olarak karar vereceğini, taraflarca bu yolda bir seçim yapılmamış olması hâlinde, tahkim mahkemesinin uygulanabilir bulduğu kanunlar ihtilâfî kurallarının belirlediği hukuku uygulayacağını, "*Hakem Mahkemesi*"nin sadece tarafların yetki vermesi hâlinde hakka-niyet ve nasafet kurallarına göre veya amiable compositeur olarak karar verebileceğini ön görmektedir.

Model Kanun'un 34. maddesi ise hakem kararlarına karşı iptal davası açılabileceğini öngörmekte ve (tarafların anlaşmasının bu kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması kaydı ile) tahkim mahkemesinin kuruluşunun veya tahkim usûlünün tarafların anlaşmalarına uygun olmadığını veya bu yönde bir anlaşmanın olmaması hâlinde, bu Kanun hükümlerine uygun olmaması hâlini bir iptal sebebi olarak düzenlemiştir.

²⁴ Bu gerekçenin, komisyonun bütün üyelerince paylaşıp paylaşılmadığını bilmiyorum.

b. Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO) 10. kitabı, iç ve Milletlerarası tahkimi düzenlemek üzere ve UNCITRAL Model Kanunu (1985) esas alınarak 1997 yılında bütünü ile değiştirilmiştir. ZPO § 1051, hakem mahkemesinin taraflarca ihtilâfın esasına uygulanmasında mutabık kalınmış bulunan hukuk kurallarını uygulayacağını, taraflar arasında böyle bir anlaşma olmaması hâlinde, ihtilâf konusuna en yakın irtibatla bulunan devletin kanununun uygulanacağını, "*Hakem Mahkemesi*"nin ancak tarafların bu konuda sarîh anlaşmalarının bulunması durumunda nasafete göre karar verebileceklerini düzenlemektedir. ZPO § 1059/II 1 ise "*Hakem Mahkemesi*"nin kurulmasının veya tahkim yargılamasının 10. kitap veya tarafların geçerli anlaşmalarına aykırı olması ve bu hususun hükmü etkilemiş bulunması hâlini bir iptal sebebi olarak düzenlemiştir.

c. Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nda da UNCITRAL Model Kanun'u örnek alınarak ve Alman modeli hemen kelimesi kelimesine takip edilerek kabul edilen²⁵ yeni tahkim düzenlemesindeki²⁶ hükümleri şu şekilde özetleyebiliriz:

İhtilâfın esasına uygulanacak hukuk tarafların anlaşmış oldukları hukuktur. Avusturya Usûl Kanunu'nun yeni tahkim hükümleri itibariyle Model Kanun ve Alman ZPO'sundan ayrıldığı nokta, tarafların bu Kanun'u tespit etmemiş olmaları hâlinde, esasa uygulanacak Kanun'un "*Hakem Mahkemesi*" tarafından seçileceğidir.

Ancak hakemlerin hakkaniyete göre hüküm verebilmeleri, Model Kanun ve Alman Usûl Kanunu hükmüne paralel olarak, tarafların "*Hakem Mahkemesi*"ni sarîh olarak yetkili kılmış olmalarına bağlıdır.

"*Hakem Mahkemesi*" kararlarına karşı iptal davası düzenlemesi ise Model Kanun ve Alman ZPO § 1059 hükmüne paralel bir düzenleme getirmiştir.

²⁵ Rechberger W.H., Das neue österreichische Schiedsrecht, Zeitschrift für Zivilprozess 2006/3 s. 261 ve son.

²⁶ 1.7.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

UNCITRAL Model Kanunu birçok ülke tarafından örnek alınmış ve kanunlarındaki tahkime ilişkin hükümler bu yönde değiştirilmiştir.^{27, 28}

İhtilâfın esasına uygulanacak kanun bakımından Model Kanun'da ve onu takip eden ülke kanunlarında kabul edilen sistem, benim 1973'de yayınlanan bir çalışmamda²⁹ savunduğum sistemle paralellik göstermektedir. Bu paralelliğin temelinde tahkimin bir yargı olduğu anlayışı yatmaktadır.

Yargıtay'ın, tarafların tahkim sözleşmesinde hakemlerin maddî hukuku uygulamaları sarahatini getirmelerine rağmen hakemlerin maddî hukukla bağlı olmayacakları ve bu hususun temyiz denetimine tâbi olmayacağı yolundaki görüşü reddeden "*İçtihadî Birleştirme Kararı*"nın temeli de buna dayanmaktadır.³⁰

²⁷ Bunlar arasında, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Bahreyn, Bangladeş, Belarus, Bulgaristan, Kanada, Şili, Hong-Kong özel yönetimi, Kıbrıs, Mısır, Almanya, Yunanistan, Guetemala, Macaristan, Hindistan, İran, İrlanda, Japonya, Ürdün, Kenya, Litvanya, Madagaskar, Malta, Meksika, Yeni Zelanda, Nijerya, Norveç, Paraguay, Peru, Filipinler, Polonya, Kore, Rusya Federasyonu, Singapur, İspanya, Sri Lanka, Tayland, Tunisia, Ukrayna, İngiltere, USA içinde, California, Connecticut, Illinois, Oregon ve Texas, Zambia ve Zimbabve gibi ülkeler vardır, tam liste için bkz., http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

²⁸ Bilindiği gibi İsviçre'de hâlen kantonal nitelikte olan medenî usûl kanunları yerine federal bir usûl kanunu kabulü prosedürü başlamıştır (bkz., Alangoya, *İsviçre Federal Usûl Kanunu'na Doğru, Prof. Özel Seliçi'ye Armağan*, 2005 s.) 2006'da yaymlanan geliştirilmiş Tasarı'ya göre, Hakem Mahkemesi

- a. Taraflarca tayin edilmiş olan hukuk kurallarına
- b. Taraflarca yetkilendirilmiş iseler hakkaniyet kurallarına göre hüküm verirler Art. 379.

Bir seçme veya yetkilendirme mevcut değil ise, devlet mahkemesinin uygulayacağı hukuk kurallarına göre hüküm verirler.

Hakem kararlarının, dosyadaki vakıa tespitlerine, Kanuna ve hakkaniyet kurallarına açık aykırılığı iptal sebebi olarak kabul edilmiştir, Art. 391/f.

²⁹ Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, 1973 s. 153-191.

³⁰ İBK 28.1.1994 4/1 RG 13.4.1994, 21904.

Türk doktrininde hâla, taraflar aksini kararlaştırmış olsalar da hakemlerin maddî hukuku uygulamak zorunda olmadıkları, bu hususun denetime tâbi olamayacağı görüşü savunulmaktadır ve Tasarı'nın başta belirttiğimiz gerekçesi de bu görüşün tekrarıdır.

İleride bu konuya yeniden dönme ve daha etraflı inceleme yapma hususunu saklı tutarak, burada sadece gerekçedeki anlayışın, tahkim müessesesinin gelişmesine büyük darbe vuracağından, tabir caiz ise kişileri bu yola müracaattan alıko-yacağından, "*Lass dich in kein Kompromiss, du verlierst die Sach gewiss*"³¹ deyişini Türk Tahkim Hukuku için kuvvetle gündeme getireceğinden endişe duyduğumu ifade etmek istiyorum.³²

III. Sonuç

Bu bildirinın konusu itibariyle bir sonuca bağlanması ancak çok genel bir beyanda bulunmakla mümkün olabilir. Kanaatimce çağdaş gelişmeler dikkate alındıkta Tasarı, medenî usûlün amacı ve sosyal karakteri açısından cesaret verici değildir ve yer yer HUMK düzenlemelerinin gerisinde kalmıştır.

³¹ "Tahkim yoluna gitme, davayı kaybedeceğin muhakkaktır" Bkz., Bornhak, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Recht, Zeitschrift für zivilprozess 30 s. 17.

³² Gerek Tasarı gerek 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin gerekçedeki bu anlayışı ne derece desteklediği ayrı bir meseledir ve üzerinde ayrıca durulması gereklidir.

İKİNCİ OTURUM
8 Eylül 2006 (Öğleden Sonra)

Oturum Başkanı
Yurdaer ÖZDİLEK
(Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı)

Tebliğ Sunanlar

Prof. Dr. Baki KURU
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emk. Öğretim Üyesi)
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel
Değerlendirme

Prof. Dr. Bilge UMAR
(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı

1. BÖLÜM

1. Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Baki KURU

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi)

Sunucu: Bu oturumda sunumlarını yapmak üzere, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Baki Kuru'yu arz ederim.

Yurdaer ÖZDİLEK (Oturum Başkanı): Sayın katılımcılar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın değerlendirilmesiyle ilgili toplantımızın öğleden sonraki ilk oturumunu açıyorum.

Öncelikle bu toplantıyı düzenleyenlere içten teşekkürlerimi sunuyorum. Bilindiği gibi, bu toplantılardan tüm katılımcılar büyük yararlar sağlar. Dolayısıyla bundan sonra da bu toplantıların devamını yürekten diliyorum.

Şimdi, öğleden sonraki ilk değerlendirmeyi yapmak üzere, Sayın Hocam Prof. Dr. Baki Kuru beyefendiye sözü bırakıyorum.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Baki KURU: Sayın Başkan, sayın meslektaşlarım, konumuz yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı. Tasarı'ya bakmadan ismini söyleyemiyorum; çünkü isim tamamen yeni, yani alışmadığımız bir isim. Onun için, önce Kanun'un ismiyle başlamak lâzım. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu kullanıldı, burada nedense çoğul hâle gelmiş: Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

Dikkat ettim, Tasarı'nın ne metninde ne gerekçesinde, hiçbir yerinde -gerekçesinde tabii- Hukuk Muhakemeleri Kanunu demiyor, Usûl Kanunu diyor, Medenî Usûl Kanunu diyor. Burada bir noksanlık var gibi geliyor bana. Usûl kelimesi olmadan bir usûl kanunu isimlendirilemez. Onun için, Kanun'un ismi, "*Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu*" olmalı.

Usûl kelimesi olmazsa, usûl kanunu olduğu anlaşılmaz.

"*Medenî Usûl Kanunu*" demek daha Türkçe olur.

Nitekim, gerekçede bu terim kullanılmış (s. 171, m. 35 gerekçesi).

Gerekçede Alman, Avusturya, Fransız, Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu deniyor (s. 144, s. 178, s. 260).

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu gibi, Medenî Yargılama Usûlü Kanunu da denebilir.

Her hâlde, "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*" ismi, noksan bir isim.

Ceza Muhakemesi Kanunu ismindeki "*muhakemesi*" tekil olduğu hâlde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ismindeki "*muhakemeleri*" kelimesinin çoğul kullanılması nedenini de anlayamadım.

A. Tasarı'nın Tümü Hakkındaki Görüşüm Olumlu

Tasarı, yeni Medenî Kanun'dan daha fazla yeni hükümler içeriyor.

Yeni hükümler, muhafaza edilen eski hükümler ile uyum içinde, orijinal bir sistem içinde düzenlenmiş.

Tasarı'nın ilk maddesi ile son maddesi arasında çok iyi bir uyum var.

Bu hâli ile Tasarı ve gerekçesi, sanki bir kalemden çıkmış izlenimi veriyor.

Gerekçe de iyi; sadece, maddenin tekrarı ile yetinilmemiş, her maddenin gerekçesi, gerçekten madde hükmünü açıklayıcı netlikte (gerçek bir gerekçe).

Tasarı'yı hazırlayan komisyonun başkan ve üyelerini, başarılarından dolayı kutluyorum.

Maddelerin gerekçesinde, 1086 sayılı Kanun'un ilgili maddesi zikredilmiş. Bu durum, eski metin ile yeni metni karşılaştırmayı kolaylaştırıyor.

Bazen bu ihmâl edilmiş, "1086 sayılı kanundaki ilgili hüküm" denilmiş (s. 243, 244, 247, 251, 252, 253). Bu, karşılaştırmayı zorlaştırıyor.

Tasarı'nın dili, (iyi, güncel ve akıcı; s. 140) anlaşılır öz Türkçe. Bazen, Arapça kelimelere yer verilmiş: tevali (s. 20, s. 219), zanaat (s. 72 m. 274/b 274). Bunlar düzeltilabilir.

B. Esasa İlişkin Değerlendirme

Tasarı'nın birçok olumlu yönü var, onlara sadece satırbaşlarıyla değineceğim. Kanımca, olumsuz olan veya eleştirilebilecek hükümler üzerinde daha ayrıntılı duracağım:

I. Tasarı'nın Olumlu Yönleri

- Yargılamaya hâkim olan ilkeler (m. 30-39)
- Aslî müdahale (m. 71)
- Dava çeşitleri (m. 111-118)
- Dava şartları (m. 119-120)
- Avans ödenmesi (m. 125)
- Ön inceleme (m. 142-147)
- Ön sorun ve bekletici sorun (m. 167-169)
- Çekişmesiz yargı (m. 386-392)
- Sözlü ve seri yargılama usûllerinin kaldırılmış olması (s. 150), (aynı gerekçe ile, basit usûl de kaldırılabilir; bkz., aşa. no. 26).
- Derdestliğin dava şartı olması (m. 119/1-ı; s. 212)
- Adli yardımdaki yerlilikler (m. 327 vd.)

Bu konuşmada değinmediğim değişiklikler hakkındaki kanaatim de, ilke olarak olumlu. Ayrıntılarda katılmadığım hususlar olabilir; fakat bunlara (ayrıntılara) ayrı ayrı değinmek, çok zaman alacağından, bunlara değinmeyeceğim.

Şimdi, olumsuz bulduğum hususları (ilkeleri) belirteceğim:

II. Tasarı'nın Olumsuz Yönleri (eleştiriler)

1. Sulh-Asliye Mahkemesi Ayırımı Kaldırılmalı

Sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama usûlü uygulanır ve bu usûlde davaların daha çabuk sonuçlanması gerekir. Oysa, uygulamada basit yargılama usûlü ile yazılı yargılama usûlü arasında önemli bir fark yapılmamakta ve bu nedenle sulh mahkemelerinde de davalar uzun sürmektedir. Bu nedenle, hüküm mahkemelerinin sulh ve asliye hukuk mahkemesi olmak üzere ikiye ayrılmış olmasının önemli bir faydası olmamaktadır. Bilâkis, asliye-sulh hukuk mahkemeleri ayırımının, birçok görev uyuşmazlığına sebep olarak, davaları daha da uzatmak gibi önemli bir sakıncası da vardır. Bir misal:

Kira bedelinin tespiti davalarında görevin aylık kiraya göre tayin edileceğini belirten 7.7.1965 günlü İçtihadı Birleştirme Kararı üzerine, asliye hukuk mahkemeleri binlerce kira bedelinin tespiti davası hakkında görevsizlik kararı verdi. Yani, asliye mahkemeleri bu davalarla o zamana kadar boş yere uğraşmış oldu. Bu ise, o davaların hem daha geç karara bağlanmasına neden oldu, hem de asliye mahkemelerini boş yere işgâl ettiği için asliye mahkemelerindeki diğer davaların daha çabuk görülmesini engelledi.

Uygulamada asliye ve sulh hukuk mahkemelerinde uygulanan yargılama usûlleri arasında önemli bir fark yapılmadığı için, sulh-asliye hukuk mahkemeleri ayrımı faydalı değil, bilâkis yukarıdaki misalde de görüldüğü gibi, sakıncalı olmaktadır. Bu sakıncadan dolayı, sulh-asliye hukuk mahkemeleri ayrımını terk edip, "tek bir hüküm mahkemesi" sistemini benimsemek düşünülebilir. Bu hâlde, tek hüküm mahkemesi, görev itirazları ve görevsizlik kararları ile boş yere vakit kaybetmeyecek ve davalar da o oranda daha çabuk sonuçlanacaktır.

1974 yılında hukuk mahkemeleri tarafından verilen 241.209 adet kararın 4.622 adedi görevsizlik kararıdır. Yani, bir yıl içinde verilen kararların yüzde ikisi görevsizlik kararıdır. Şu hâlde, sulh-asliye hukuk mahkemeleri ayrımı terk edilip, tek bir hüküm mahkemesi sistemi benimsenirse, davalar en azından yüzde iki oranında daha çabuk sonuçlandırılabilir.

Sulh hukuk mahkemesi-asliye hukuk mahkemesi ayrımı kaldırılarak tek bir hüküm mahkemesi sisteminin benimsenmesi, bugünkü büyük hâkim açığının azalmasını da sağlayacaktır.

Aşağıda belirtileceği gibi, basit usûl ile yazılı usûl arasındaki farklar daha azalmış (aşa. no. 26).

Hâkim yardımcılığı tavsiye ediliyor (s. 147).

Sulh hukuk mahkemesinin bazı basit işlere ilişkin görevlerini hâkim yardımcısı (gerekçe s. 147) yapsın, kararına karşı istinaf yoluna başvurulsun; tıpkı idare (vergi) mahkemesinin tek hâkimle karar vermesi ve kararına karşı bölge idare mahkemesinde itiraz edilmesi gibi.

hâkim yardımcısı : vesayet makamu

hâkim : denetim makamu olabilir.

Asliye-sulh mahkemesi ayrımının kaldırılması, gerekçe s. 140' da tartışılmış ise de, kanımca, gerekçe doyurucu değil.

2. Görev

Kamu düzenindedir (m. 1). Ancak, bu husus, davaların uzamasına sebep olamamalıdır; şöyle ki:

Sulh-asliye hukuk mahkemesi ayrımı muhafaza edilecek olursa, "görevsizlik kararları" ile davaların uzamasını önlemek için şöyle bir sistem benimsenebilir: Mahkeme görevsiz olduğunu ancak ilk duruşmanın sonuna kadar re'sen nazara alabilmeli ve taraflar da ancak ilk duruşmanın sonuna kadar görev itirazında bulunabilmelidir. Başka bir deyimle, mahkeme, görevli olup olmadığını, en geç ilk duruşmada incelemeli, görevsiz olduğu kanısına varırsa dava dosyasını re'sen görevli mahkemeye göndermelidir.

Mahkemenin görevsizlik kararı temyiz edilememeli, dosya kendisine gönderilen mahkeme (görevsiz olduğu kanısına varsa bile) davaya bakmaya mecbur olmalı, ancak davayı görevsizlik kararını vermiş olan (ilk) mahkemenin tâbi bulunduğu yargılama usûlüne göre inceleyip karara bağlamalıdır.

Bir "davaya görevsiz mahkemece bakılmış olması yalnız başına bir bozma sebebi teşkil etmemelidir" (TK m. 5, III'teki gibi). Yargıtay, hükmü başka sebeplerden dolayı bozarsa, bozma üzerine davayı görevsizlik kararını vermiş olan ilk mahkemeye göndermelidir.

Mahkeme, gerek re'sen yaptığı inceleme, gerekse tarafların itirazı üzerine (fakat-en geç ilk duruşmada) görevli olduğuna karar verirse, bu karar da kesindir (çünkü, nihaî karar değildir). Yargıtay, asıl hükmü incelerken, mahkemenin görevli olmadığı kanısına varırsa, yalnız bu nederle hükmü bozamamalı, hükmü başka sebeplerden dolayı bozarsa, o zaman dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar verebilmelidir.

Kamu düzeni ilkesi ve görevin dava şartı olması, çok katı uygulanmamalı. Hiç değilse, 1086 sayılı HUMK'nun 7. maddesinin son fıkrası hükmü muhafaza edilmelidir.

3. Yetki Sözleşmesi

a. Münhasır Yetki Sözleşmesi (m. 22)

Tacirler ve kamu tüzel kişileri için öngörülmüş.

Bu hüküm, Alman ZPO § 38/1'den alınmış. Almanya'da münhasır değil gibi.

Kanımca, münhasır yetki sözleşmesi, kanunen yetkili mahkemeye veya mahkemelere güvensizlik ifade eder; bu nedenle, kamu düzenine aykırı düşer (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, I. Cilt 2001, s. 566 vd.).

Münhasır yetki, kesin yetki mi oluyor? İlk itiraz (m. 25/2; m. 121/a) değil mi?

Başlangıçta, sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapabileceği (m. 22) düşünülmüş:

"Bu kısımda yeni olarak, yetki sözleşmelerinin sadece tacirler ile kamu tüzel kişileri arasında yapılabilmesi kabul edilmiştir. Böylelikle tacir olmayan kişilerin korunması amaçlanmıştır. Çünkü, sözleşmelerde, genellikle güçlü olan taraf, diğer tarafa yetkisiz mahkemeyi yetkili hâle getiren yetki sözleşmesini kabul ettirebilmektedir" (s. 144).

Fakat, daha sonra m. 23 hükmünün de kabul edildiği anlaşılmaktadır:

b. Diğer Kişiler Arasındaki Yetki Sözleşmesi (m. 23)

23. maddeye göre, *“tacirler ile kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler”*, münhasır olmayan yetki sözleşmesi yapabilirler.

Ancak, gerekçede *“bir tacir veya kamu tüzel kişisi ile, tacir olmayan bir gerçek veya tüzel kişi, örneğin bir gerçek kişi tüketicisi, aralarında yetki sözleşmesi yapabilirler”* denilmektedir (s. 166).

Bu durumda, *“iltihakî sözleşmelerle ... tüketiciler satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak, şirket tarafından konulan yetki şartını kabul etmek zorunda”* (s. 165) kalmıyor mu?

Kanımca, m. 22 ve m. 23 hükümlerine gerek yoktur. Hiç değilse, daha zayıf konumda olan kişileri (meselâ tüketicileri) daha güçlü olan tacirlere ve kamu tüzel kişilerine karşı korumak için, m. 23 hükmünü Tasarı'dan çıkarmak gerekir.

4. Hâkimin Hukukî Sorumluluğu (m. 52 vd.)

Doğrudan devlete karşı tazminat davası açılması ilkesi benimsenmiş. Ancak:

Hâkimlerin, Anayasa m. 40/3 ve m.129/5 anlamında *“resnû görevli”* veya *“menur ve diğer kamu görevlisi”* olup olmadığında tereddüt edilebilir.

Aleyhine tazminat davası açılan devlet, diğer kamu görevlilerinden, olay hakkında bilgi isteyebilir. Anayasa m. 138/3 nedeniyle, devletin hâkimden bilgi isteyip isteyemeyeceğinde tereddüt edilebilir.

Devlet, tazminat davasını hâkime ihbar edebilir mi? Hâkim, devlet yanında, tazminat davasına müdahâle edebilir mi?

Hâkim lehine tazminatın (HUMK m. 576/2) kalkması, hâkimi ret sebebi (m. 42/d) yapabilmek için, gereksiz tazminat davaları açılmasına (tazminat davası sayısının artmasına) neden olabilir.

Hakkı yerine getirmekten kaçınmış sayılabilmesi için, hâkime ihtarname çekilmesi şartı (HUMK m. 574/2) muhafaza edilmeli.

Ayrıca, hakkı yerine getirilmeden kaçınmayı tanımlayan (HUMK m. 574/1) hükmü de muhafaza edilmeli. Aksi hâlde, Ceza Kanunu'ndaki ihkakı hak kavramına başvurulur.¹

Devletin, hâkimine karşı rücu davası açması (m. 52/3), yani hâkimi ile davalı olması yadırganacak bir durumdur.

Danıştay başkan ve üyelerimin davranışlarından dolayı da Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir: “*Yargıtay Başkan ve üyeleri ile, kanunen onlarla aynı konumda bulunanlar*” (m. 53/1; gerekçe s. 176).

Bölge İdare mahkemesi hâkimleri, m. 53/1'de yok; (m. 53 muhafaza edilecekse) ilâve etmek gerekir.

5. Avukat ile Temsil Zorunluluğu (m. 77)

Bu konuda tereddütlerim var: Adli yardım yeterli olmayabilir.

Avukat olmayan yerlerde nasıl uygulanacak?

Az (meselâ 3) avukat olan yerlerde çok zor işler.

O yerdeki az sayıdaki avukatlar, diğer tarafın vekâletini alma yasağından (AK m. 38/b; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, I. Cilt 2001, s. 810 vd) dolayı, zor durumda kalabilirler.

¹ Eski TCK m. 231'deki “ihkakı haktan istinkaf” suçu, yeni TCK'da yok. Geriye, sadece, Anayasa m. 36, II hükmü kalıyor.

50.000 liralık sınır çok az.

Tasarı m. 77'deki istisnalar arasına tüketici (hattâ aile) mahkemelerini de dahil etmek uygun olur.

Başlangıç olarak, yalnız Yargıtay'da (Yüksek mahkemelerde) düşünülebilir.

6. Sürelerin Bitimi (m. 98)

HUMK m. 161 gibi düzenlenmiş.

Tebliğ veya tefhim edildiği gün hesaba katılmaz yerine, "ilk gün hesaba katılmaz" denilmeli. İİK m. 19,1 öyle. Mehaz Neuchâtel m. 136 da öyle.

Sebebi: Hukuk Genel Kurulu, (yeni bir kararında) HUMK m.193'teki on günün hesabında, TK m. 5'deki gönderme kararının "tefhim" tarihinin (yani, tefhim edildiği günün), 10 günün hesabına dahil olduğuna karar verdi. Bu görüşe katılmıyorum; çünkü:

HUMK m. 193/3 hükmüne göre, on günlük süre, görevsizlik kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren işlemeye başlar. Buna uygun olarak, 11.10.1976 tarihli İBK ile, HUMK m. 193/3'teki on günlük sürenin, tefhim edilen gönderme kararı hakkında gönderme kararının verildiği tarihten itibaren başlayacağı kabul edilmiştir. Buradaki "kesinleşmesi tarihinden" veya "verildiği tarihten itibaren" deyiminin nasıl anlaşılması gerektiğini, süreler hakkındaki genel hükme göre belirlemek gerekir. Bu genel hüküm, HUMK m. 161/1 hükmüdür. Bu hükme göre ise, müddet gün olarak tayin edilmiş ise, tefhim edildiği gün hesaba katılmaz.

Yani, HUMK m. 161/1 hükmünü, "gün ile tayin olunan müddetlerde ilk gün hesaba katılmaz" şeklinde anlamak ve Tasarısı m. 98 hükmünü, bu şekilde düzenlemek gerekir. Nitekim, İİK'nun 19/1 maddesi bu şekildedir.

Bütün süreler, tebliğ veya tefhim ile işlemeye başlamaz; meselâ, HUMK m. 109 ve 168/1 gibi.

7. Tespit Davası (m. 112)

Daha önce belirttiğim gibi, düzenlenmesi iyi olmuş.

Yalnız, tarifteki (m. 112/1) “bir hakkın veya hukukî ilişkinin” deyimindeki “hakkın veya” kelimeleri fazla. Çünkü, “hak” daima bir hukukî ilişkiye dayanır.

Bu hükmün mehzazı olduğu anlaşılan Alman ZPO § 256’da da, yalnız “hukukî ilişki” (Rechtsverhältnis) denilmekte. Uygulama da, bu şekildedir (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, I. Cilt 2001, s. 1409 vd.; özellikle s. 1411-1412, 1425’deki Yargıtay kararları).

8. Grup Davası (m. 118)

Yeni bir kurum. Gereğesinin (s. 210) daha ayrıntılı olması gerekir. “Kolektif hukukî himaye” (s. 212) muğlak.

Dernek, üyelerinin haklarının tespiti için dava açtı, kaybetti. Bu ret kararı, üyeler için kesin hüküm teşkil edecek mi?

Sendikalar K. m. 32/3 teki davalar da grup davası mı? (karş: Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, I. Cilt 2001, s. 1176 vd., s. 1180).

9. İlk İtirazlar (m. 121)

Azaltılmış. Özellikle, derdestliğin dava şartı olması iyi.

Ayrı mahkemelerdeki davaların birleştirilmesinin her zaman istenebilmesi (m. 170/2; s. 233), davaları uzatır. Eskisi gibi, ilk itiraz olmalı (kalmalı). İlk itiraz olarak ileri sürülmez ise, gerekirse bekletici sorun yapılır (bkz., ayrıca: aşa. no. 16).

M. 121/c’deki “iş bölümü” açık değil. Bundan birden fazla asliye hukuk mahkemesi arasındaki işbölümü de anlaşılabilir. Gereğedeği (s. 214) gibi, “ticaret mahkemeleri ile diğer (asliye) hukuk mahkemeleri arasındaki iş bölümü itirazı” denilmeli.

10. Dava(nın) Açılması

a. Davanın açılma zamanının yönetmeliğe bırakılmasında tereddüdüm var (m. 123).

HUMK m. 178'deki gibi, ilke belirtilmeli, bilgisayar vs. Yönetmeliğe bırakılmalı (Yönetmelik m. 18/a,II gibi).

b. m. 124/1-e ve f, delillerin hasrı mı?

Yemin teklifi gene hatırlatılacak mı?

m. 124/2'de tarafların (özellikle davalının) adı (b) ve davanın kimlik numarası (c) sayılmamış. Dilekçede bunlar ek-sik ise ne olacak?

Dava dilekçesinde kanunî noksanlık bulunması, ilk itiraz olmaktan çıkarıldığına göre, mahkeme, tamamlanması için (yedi günlük) kesin süre vermeden, dilekçeyi ret mi edecek (davayı açılmamış mı sayacak)?

c. Belgeler (örnekleri) dava dilekçesine eklenmemiş (m. 126) ise, ne olacak?

HUMK m. 180,II gibi bir hükme ihtiyaç var (veya, Tasarı m. 124/2 gibi). Tasarı m. 145/5'te var gibi?

Bir de, (burada belki de ayrıntı gibi göreceksiniz) dava dilekçesini acaba -basit yargılama usûlünde yapıldığı gibi- bir forma bağlayabilir miyiz? Çünkü, dava dilekçeleri, uygulamada görüldüğü gibi, çok karışık. Neyin nerede olduğunu bulmak için arıyorsunuz. Yani, dava dilekçesi için, bir sıralama koysak, bir de -eskiden vardı (HUMK m. 179/3) fakat Tasarı'da yok- davacı, dava dilekçesinde, sıra numarası altında vakıaları açıklasa daha iyi olur. Davalı da, cevap verirken, aynı sıra numarasına göre cevap vermek zorunda olmalı. Cevaba cevapta ve ikinci cevapta da aynı yol izlenmelidir. Yoksa, bugünkü uygulamada olduğu gibi, davacı ile davalı birbirine teğet konuşuyorlar. Yani, davacı dava dilekçesinde "*taraflar arasında şöyle bir sözleşme vardır*" diyor. Davalı, hiç oraya değinmiyor. Böylece, dava konusu olay daha başlangıçta muğlak hâle geliyor. Oysa

davacı ve davalı aynı sıra numarası altında açıklama yapsalar ve birbirlerine cevap verseler, hâkimin işi çok kolaylaşır. Böyle bir durumda ön inceleme çok daha kolaylaşır. Onun için, cevap dilekçesinde de davalı, dava dilekçesindeki vakıaların her biri hakkında aynı sıra numarasıyla cevap vermelidir. HUMK'nun 200. maddesinin birinci bendinde vardı bu, o da çıkmış. Neden? Onun nedenini de mutlaka yazmak lâzım. Bu sistemi benimsemediğiniz için mi, yoksa unutmama mı var? Bunun, dava dosyasının hâkim tarafından incelenmesini büyük ölçüde kolaylaştıracağını tekrar vurgulamak istiyorum.

11. Cevap Dilekçesi (m. 131 vd)

HUMK m. 200/1'deki gibi, "*davalı, dava dilekçesindeki vakıaların her biri hakkında (aynı sıra numarası ile) cevap vermeli*".

Tasarı m. 134/d bu şekilde düzeltilmeli.

Davalı, ilâve vakıalar ileri sürüyorsa, bunları, (dava dilekçesindeki vakıaları aynı sıra numarası ile cevaplandırdıktan sonra) ek numaralarda belirtmelidir.

Davacı da, cevaba cevap dilekçesinde, aynı sıra numarası ile cevap vermelidir (m. 141).

Aynı şekilde, davalı da, ikinci cevap dilekçesinde, davacının cevaba cevap dilekçesindeki sıra numarasına göre ikinci cevaplarını yazmalıdır (m. 141).

Bu şekilde, mahkemenin incelemesi (özellikle, ön incelemesi; m. 142 vd.) çok kolaylaşır (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, II. Cilt 2001, s. 1779).

Bu nedenle, davalı, aynı sıra numarası ile cevap vermemiş ise, hâkim, Tasarı m. 135'e göre 7 günlük kesin süre vermeli.

Hele, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde iddia ve savunma genişletilebileceğinden (m. 144, 146), cevapların aynı sıra numarası ile verilmesi kesin bir zorunluluktur.

Basit yargılama usûlündeki gibi (m. 321/3), taraflar üçüncü defa dilekçe verememeli. Böylece, dosyanın gereksiz yere kabarması önlenmiş olur. Tasarı'nın sisteminin de bu olduğu anlaşılmaktadır.²

Tasarı m. 188'de, HUMK m. 375'teki lâyiha verebilme dahi kabul edilmemiş. Bu hususu, bir maddede açıkça belirtmek gerekir (bkz., aşa. no. 18).

Tasarı. 135'te, m. 134/d ve (e) sayılmamış; cevap dilekçesinde bunlar eksik ise ne olacak?

12. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi

Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinde serbest (m. 144, m. 146/1).

Ön inceleme aşamasında ise, karşı tarafın "açık muvafakattı" ile (m. 146/1).

"Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra" mümkün değil (m. 146/1, son cümle). Karşı tarafın açık muvafakattı ile de mümkün değil gibi. İslah yolu ile mümkün gibi (m. 146/2; m. 180).

İslah ile zamanaşımı ileri sürülebilir mi? Yargıtay 3 ve 4. Hukuk Daireleri, davalının ıslah yolu ile zamanaşımı def'inde bulunamayacağına karar vermektedirler.

Buna karşılık, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, davalının, ıslah yolu ile zamanaşımı def'inde bulunabileceğine karar vermiştir. Kanımca, 11. Hukuk Dairesi'nin görüşü Kanun'a daha uygundur (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, IV. Cilt 2001, s. 3967 vd).

Burada bir anımı nakletmek isterim: Sayın Selçuk Öztekin hatırlayacaktır, bundan 20-25 sene önce, Neuchâtel hukukçu-

² Fakat, iddia veya savunmanın genişletilmesi için, yeni dilekçe verilebileceği anlaşılmaktadır (m. 146/1; s. 224).

ları İstanbul'a geldiler. Ne vesile ile geldiler? Basketbol veya voleybol maçı için gelmişler.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Basketbol maçı için....

Prof. Dr. Baki KURU: Evet basketbol takımları varmış. Fakat, aralarında hukuk profesörleri var, bir de Türk hukukçusu var. Benim talebemmiş, bana telefon etti: "*Hocam, Neuchâtel hukukçuları, basketbol maçı için İstanbul'a geldiler. Onlara, bir konferans verdirelim*" dedi. Ben de olur dedim.

İstanbul Hukuk Fakültesi'nden rahmetli Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay, İstanbul Baro Başkanı idi; ona telefon ettim ve İstanbul Hukuk Fakültesi'nde Neuchâtel Usûl Kanunu hakkında bir konferans verdirelim dedim.

Rahmetli Tekinay dedi ki, "*iyi amma, Baki Bey, tercüme için, Fransızca bilen usûlcüyü nereden bulalım?*" Ben de, Marmara Hukuk Fakültesi'nde, Usûl Asistanı Dr. Selçuk Öztek var, O'ndan rica ederiz dedim. Selçuk Öztek, ricamızı kabul etti, konferansı çok iyi tercüme etti. Rahmetli Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu da oturum başkanı idi. Bir soru yönelttim Neuchâtel'li Profesöre. Soruyu Fransızca sordum, dedim ki: "*İslahî yoluyla zamanaşını ileri sürülebilir mi?*" O da duymadı galiba, rahmetli İlhan Bey duydu, bana "*bu sorunu yok farz ediyorum; böyle saçma soru sorulmaz. Senin usûl hukukçusu olduğunu duyunca daha da şaşıracak adam*" dedi. Dedim ki: "*Hocam, siz de şaşıracaksınız amma, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, yeni bir kararında, islah yolu ile zamanaşını def'inin ileri sürülemeyeceğine karar verdi*" dedim. İlhan bey, bu yeni kararı görmemiş (duymamış), "*ya, öyle mi? o zaman sor, sor*" dedi. Sordum, bu sefer şaşırma sırası Neuchâtel'li hukuk Profesörü'ne geldi; "*gayet tabii ileri sürülebilir, onun için zaten islah müessesesi var*" dedi. Bizde hâla, bu konuda, Yargıtay 3 ve 4. Hukuk Daireleri ile 11. Hukuk Dairesi arasında içtihat uyumsuzluğu var. Bu nedenle, bugünkü oturum başkanımız olan, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Sayın Başkanı'na sormak istiyorum: Bu konuda içtihadı birleştirme yoluna gidilemez mi?

Oturum Başkanı: Tavsiyenizi dikkate alacağım.

Prof. Dr. Baki KURU: Şimdi, bu hususu (ıslah yolu ile zamanlaşımı def'inin ileri sürülemeyeceğini) hiç değilse Tasarı gerekçesinde açıklayalım, belki faydalı olur.

13. Ön İnceleme (m. 142-147)

Yukarda belirttiğim gibi, olumlu bir düzenleme.

İstinaf ve temyiz aşamasındaki ön incelemeden (s. 148, Tasarı m. 356, m. 370) ve hattâ idari yargılama usûlündeki ilk incelemeden (İYUK m. 14-15) daha kapsamlı.

Ancak, ön incelemenin gereği gibi yapılabilmesi; özellikle (hâkimin) uyuşmazlık konularını tam olarak belirleyebilmesi (m. 142), tarafların "anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit edebilmesi" (m. 145/1), tarafların "anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğunu tutanakla tespit edebilmesi" (m. 1, 45/3) için, hâkimin, ön inceleme oturumundan önce, dosyayı çok iyi incelemiş ve davaya çok iyi hazırlanmış olması gerekir.³

Bunun için, mahkemelerin iş yükünün azaltılması yanında hâkimlere bu konuda destek olmak üzere "hâkim yardımcılığı" düzenlenmesine yer verilmelidir (s. 147).⁴

Tasarı gerekçesinden okuyorum: "Ancak uygulamada ön inceleme ile getirilen bu düzenlemenin gerçekten uygulanabilmesi için, mahkemelerin iş yükünün azaltılması yanında, hâkimlere bu konuda destek olmak üzere, hâkim yardımcılığı düzenlenmesine yer verilmelidir" (s. 147). Evet, ön inceleme çok iyi olmuş ama, bu şartla. Eğer, bu Tasarı'yla mahkemelerin iş yükünü azalta-

³ "Hâkim, layihâlar safhası bittikten sonra dava dosyasını tamamen okuyup, dava hakkında tam bir fikir sahibi olmadan ilk duruşma günü tâyin etmemeli, ilk duruşmadan önce davaya iyice hazırlanmalı ve tarafların hangi hususlarda anlaştıklarını, hangi hususta anlaşamadıklarını tespit etmelidir" (bkz., Baki Kuru, *Makaleler*, s. 131, Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, II. Cilt 2001, s. 1940).

⁴ Mahkemelerin gerek nicelik, gerek nitelik bakımından yeteri kadar hâkim, yazı işleri müdürü ve zabıt kâtibi ile donatılması gerekir (Baki Kuru, *Makaleler*, s. 120, s. 121 vd.).

mayacaksınız, Adalet Bakanlığı da hâkim yardımcılığı müessesesine başvurarak mahkemelerin işini, hiç olmazsa ön incelemede azaltamayacaksa, bu ön inceleme, yarar yerine zarar da doğurabilir. Hâkim yardımcılığı bir zaman vardı. Belki, Sayın Başkanım, sizin mesleğe başladığınız zamanlarda hâkim yardımcılığı vardı.

Oturum Başkanı: Vardı, ama pratikte uygulanmıyordu.

Prof. Dr. Baki KURU: Şimdi, gene ihdâs edilebilir. Şu anda çok hukukçu var. Hâkim yardımcılığından, hâkimliğe otomatik geçiş şeklinde bir yol olmasın. Hâkim yardımcılığında kendini ispat eden kimse, hâkimliğe geçirilsin, ispat edemeyen kimse hâkim yardımcısı olarak kalsın yahut icra müdürlüğü, yazı işleri müdürlüğü yapsın. Böyle bir sistem, hukukçularımızın sayısının artmış olduğu bu gün ihdâs edilebilir, çok yararlı olur. Bu benim işimi de şu bakımdan kolaylaştırır: Ben burada sulh mahkemesi, asliye mahkemesi ayrımının kaldırılması için munzam bir gerekçe buluyorum. Sulh mahkemesinin basit işlerini, çekişmesiz yargı işlerini hâkim yardımcısına verirsiniz, onun kararlarına karşı da hâkime itiraz edilir, birçok basit iş bu şekilde hâlledebilir. Fakat, ilke olarak çok doğru, uygulanması zor olabilir.

Bu düzenlemenin, en geç Tasarı'nın (yeni Usûl Kanunu'nun) yürürlüğe girmesine kadar gerçekleştirilmesi gerekir.

Cevap dilekçesi bölümünde belirttiğim gibi, davalının, (dava ve cevaba cevap dilekçelerindeki) aynı sıra numarası ile cevap vermesi, hâkimin ön incelemesini (tarafların anlaşmalarını ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit edebilmesini (m. 145/1) önemli ölçüde kolaylaştırır.

14. Duruşmaya Davet (m. 152)

Tasarı m. 152'ye göre, dava ve cevap dilekçelerinin verilmesinden sonra, taraflar duruşmaya davet edilir.

Oysa, m. 144'e göre, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve dava şartları ve ilk itirazlar incelendikten sonra, taraflar ön inceleme oturumuna davet edilir.

Bu nedenle, esas hakkında tahkikat duruşmasına davet, ön inceleme safhasından sonra yapılmalıdır.

15. Dosyanın İşlemden Kaldırılması (m. 155)

Düzenleniş yerine göre, esas hakkındaki duruşmaya gelmeme hâlinde uygulanacak gibi.

Ön inceleme oturumuna iki taraf da gelmez ise, dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilemeyecek mi? Verebilineli. Fakat, m. 144 açık değil (gerekçe s. 228 de muğlak).

16. Davaların Birleştirilmesi m.170

Ayrı yargı çevrelerindeki mahkemelerde davaların birleştirilmesi, ilk itiraz (HUMK m. 45, II; m. 187/5) olmaktan çıkarılmış. Her zaman talep edilebilecek (m. 170/2; s. 233). Birleştirme kararı istinaf veya temyiz de edilebileceğinden, bu, davaları çok uzatır. Eskisi gibi, ilk itiraz olmalı (bkz., yuk. no. 9).

Hele, birinci mahkeme, ikinci mahkemedeki birleştirme talebini veya kendisine bildirilen birleştirme kararının (m. 170/3) kesinleşmesini bekletici sorun yaparsa, dava çok uzar.

17. Islah (m. 180)

Islah, daha açık biçimde düzenlenmiş, fakat, bazı konular cevapsız kalmış. Bunların gerekçede mutlaka belirtilmesi gerekir. Meselâ, yukarda değinmiş olduğum, islah ile zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği. Bundan başka, Yargıtay "*bozmadan sonra islah mümkün değil*" diyor. Mümkün olacak mı, olmayacak mı? Eğer mümkün olmayacaksa, gerekçede belirtebilirsiniz. Fakat, mümkündür diyorsanız, onun

için bir hüküm koymak gerekir. Kanımca, bozmadan sonra ıslah mümkün olmalı (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, IV. Cilt 2001, s. 3979); yargılama giderleri (m. 182) daha yüksek olabilir.

18. Tahkikatın Sona Ermesi Ve Sözlü Yargılama (m. 1 88 vd)

Bu (altıncı) Bölüm (m. 188-190), m. 298'den önce gelmeli (HUMK m. 375-381'deki gibi). Tasarı m. 190/2'den sonra bir kopukluk oluyor. Hiç değilse, m. 190/2'nin "..... sorar ve hükmünü tefhim eder" diye düzeltilmesi gerekir (Tasarı m. 298/2 gibi).

Taraflar, sözlü yargılama oturumunda (m. 190), son sözlerini bir lâyiha ile de bildirebilmeli (HUMK m. 375 gibi). Hele, taraflara üçüncü dilekçe (lâyiha) verme imkânı tanınmaz ise, davanın sonunda, bir lâyiha verebilme imkânı tanınmalı (bkz., yuk. no. 11 sondan bir önceki bölüm).

19. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmiş Deliller (m. 193/2)

Bu konuyu, uygulamaya bırakmak gerekir. Böyle bir düzenleme, işi uzatabilir ve giderek senetle ispat zorunluluğunu da zora sokabilir.

20. Belge (m. 203)

Bunu, açık bir hükümle düzenlemeye gerek yok. Senet dışındaki belgeler, ya yazılı delil başlangıcıdır veya Kanun'da düzenlenmemiş delildir (Tasarı m. 196).

Bu nedenle, m. 203 (ve diğer maddelerdeki belge deyimleri) Tasarı'dan çıkarılmalıdır.

Belgeyi Kanun'da açıkça düzenlemek (m. 203), giderek senetle ispat zorunluluğunu da zora sokabilir.

Tasarı m. 203 gerekçesinde, *"belgenin türüne göre delil kuvveti aşağıdaki maddelerde düzenlenmiştir"* denilmektedir. Aşağıdaki maddelerde, *"belgenin delil kuvvetinin düzenlendiği"*ni göremedim.

Senet dışındaki belgelerin delil kuvveti, ancak senetle ispat zorunluluğu dışındaki hâllerde, söz konusu olabilir ki, o da takdirî delildir veya Kanun'da düzenlenmemiş delildir (m. 196).

21. Bilirkişi (m. 270 vd)

"Bilirkişi birden fazla ise aralarında görüşürler" hükmü (HUMK m. 281/2), Tasarı'ya (m. 283'e) alınmamış. Bu çok önemli. Uygulamada olduğu gibi, bir bilirkişinin hazırladığı rapor, (hâтта mahkeme kaleminde) diğer bilirkişilere imzalatılırsa, rapor gerçeğe aykırı sayılmalı ve bilirkişi sorumlu olmalıdır (Tasarı m. 289).

Kanunca bilirkişi ile ilgili düzenlemeler genel olarak yerinde. Fakat, en önemli husus, 281. maddenin ikinci fıkrasında -mevcut Kanun'un- *"bilirkişi, birden fazla ise aralarında görüşürler"* hükmü vardı, o çıkarılmış. Bu uygulanmadığı için mi çıkarılmış anlaşılıyor.

Biliyorsunuz uygulamada hayretle izledim, şimdi çok yaygın, üç bilirkişi bir araya gelmiyor, birbirlerini tanımıyorlar bile. Bir tanesi bilirkişi raporunu hazırlıyor, ötekilere imza yeri açıyor, mahkeme kalemine mübaşire veriyor, mübaşir öteki bilirkişilere telefon ediyor, *"gelin, bilirkişi raporunu kaleme imzalayın"* diye. Gelmezlerse, bilirkişi raporunu yazan bilirkişi diğerlerine telefon ediyor: *"gidin raporu kaleme imzalayın, sizin yüzünüzden bilirkişi ücretini alanıyorum"* diyor.

Bilirkişinin hukukî sorumluluğu için, devlete karşı tazminat davası açılması (m. 289-291) ilkesine katılmıyorum. Hâkimin hukukî sorumluluğu bölümünde belirttiğim tereddütler (yük. no. 4), kıyasen burası için de geçerlidir.

22. Uzman Görüşü (m. 297)

Bu konuyu, bilirkişi incelemesini uzatacağı kanısındayım. Bu hususu, bugün olduğu gibi, uygulamaya bırakmak gerekir. Bildiğim kadarı ile, Anglo-Sakson hukukunda, avukatlar davanın hazırlık aşamasını kendi aralarında yapmakta, dilekçelerine tarafların sunduğu uzman görüşlerini de eklemekte, böylece, dava dosyası mahkemenin önüne gitmeden, tarafların anlaşmış ve anlaşamadıkları konular tespit edilmekte ve tarafların iddiaları uzman görüşleri ile de açıklanmaktadır.

Tasarı m. 297'deki düzenleme ile, bir taraf davanın her aşamasında uzman görüşü sunabilecek, karşı taraf da buna karşı uzman görüşü sunabilecektir. Bu ise, dosyanın incelenmesini güçleştirecektir.

23. Kesin hüküm (m. 307)

HUMK m. 237/1'deki "kesin hüküm, ancak (hükümün) mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir"⁵ hükmü alırmamış. Bu hükmün Tasarı'ya da konulması, usûle ilişkin kararların, sadece ilişkin oldukları usûl sorunu (meselâ dava şartının olmadı) hakkında kesin hüküm teşkil ettiğini belirtmesi bakımından yerinde olur (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, V. Cilt 2001, s. 5037).

Tasarı m. 307/4: "Kesin hüküm, davanın açılmasından sonra dava konusu şeyin mülkiyetini taraflardan birisinden devralan ... kişiler hakkında da geçerlidir."

Buradaki "davanın açılmasından sonra" deyiminin, "hükümün kesinleşmesinden sonra" olması gerekmez mi ?

⁵ Neuchâtel m. 211, c. 1 : "l'autorité de la chose jugée n'a d'effets qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement". Neuchâtel m. 211 c. 2, bizim HUMK m. 237, II gibi. Yeni Neuchâtel Kanunu m. 193, (eskisinden farklı olarak) kesin hükmü tarif etmemiş: "Le jugement passé en force a l'autorité de la chose jugée à l'égard de toutes les parties au procès et de leurs ayants cause" (m. 193).

Çünkü, dava açılmasından sonra dava konusunun devri, m.130'da düzenlenmiş.

Bu hâlde, davaya devralan tarafından (m. 130/2) veya devralana karşı (m. 130/1-a) devam edilirse, verilecek hükmün, devralan hakkında da geçerli olacağı doğaldır. Bunun için, m. 307/4 hükmüne gerek yoktur.

Buna karşılık, sanki devir yokmuş gibi, eski taraflar arasında davaya devam edilir, hüküm verilir ve kesinleşir ise, bu hüküm, davada taraf olmamış olan devralan hakkında kesin hüküm teşkil etmez (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, IV. Cilt 2001, s. 3823-24).

24. Feragat ve Kabul (m. 315)

"Feragat ve kabul, kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğurur" (m. 315, c. 1).

Bundan maksadın, maddî anlamda kesin hüküm olduğu anlaşılıyor.

Fakat, gerekçede *"dava, mahkeme hükmü ile sona ermediğinden"* deniyor (s. 291).

Feragat ve kabul hâlinde de, dava, davanın feragat ve kabul nedeniyle sona erdiğini tespit eden bir mahkeme kararı ile sona erer (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, IV. Cilt 2001, s. 3617 vd., s. 3632 vd.).

25. Sulhun Etkisi (m. 319)

"Sulh davayı doğrudan doğruya sona erdirir" (m. 319/1).

Bu da yeterli değil. Sulh üzerine, mahkeme davayı bir karar ile sonuçlandırır:

1. Taraflar karar verilmesini istemezlerse, mahkeme *"karar verilmesine yer olmadığına"* karar verir (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, IV. Cilt 2001, s.3 760 vd).

2. Taraflar, mahkemenin sulh'a göre karar verilmesini isterlerse, mahkeme, sulh anlaşmasına göre karar verir (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, IV. Cilt 2001, s. 3762 vd).

Yukardaki hususlar (1. şık) gerekçede var (s. 293) ise de, yeterli değil. Her türlü tereddüdü gidermek için, maddede düzenlenmesi iyi olur.

26. Basit Yargılama Usûlü (m. 320-326)

Seri ve sözlü yargılama usûlüne Tasarı'da yer verilmesi, kanımca da doğru olmuştur. Çünkü, "sözlü yargılama Usûlü uygulamada yazılı yargılama usûlü gibi uygulanmıştır" (Tasarı gerekçesi s. 150).

Basit yargılama için de, durum böyledir. Çünkü, uygulamada, basit yargılama usûlü de, yazılı yargılama usûlü gibi uygulanmaktadır.

Tasarı'da, basit yargılama usûlü, yazılı yargılama usûlüne daha da yaklaştırılmış: Lâyhâlar safhası (m. 321)

Ön inceleme ile tahkikatın aynı oturumda yapılması çok zor (m. 324).

Üç oturumda karar verilmesi çok zor. Zorunlu olarak üçten fazla oturum yapılacak (m. 324/3).

Kararın gerekçesi ile tefhimi çok zor. Zorunlu olarak, kısa kararın tefhimi yoluna başvurulacak (m. 325).

Tasarı'daki basit yargılama usûlü, birçok çekişmesiz yargı işinde uygulanamaz.

Çekişmesiz yargı bölümüne, gerçekten basit olan bazı usûl hükümleri eklenerek, basit yargılama usûlü de kaldırılabilir (bkz., ayrıca aşa. no. 28). Tek bir yargılama usûlüne (yazılı yargılama usûlüne) göre, mahkemeler, davaları daha çabuk ve düzenli yürütüp, sonuçlandırabilirler.

27. Kanun Yolları (m. 345 vd.)

İstinaf ve temyiz ile ilgili hükümler muhafaza edilmiş (s. 151).

Tasarı'nın diğer hükümleri, istinaf sistemine göre düzenlenmiş (meselâ: m. 28, m. 29/2, m. 50 gibi). Ancak, Tasarı'nın yürürlüğe girdiği tarihte (m. 454), istinaf mahkemeleri hâla kurulamamış ise, karışıklık yaşanabilir.

İstinaf mahkemelerinin kurulmasından vazgeçilirse, Tasarı'daki istinaf ile ilgili hükümler, konusuz kalabilir ve Tasarı'nın (yeni Usûl Kanunu'nun) uygulanması zorlaşabilir.

Bunu önlemek için, Tasarı ile istinaf mahkemelerinin aynı tarihte yürürlüğe girmesi sağlanmalıdır.

İstinaftan vazgeçilirse, Tasarı'daki istinaf ile ilgili hükümlerin çıkarılması ve yerlerine yenilerinin konulması sağlanmalıdır.

28. Çekişmesiz Yargı (m. 386 vd)

Daha önce belirttiğim gibi, çekişmesiz yargı ile ilgili düzenleme yerindedir.

Ancak, daha önce de belirttiğim gibi, Tasarı'daki basit yargılama usûlü (m. 389/1), bir çok çekişmesiz yargı işinde uygulanamaz.

Çekişmesiz yargı bölümüne, gerçekten basit olan, bazı usûl hükümleri eklenerek, basit yargılama usûlü kaldırılabilir.

Çekişmesiz yargı bölümünde düzenlenecek özel usûl hükümleri (ve özel kanunlardaki özel usûl hükümleri) dışında, yazılı (veya kalacaksa basit) yargılamaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı belirtilebilir.

Çekişmesiz yargı yetkisi de, bağımsız mahkemelerce kullanılır (Anayasa m. 9). Bu nedenle, "mahkemeler dışındaki resmî makamlara" çekişmesiz yargı işi bırakılamaz (m. 389/3).

Bunun yerine, “kanunlarda özel yargılama usûlü öngörölmüş olan hallerde, öncelikle bu yargılama usûlü uygulanır” denilmesi gerekir. Meselâ, vesayet işlerindeki özel yargılama usûlü (TMK m. 411 vd.) gibi.

29. İhtiyatî Tedbirler (m. 393)

İhtiyatî tedbirler konusundaki yenilikler, yerindedir (iyidir).

Yalnız, ihtiyatî tedbirlerden önceki, “geçici hukukî korumalar” üst başlığına gerek olmadığı kanısındayım.

Tasarı m. 393'teki “yargılama konusu” deyimini, dava açılmadan önceki ihtiyatî tedbir talebini karşılamıyor. HUMK m. 101'deki gibi, “dava açılmasından veya sonra” deyiminin ilâve edilmesi gerekir.

İhtiyatî tedbir kararına itiraz üzerine verilen karara karşı, kanun yoluna başvurma yolunun açılması (m. 398/4) yerinde olmuştur.

Ancak, bu konuda çok gecikilmiştir: İhtiyatî haciz kararına itiraz üzerine verilen kararlar, 3 yıldan (30.07.2003) beri temyiz edilebilmektedir (İİK m. 265 son fıkra).

Buna karşılık, ihtiyatî tedbir kararına, hâтта ihtiyatî haciz niteliğindeki (!) ihtiyatî tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlar, temyiz edilememektedir. Bu husus, Tasarı'nın kanunlaşmasından 1 yıl sonrasına kadar (Tasarı m. 454) devam edecektir.

Bu haksızlığın (eşitsizliğin), hemen çıkarılacak bir kanun hükmü ile giderilmesi gerekir. Yani, HUMK m. 108'in sonuna, İİK m. 265 son fıkra hükmü gibi bir hüküm eklenmesi gerekir.

Bugün, ihtiyatî tedbir kararına itiraz üzerine verilen karara karşı temyize gidilemiyor. Hâтта, ihtiyatî haciz niteliğindeki ihtiyatî tedbir kararlarına karşı da temyize gidilemiyor. Bu ne

demek diyeceksiniz amma, uygulamada çok var. İhtiyatî haciz niteliğinde ihtiyatî tedbir kararı veriyor mahkemeler maalesef. Örneğin, 500 milyar liralık alacak davası açılmış ve bu sebeple 10 trilyon liralık gayrimenkule ihtiyatî tedbir konulmuş. “Hâkim bey, bu kararın hukukî niteliği ihtiyatî haciz kararıdır, ihtiyatî haciz kararı olarak düzeltin” diyoruz, “hayır, ihtiyatî tedbirdir” diyor ısrarla. İhtiyatî hacze razıyız, tapuya ihtiyatî haciz diye bildirin, biz ihtiyatî hacizli olarak satacağız gayrimenkulü diyoruz. Hayır diyor, olmaz. Beş sene bu hâlde kaldı, beş sene aslında ihtiyatî haciz olan, ancak ihtiyatî tedbir olarak verilen tedbir kararı tapuda kaldı, sonunda 500 milyar liralık alacak davasını açan kişiye, 500 milyar daha fazladan para vererek anlaşıldı. Ancak, bu şekilde ihtiyatî tedbir kaldırılabilirdi ve gayrimenkul satılabilirdi. Bu yanlış uygulamaların önüne geçmek ve daha da gecikmemek için, Tasarı Komisyonu olarak, acele bir hükümlerle, Tasarı'nın kanunlaşmasını beklemeden, bu yönde hüküm koymak gerekir. Yani, HUMK m. 108'in sonuna, İİK m. 265 son fıkra hükmü gibi bir hüküm eklenmesi gerekir. Aksi hâlde, ihtiyatî hacizle ihtiyatî tedbir arasındaki bu ayrılık ve ihtiyatî tedbir konusundaki yanlış ve ciddi hak kayıplarına sebep olan yanlış uygulama sürüp gidecek.

30. Tahkim (m. 411 vd.)

“Tahkim hakkındaki hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki (MTK) hükümlerin hemen hemen aynısıdır. Tasarıda, MTK'daki hükümlerin kabulü ile millî ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki fark önlenmek istenmiştir” (gerekçe s. 153).

O zaman, tek bir tahkim kanunu yapmak ve tahkime ilişkin hükümleri Tasarı'dan çıkarmak gerekir.

Esasen, milletlerarası tahkim deyimi yanlıştır (bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, VI. Cilt 2001 s. 6136). Her iki tahkim de, millî tahkimdir. Çünkü, MTK'ya göre yapılan tahkim de, Türk tahkimidir; yani, MTK'ya göre verilen hakem kararı da, Türk hakem kararıdır.

Veya, MTK'yı kaldırarak, her iki tahkimi, Usûl Kanunu'nda, Uncitral Tahkim Kuralları'na göre düzenlemek gerekir. Alman ZPO § 1025-1066 gibi.

MTK ve Tasarı m. 411 vd, ayrı ayrı kalsın denirse, ikisi arasında fark yapılmaması gerekir :

MTK m. 3: Tahkimde görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesi.

Tasarı m. 414: Bölge Adliye (istinaf) mahkemesi.

Neden?

Bu husus, tahkimin çabukluğuna aykırı.

İstinaf mahkemesinin işini çok artırır. Çünkü, tahkimde, istinaf mahkemesine çok iş verilmiş.

Hakemler, ihtiyatî tedbir kararı verecek (m. 418/1); istinaf mahkemesi, bu tedbirin icra edilebilirliğine karar verecek (m. 418/3).

İstinaf mahkemesinin verdiği ihtiyatî tedbir kararı, hakemler tarafından değiştirilebilir ve ortadan kaldırılabilir (m. 418/5).

Bu husus, istinaf mahkemesine olan güveni sarsmaz mı?

MTK m. 6 son fıkrada böyle ağır bir hüküm yok. Hani, Tasarı hükümleri, MTK'daki hükümlerin hemen hemen aynı idi?

"Taraf iradesine tanınan üstünlük" (gerekçe s. 328), bu derece önemli mi?

Kaldı ki, istinaf mahkemesinin verdiği ihtiyatî tedbir kararını hakemlerin kaldırması, ancak, bir tarafın iradesine uygun düşebilir; ihtiyatî tedbir kararı lehine olan tarafın iradesine uygun düşmez; aykırı düşer.

MTK m. 15: iptal davası hukuk mahkemesinde açılacak, karara karşı istinaf yoluna gidilebilecek; çünkü, MTK m.

BAKİ KURU'NUN
TEBLİĞİ

15'teki, temyiz yolunu, şimdi istinaf olarak anlamak gerekir (HUMK m. 426/A son fıkra).

Oysa, Tasarı'ya göre, iptal davası istinaf mahkemesinde açılacak (Tasarı m. 414, m. 443), istinaf mahkemesinin kararı ise, temyiz edilebilecek (Tasarı m. 443/6).

Bu fark (ayrıcalık) neden?

Tahkim şartında, "*hakemlerin Türk hukukuna göre karar verecekleri*" açıkça belirtilmiş ise, hakem kararının Türk hukukuna aykırı olması, temyiz (bozma) sebebi olmalıdır (28.01.1994 gün ve 4/1 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı gibi; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, 6. Baskı, VI. Cilt 2001, s. 6105).

Sözleşmenin tahkim şartı dışındaki bir hükmünde, "*Türk hukuku uygulanır*" veya "*Sözleşme Türk hukukuna tâbidir*" şeklindeki genel bir ifade yeterli değildir. Tahkim şartında, açıkça "*hakemlerin Türk hukukuna göre karar vereceklerinin*" yazılı olması gerekir. Çünkü, sözleşme, tarafların kanunudur (HUMK m. 428/1; yeni m. 437/1 ; Tasarı m. 375/1).

Benim maruzatım bundan ibaret ama, Sayın Hocam Prof. Karayalçın'ın bir sorusu var galiba?..

Buyurun.

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN: Şimdi, sabahleyin birtakım açıklamalarda bulunuldu. Bu Tasarı'nın tahkimle ilgili hükümlerini ve diğer hükümlerini bir arada bir sempozyumda özel olarak tartışmanın yararlı olduğunu düşünüyorum. Şimdi, gayet güzel özetlediniz, fakat bu görüşleri, uygun görürseniz o toplantıda biz de dinlemiş ve bulunmuş olarak hep beraber değerlendirir ve böylece ülkemiz bakımından en uygun bir yasaya kavuşmuş oluruz diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Çok doğru olur Sayın Hocam. Çünkü, Milletlerarası Tahkim Kanunu da, Tasarısı da, ön Ta-

sarısı da Sayın Hocam Prof. Yaşar Karayalçın'ın müdürlüğünü yaptığı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü tarafından ele alınmış, komisyonlar kurulmuştu. Ben de bir süre çalıştım, o komisyonlarda. Sanıyorum, Usûl Kanunu Tasarısı da, Dekanlık tarafından tekrar enstitüye gönderilmiş. Onun için, çok doğru olur. Mademki, Tasarı'daki hükümler Milletlerarası Tahkim Kanunu'na paralel biçimde hazırlanmıştır, Usûl Kanunu'ndaki tahkim hükümleri, onun Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde özel bir toplantıda tartışılması çok yerinde olur Hocam. Ben de onun için, konuyu zaten kısa inceledim.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim efendim.

Oturum Başkanı: Sayın katılımcılar, çok değerli Hocamın konuya ilişkin değerlendirmelerini dinledik. Kendisine çok çok teşekkür ediyoruz.

Zannediyorum değerlendirmelere ilişkin olarak sorusu olacak arkadaşlarımız olabilir. Ancak, programda böyle bir düzenleme söz konusu değil, peş peşe iki değerlendirme yer alıyor. Bir müddet dinlenelim, ikinci oturuma devam ederiz.

Teşekkür ederim.

2. BÖLÜM

2. Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Bilge UMAR
(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI'NA KATKI

I. Sunuş

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın hazırlanışı, şimdi bulunduğu aşama ve hukukumuzda getireceği başlıca yenilikler üzerine hukukçular toplumunu ve özellikle de hukuk öğrencilerini bilgilendirmek; ayrıca, ister istemez şimdiki hukukumuzda göre yapılacak Medenî Usûl Hukuku öğretimi sırasında, yakın zamanda gerçekleşmesi beklenen değişikliklerin hiç değilse önemli veya önemlice olanlarını toplu biçimde gösteren bir metni öğrencilerimizin eline sunmak amacıyla ve YTÜ HF Dergisi'nde yayınlanmak üzere "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'yla şimdiki HUMK kurallarına getirilmek istenen değişiklikler" başlıklı bir inceleme yazısı hazırlamak, "Medenî Usûl Hukuku" dalında öğretim üyeliği görevimin gereğiyle; bu görevi, o yazıyı hazırlayarak yerine getirdim.

Sanırım ki, bununla yetinmeyip, hazırlanma çalışmalarında görev almadığım Tasarı'nın ortaya çıkmasından sonra onu özenle inceleyip genel bir değerlendirmeye varmak ve ayrıca onun yasalaşması öncesinde şurasında burasında değişiklikler, eklemeler yapılmasının yerinde olacağını görürsem (daha doğru ve daha az iddialı bir ifadeyle, "*olacağı kanısına varırsam*"). bu yolda öneriler ve uyarılar içeren ikinci bir inceleme yazısını hazırlamak dahi, görevimin gereğidir. Bunu da şimdiki yazıyla yerine getiriyorum.

II. Genel Değerlendirme

Önce, genel değerlendirmeyi ifade edeyim: Bu yazıda belirteceğim üzere Tasarı'da "*yeniden ele alınması*" gereken bazı kurallar veya ifadeler bulunduğu kanısında isem de, bütün olarak değerlendirildiğinde, hiç abartmaya düşmeden diyebilirim ki, Tasarı'yı hazırlayan değerli meslektaşlarım, ortaya ZPO gibi bir hukuk anıtı koymuşlardır. Kendilerini içtenlikle kutlarım.

III. Değişiklik veya Tamamlama Önerileri

1. Şimdiki m. 7 f. III, Tasarı'da yer almıyor ve gerekçede onun bilerek kaldırıldığı yolunda bir işaret bulunmuyor. Oradaki kural doğru ve yararlıdır; onu Tasarı'da m. 8 sonuna f. II olarak eklemek uygun olur.

2. Sulh hukuk mahkemelerinin görev alanı belirtilirken, f. I bent b alt bent I'de, "*kiraya ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan tüm uyuşmazlıklar*"ın sözü edilmiş. "*Kiraya ilişkin mevzuatın ve sözleşmenin*" denmeliydi.

Örneğin, kira akdinin bir maddesine dayanılarak tahliye isteminin öne sürülmesi durumunda, kira mevzuatı değil sadece sözleşmenin tahliyeyle ilişkin maddesi uygulanacaktır; bu davayı da şimdi HUMK m. 8, f. II bent 1 çerçevesinde olduğu üzere Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görev alanında tutmak istiyorsak ifade böyle düzeltilmelidir.

3. Tasarı'da m. 12 f. I sonuna şu ekleme yapılmalıdır: *"Şu kadar ki, Kanun'un davacıya davasını açacağı yer konusunda seçenек sağlamak amacını güden bir kuralının bütün davahlara uygulanabilir olması durumunda, davacı bu seçeneği kullanmak istemezse diğer yetkili mahkemelerin yetkisi saklı kalır."* Gerekçe: Yasanın davacıya kolaylık ve seçenек sağlamak için getirdiği bir kuralın birden çok ihtiyarî davalıya uygulanabilir olması hâlinde birdenbire kesin yetki kuralına dönüşüp yasadaki tüm yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırır diye yorumlanması mantığa ve yasanın amacına aykırıdır.

4. Tasarı'da m. 14 f. I'de *"bir malvarlığına ilişkin dava, ihtilâf konusu malvarlığının bulunduğu yerde de açılabilir"* ifadesi değiştirilmelidir. Aslında kastedilen, malvarlığı değil, bir malvarlığı parçası olsa gerek; çünkü bir malvarlığının bütünüyle bir tek yerde (yargı çevresi yani ilçe kapsamında) bulunması son derecede az görülür ve malvarlığı çeşitli yerlere dağılmış ise bu ifadeye göre bu kural uygulanamaz. Keza, ihtilâfın konusunun bir mal değil de bir malvarlığı olması belki milyonda bir görülecek hâldir. Demek, kastedilen, bir malvarlığı parçasıdır. Bu durumda, doğru ifadeyi kullanmak: *"Bir malvarlığı parçasına ilişkin dava, ihtilaf konusu malvarlığı parçasının bulunduğu yerde de açılabilir."*

5. Tasarı'da m. 22-24 düzenlemesiyle, yetki sözleşmesinin yapılması konusunda getirilen sınırlamayı ve hâtta daha da çok, o sınırlamanın mantığını alkışlıyorum. Gerçekten, Tasarı, gerekçesinde kamu tüzel kişileriyle tacirlerin (gerçek kişi veya tüzel kişi olanların) bu iki nitelikten birine sahip olmayan diğer gerçek veya tüzel kişiler karşısında çok daha güçlü olduklarını ve onlarla yaptığı sözleşmelere kendi işlerine gelen, karşı tarafın aleyhine olan maddeler koydurageldikleri gerçeğini vurgulayarak, karşı taraf-takiler kitlesini korumak için, bunlarla onlar arasında yetki sözleşmesini yasaklamış yani yapılacak yetki sözleşmelerini yahut diğer sözleşmeler içine sokuşturulacak yetki şartlarını geçersiz saymıştır. Tasarı'ya göre, kamu tüzel kişileri kendi aralarında; tacirler kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilirler, keza kamu tüzel kişileriyle tacirler arasında yetki sözleşmesi

yapılabilir; bu türden yetki sözleşmesinde gösterilen mahkeme inhisarı yetkili olur yani yasanın gösterdiği yetkili mahkemede veya mahkemelerde dava açılmaz (m. 22). Ne tacir ne de kamu tüzel kişisi olan diğer kişiler, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilir ama bu sözleşme, davacıya ek ve seçimlik olanak sağlayıcı işlevde olur, Kanun'un gösterdiği yetkili mahkemenin veya mahkemelerin yetkisini kaldırmaz (m. 23). Böylece, m. 22'deki kişilerle m. 23'deki kişiler arasında yetki sözleşmesi yapılmasına cevaz verilmemektedir.

6. Gerekçedeki, bu konuya ilişkin bölümde bir yanlışlık yapıldığını görüyoruz. Gerçekten, Tasarı'da m. 22 ve 23'ün getirdiği yeni sisteme göre, bir tacir veya bir kamu tüzel kişisi; ne tacir ne de kamu tüzel kişisi olan benim gibi biriyle *yetki sözleşmesini hiç yapamayacaktır*, bu kuralın benim gibileri korumak için getirildiği gerekçede açıkça söyleniyor.

Oysa aynı gerekçede (m. 23 ile ilgili bölümün sonunda) şöyle deniyor: *"Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, bir tacir veya kamu tüzel kişisi ile, tacir olmayan bir gerçek veya tüzel kişi, örneğin bir gerçek kişi olan tüketici, aralarında yetki sözleşmesi yapmak istedikleri takdirde..."* (burada duruyorsunuz ve *"sözleşme geçersiz olur"* denmesini beklerken, şaşkınlıkla, şunu okuyorsunuz: *"yapılacak yetki sözleşmesi, münhasır olmayan yetki sözleşmesi şeklinde olabilecektir"*; yani, yasanın yetkili saydığı mahkemelerin yanı sıra diğer bir mahkemede dava açabilmek için davacıya seçenek sağlayıcı türden olacakmış. Oysa, m. 22 ve 23'ün ifadeleri açıktır; m. 22, sözünü ettiği kişilerin kendi aralarında, m. 23'de, sözünü ettiği kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmasına izin veriyor. Birinde sözü edilenlerin diğerinde sözü edilenlerle yetki sözleşmesi yapmasına izin veren hiçbir madde yoktur. Gerekçedeki bu bölüm çıkarılmalıdır.

7. Tasarı'da m. 26 f. 1'deki *"bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren"* ifadesinin başına *"en geç"* sözcükleri eklenmelidir. Çünkü davası reddedilen kişi hükmün kesinleşmesini beklemeden de davanın diğer mahkemede sürdürülmesi için dilekçe verebilir.

8. Tasarı'da m. 30 başlığının "*tasarrufilkesi*" değil " *taraflarca tasarrufilkesi*" diye yazılması daha doğru olacaktır. Burada söz konusu olan, az masraf yapılmasına dikkat etmek anlamında "*tasarrufilkesi*" değildir.

9. HUMK m. 149, gizlilik kararının verilmesi için taraf talebini aramamaktadır. Tasarı m. 34 f. II' de ise tarafların gizlilik talebinden söz edilmekte ve re'sen gizlilik kararı verilemeyeceği gibi bir görünüş doğmaktadır. Bu nedenle f. II' de cümle 1 ile 2 arasına eklemeye yapılmalı: " *mahkeme kendiliğinden de gizlilik kararı verebilir.*"

10. Tasarı'da m. 35 f. II, "*Taraflar, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler*" diyor. Gerekçede, böylece ifade edilen Wahrheitspflicht çığnırse ne olur, o konuda açıklama yapılmıştır ama özellikle belirtilmesi gereken şey söylenmemiştir: Bu tutumdan dolayı zarara uğrayan diğer taraf, BK m. 41, f.II'ye dayanan yeni bir dava açarak tazminat isteyebilir. Dolayısıyla, m. 35 gerekçesi sonuna şu eklemeyi yapmak yerindedir: "*Hâtta BK m. 41 f. II'ye dayanan yeni bir davada ondan tazminat istenmesine yol açabilir.*"

11. Tasarı'daki, hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin m. 37, keza Tasarı'nın "*taraflar, dayandıkları vakiaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır*" diyen 198. maddesi, taraflarca iddia etme yükünün gereğince yerine getirilmemesi, özellikle de davacının dava temeli vakia iddialarını öne sürmekte eksiklik bırakmış olması durumunda ne olacağını belirtmiyor. Hâkimin, istem veya savunma dayanağı olabilecek iken iddia edilmemiş vakiaları taraflara hatırlatması yasak olduğuna göre (HUMK m. 75/Tasarı'da m. 31) bu durumun kaçınılmaz sonucu, istemin veya savunmanın reddidir.

Bu konudaki önemi ve ilginçliği nedeniyle, Neuchâtel Kanton Mahkemesi'nin RJN c. V, 1. Kısım, s. 63-66' da yayınlanmış 6 Mart 1967 günlü kararının konuya değinen bölümünü aktarıyorum:

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

İsbat yükü konusu İsvMK m. 8/TMK m. 6'da düzenlenmiş ise de, federal hukuk (yani, İsvMK) iddia etme yüküne değinmez (ATF 78 II 97). Buna karşılık Neuchâtel yargılama usûlü hukuku, kendisine ispat yükü düşen kişiye ayrıca iddia etme yükünü de yükler (RJN c. I, 1. Kısım, s. 212, 241, 309; c. II, 1. Kısım, s. 115, 198; c. III, 1. Kısım, s. 100); o, "iddiasının [isteminin] dayanağı olan 'bütün' vakıaları" yahut savunmasını dayandırdığı bütün vakıaları iddia etmelidir (CPCN m. 152 bent a/HUMK m. 179 bent 3, CPCN m. 176 bent a/HUMK m. 201 bent 1, CPCN m. 186/HUMK m. 211).

Tarafın iddiası, onun yaptığı usûl işleminin "istihdaf ettiği maksadı" [hedeflediği amacı] (CPCN m. 76 f. II/HUMK m. 82 f. II) gerçekleştirilmesine yeter olmalıdır. Kanton Asliye Hukuk Mahkemesi'nin daha önce karara bağlamış bulunduğu üzere, dava dilekçesinde öne sürülen istem açıklamasının (CPCN m. 152 bent c [HUMK m. 179 bent 5; orada pek saçma çeviriyle, conclusion karşılığı olarak "varılan sonuç, öne sürülen istem" denecek yerde "iddia ve savunma" denmiştir] ve 7 Aralık 1953 tarihli karar) ikili işlevi vardır; bu işlev bir yandan, çekişme konusunu yargıcın gözünde sınırlandırmaktır, diğer yandan da davalıyı davacı tarafından ona karşı değerlendirilen [isteme dayanak edinilen] iddianın niteliği ve kapsamı [işin nereye varacağı] hakkında bilgilendirmektedir; bunun yapılması, bir dereceye kadar, her olay bakımından geçerli olacak biçimde niteliğini peşinen belirlemek imkânı olmayan, ama yine de mutlaka bulunması gereken bir açık-seçikliğe ihtiyaç gösterir; bu konuda her bir davanın kendi niteliği göz önünde tutulmalıdır. İddia, özlü biçimde ifade edildikten başka, diğer tarafın işin içeriğini kendi kendine belirleyebilmesine olanak verecek derecede yeterince açık seçik olmalıdır (CPCN m. 175 bent a/HUMK m. 200 bent 1 [doğrultusunda davalı tarafından cevap verilebilmesine yetmeli]); eğer gerekli olacaksa tahkikat işlemlerinin konusunu sınırlayıcı [belirleyici] olmalıdır (CPCN m. 212/HUMK m. 238), her iki tarafa delil sunma önerisinde bulunmaları gerektiğini bilmek olanağı vermelidir ve *gıyapta bile, sırf dava dilekçesinde iddia edilmiş vakıalara dayanılarak iste-*

min hükme bağlanabilmesine olanak vermelidir (CPCN m. 353).¹ Geri kalan bütün koşullar gerçekleşmişse, yasanın öngördüğü istisnalar hariç kalmak kaydıyla, bir istemin kabul edilebilir [hüküm altına alınabilir] olması için, dayanılan hukukî sebebin [diyelim, BK m. 41'deki, haksız fiil failinin tazminatla sorumlu tutulabilmesini düzenleyen kuralın] öngördüğü çeşitli uygulanma öğeleri çerçevesi içindeki vakıa iddialarını içeriyor olması gerekir. Gerekli olan iddialar yapılmış olup da bunların doğruluğu kabulleniliyorsa delil ibrazına ihtiyaç yoktur (CPCN m. 191 [HUMK m. 217; ayrıca bkz. CPCN m. 212/HUMK m. 238; o kuraldan da aynı sonuç çıkar]); yeter ki öne sürülen iddialar, eğer [hasımca] kabul edilmişlerse, kendi başlarına, bir hükmün verilmesine gerekçe olabilsinler. Eksikli yapılmış iddiaya bağlanan yaptırım, duruma göre, farklı olur: şekli bir eksikliğe bulaşmış bir takdim, şekli kusurdur ve dava dilekçesinin iptaline yol açabilir (CPCN m. 76 ve m. 162 bent g/HUMK m. 82 ve m. 187 bent 7); oysa önemli bir vakıa bakımından iddianın yokluğu, hâkimin, esas hakkında karar verirken o vakıayı gerçekleşmemiş saymak zorunda kalmasına yol açacaktır (CPCN m. 69 f1 başı/HUMK m. 75 f1); ayrıca bu iki tür usûlî eksiklik aynı zamanda kendini gösterebilir, bu da her iki çeşit yaptırımın uygulanmasına yol açar.

İşte bu nedenle, Tasarı'da m. 37'ye f. II olarak şu kuralın eklenmesi doğru olacaktır: "*İddianın belirsiz ya da çelişkili olarak dahi öne sürülmemiş olması durumunda, bu eksiklik sonradan hukuka uygun genişletme yoluyla giderilmezse, hâkim, iddia veya savunmayı, dayandığı vakıa temeli ispat değil iddia bile edilmemiştir gerekçesiyle*

¹ Bu maddeye göre, esasa cevap vermiş olmaksızın hakkında gıyap kararı çıkmış ve kesinleşmiş olan taraf, hasmın öne sürdüğü vakıaları ikrar etmiş sayılabilir. Bizde, vaktiyle uygulanan gıyap müessesesi, buna ilişkin bütün maddeler (HUMK m. 398-408) kaldırılmakla, tarihe karışmıştır ve dolayısıyla CPCN m. 353'ün karşılığı olan HUMK m. 408 de artık yoktur. Aktardığımız kararda, davacının dava temeli vakıaları açık seçik iddia etmiş bulunması gereğinin varlık nedenlerinden biri olarak bu CPCN m. 353 de gösteriliyor; iddia açık seçik yapılmalı ki esasa cevap vermeden hakkında gıyap kararı kesinleşmiş kişinin neyi ikrar etmiş sayıldığı belirlenebilsin ve bu ikrar etmişliğe dayanılarak onun aleyhine hüküm çıkabilsin.

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

reddeder. Şu kadar ki, vakianın iddia edilmemesine rağmen gerçekleştiğinin kanıtının dava dosyasına Usûlüne uygun yolda girmiş bulunması durumunda hâkim vakianın varlığını ve kanıtlandığını kendiliğinden göz önüne alır."

12. Tasarı'da m. 47 bent b'deki "ve" düzeltilip "veya" yazılmalıdır (şimdiki HUMK m. 35 bent 3'de böyledir).

13. Sözü edilen maddede f. II "Bu hallerde red talebi, toplu mahkemelerde reddedilen hâkimin müzakereye katılmasıyla; tek hâkimli mahkemelerde ise, reddedilen hâkimin kendisi tarafından geri çevrilir" diyor. Bu fıkra çıkarılmalı ve şimdiki f. III, f. II olmalıdır. "Red talebinin dayanağı olarak gösterilen deliller inandırıcı değil" diye yahut "Talebin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyor" diye red talebini reddetmek yetkisini reddedilen hâkimin kendisine vermek, yanlıştan çok öte, abes bir çözümdür.

14. Tasarı'da m. 72 ifadesi, mantık tırmalayıcıdır: "Üçüncü kişi, davayı kazanmasında yararı bulunan taraf yanında ... davada yer alabilir". Davayı kazanmasında yararı bulunan taraf deyişi aslında her iki tarafı anlatmıyor mu? Her iki tarafın, davayı kazanmakta yararı yok mu? İfade şöyle olmalı: "Üçüncü kişi, davayı kazanmasında kendisinin hukukî yararının bulunduğu taraf yanında ... davada yer alabilir."

15. Tasarı m. 75, fer'î müdahâleyi düzenlerken, şimdiki HUMK m. 57 cümle 3 kuralını almanuş; bunun niçin yapıldığı yani "Mahkeme iltihak olunan tarafla müdahil arasında tahaddüs edecek hakkı rücu davasını birlikte halledebilir" diyen o kuralın varlığında ne sakınca görüldüğü de gerekçede belirtilmiyor. Ben herhangi bir sakınca bilmiyorum. Böyle bir rücu tazminatı davası, eldeki davaya aşılandığı takdirde bunun dilekçe vermekle yapılması gerektiği; mahkemenin de önce asıl davayı hükme bağlayıp o hükme göre müdahil lehine veya aleyhine bir rücu hakkı doğuyor ise ancak o zaman harç ödenmesini isteyerek harç ödendikten sonra aşılınmış davada hüküm verebileceği; rücu hakkı zaten doğmuyor ise, asıl davaya ilişkin hükmünde,

"Yanlış beklentiye dayandığı anlaşılan ve zaten harcı da ödenmemiş olan rücu davası hakkında karar verilmesine mahal olmadığına" diye birkaç satır eklemekle yetinebileceği şimdiki kurallar çerçevesinde dahi varılması gereken sonuçlardır kanısındayım.

16. Tasarı'da m. 90, *Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının* burada dava açması, davacı yanında davaya katılması veya icra takibi yapması durumunda teminat yatırması yükümlülüğünü öngörüyor.

Görüldüğü üzere, teminat gösterme gereği artık HUMK m. 97'deki düzenlemenin tersine, *"Türkiye'de ikametgâlu bulunmayan"* Türk vatandaşı kişiler (yabancıların teminat gösterme yükümlülüğü 2675 sayılı MÖHUK m. 32'de düzenlenmektedir) için değil, *"Türkiye'de mutad meskeni olmayan"* Türk vatandaşı kişiler için aranmaktadır. Gerekçeye bakılırsa, *"yabancı ülkede yerleşim yeri olan Türk vatandaşlarını, salt bu nedenle Türkiye'de dava açmaları veya takip yapmaları hâlinde teminat gösterme zorunluluğundan kurtarmak amacıyla ... mutad mesken kavramı ölçütü getirilmiştir"*.

Yeni ölçütün, yabancı ülkede yerleşim yeri bulunan Türk vatandaşları için daha elverişli, daha kayırcı olmasına ben imkân göremiyorum. Çünkü bu vatandaş ancak Türkiye'de mutad meskeni varsa teminat gösterme yükümlülüğünden kurtulacaktır ki, *yerleşim yeri yabancı ülkede olan kimsenin, hâla Türk vatandaşı kalmış bulursa da, Türkiye'de mutad meskeni olması, görülebilecek hâl midir?* Bir yerde mutad mesken edinmek (gerekçedeki tanımlamayla, *"tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması"*), hemen hemen sadece, artık yerleşmek niyetiyle orada yaşamaya başlamak durumunda gerçekleşir ve bu da eski ikametgâhın değişmesi, yeni ikametgâhın/yerleşim yerinin edinilmesi demektir. Yerleşim yeri Türkiye'de olan Türk vatandaşı ise zaten (şimdiki kurala göre) dava açarken teminat göstermez. Oysa, böyle bir şey görülebilecek ise, yerleşim yeri Türkiye'de olduğu hâlde mutad ikametgâhı yurt dışında ise, şimdi teminat göstermesi gerekecektir.

Dikkat edelim: Türk vatandaşlarının büyük sayılarla göç etmesi, dışarıdan Türkiye'ye doğru değil, Türkiye'den dışarıya doğrudur. Demek ki, çoğunluğun gerek ikametgâhı gerek mutad meskeni Türkiye'de iken, bunların bir haylisi, yurt dışında kalıcı olmak niyeti bulunmaksızın yani ikametgâhlarını değiştirmeksizin, yurt dışında iş buldukları kentte mutad mesken edinmekte, yıllar sonra Türkiye'ye dönmektedirler. Bir kısmî da, orada kalıcı olmakta; dolayısıyla hem mutad meskenleri hem ikametgâhları Türkiye dışına geçmektedir. Her iki kategorinin mutad meskeni yurt dışında oluyor ve bütün bu kitleyi Türkiye'de dava açarken teminat gösterme yükümlüsü yapıyoruz. Oysa ölçüt, yerleşim yerinin Türkiye'de bulunması olarak kalsa idi hiç değilse, yurt dışında kalıcı olmak niyeti bulunmaksızın orada mutad mesken edinmiş yüz binlerce vatandaşımızı bu teminat gösterme yükümlülüğünün dışında tutacaktık.

17. Tasarı'da m. 105, eski hâle getirme konusuyla ilgilidir ve HUMK m. 171 kuralının dili sadeleştirilip işlenmiş biçimidir. Ancak, oradaki, devletin teminat gösterme yükümlülüğünden bağışık olacağı kuralı Tasarı'ya alınmamıştır. Tasarı, keza, ihtiyatî tedbir isteyen kişinin teminat gösterme yükümlülüğü konusunda devlete bağışıklık tanıyan HUMK m. 110 cümle 3 kuralını da, "*vatandaşla devlet arasında eşitlik kurmak*" amacıyla, benimsememiştir (Tasarı'da m. 396). Bunu doğru bulmuyorum.

Genel olarak teminat gösterme yükümlülüğü konmasının amacı, uğranılacak zararın ödeneceğinden kuşku duymak caiz ise, örneğin Tasarı'da m. 90'da sözü edilen, dava açarak davalının birtakım masraflara katlanmasına yol açacak ve sonra da belki haksız çıkacak kişinin ileride o zararı tazmin edeceğinden, hakkında daha şimdiden aciz belgesi çıkmış olması nedeniyle, kuşku duymak caiz ise, zararın mağdura ödenmesini sağlama bağlamaktır. Devleti, hakkında aciz belgesi düzenlenmiş kişiyle ayrı kefeye koymak (bkz. Tasarı'da m. 90 f. I bent b) asla doğru olamaz.

Kaynak yasada (1925 tarihli CPCN'da) HUMK m. 110 ve 171 karşılığı olan maddelerde (CPCN m. 103 ve 144) Kanton

(devlet) için böyle bir bağışıklık öngörülmediğini bilmiyor değilim. Ama orada dahi hâkimin, kendisinden teminat istenecek tarafı teminat gösterme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen bağışık tutmak yetkisi (gerek CPCN m. 103'de gerek m. 144'de) olduğu için bu böyledir. *Hâkim, devleti bu yükümlülüğünden bağışık tutmayacaksa kimi tutacaktır?* İşte bu yüzden devletin teminattan bağışık tutulacağını ayrıca ifade etmeye gerek duyulmamıştır.

Bizde, Tasarı m. 105 bu içerikte olduğu yarı hâkim, oradaki talebi öne süren taraf devlet olsun olmasın teminat gösterilmeden de talebi kabul edebileceği için, elbette ki devletin teminat göstermesini aramayacaktır; *araması skandal olur.*

Buna karşılık Tasarı'da m. 396, şimdiki HUMK m. 110'un ve bunun kaynak yasadaki karşılığının tersine, ihtiyatî tedbir isteyen tarafın kişiliğine ve olaydaki duruma göre teminat aramaksızın isteği kabul etmek yetkisini hâkime vermemiş, mutlak olarak teminat gösterme zorunluluğunu kabullenmiş görünüyor: böyle bir yetki sadece "*talep, resnî belge veya başkaca kesin delillere dayanıyorsa*" mahkemeye verilmektedir.

Bu tutumda isabet yoktur; çünkü devlet, şimdi ihtiyatî tedbir talep ettiği davada haksız çıksa ve dolayısıyla haksız iken bir ihtiyatî tedbir kararı almış durumuna düşse, bu tedbir dolayısıyla hasım taraf zarara uğramış bulunsa ve devletten o zararı talep etmek hakkı olduğunu kabullenmek kaçınılmaz da olsa, o zarar talep edildiğinde, kim devletten daha sağlam bir borçludur?

Ayrıca, unutmamalı ki, hasım taraf lehine teminat nakit olarak bir yere yatırılabilir, davada haklı çıkan bu taraf, paranın yatırıldığı bankaya gidip "*Ben şu kadar zarara uğradım, verin paramı*" demekle parayı alıp gidemez; uğradığı zararın tutarının ayrı bir dava içinde belirlenmesi gerekir ve o davada elde ettiği hükmü ibraz ederek o hükümde belirlenmiş zarar miktarını yatırılan paradan alabilecektir (bu davanın açılması gereğine Tasarı'da m. 396 f. II'de ve m. 403'de de işaret edilmektedir). Yani, zarar miktarı konusunda iki taraf arasında anlaşma ol-

mazsa, mağdurun ikinci bir dava ile uğraşıp zarar miktarını belirleyen bir eda hükmü alması gerekecektir. Kendi aleyhine çıkmış böyle bir eda hükmü varken devletin hükme bağlanmış tazminatı ödememesi düşünülebilir mi ki, devleti daha ihtiyatî tedbir isteme sırasında teminat göstermek zorunda tutmanın mantığı olsun? *En doğrusu, m. 396 f. 1 cümle 2'de bulunan "Talep, resmî belge veya başkaca kesin delillere dayanıyorsa, malikeme gerekçesini ayrıca belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir" kuralını çıkarıp onun yerine, tıpkı 1925 tarihli CPCN-ni. 103 ve HUMK m. 110'da olduğu üzere, "Hâkim, durumun gereğine göre, teminat aranmaksızın da ihtiyatî tedbir istemini kabul edebilir" içeriğinde kural koymaktır.*

18. Tasarı'da, adlî tatilin sürelerle etkisi konusunu düzenleyen m. 110'a şöyle bir ekleme yapılması gerekir: "*Ancak, adlî tatile tâbi olan dava ve işlerle ilgili bulunsa dahi adlî tatil içinde yapılabilen, dava, cevap, istinaf dilekçesi vermek gibi işlemlerin süresi uzamaz.*" Gerçekten, bunların dahi süre uzamasından yararlanmaları, davaları boşu boşuna uzatmaktan başka hiçbir işe yaramaz.

19. Tasarı'da m. 117'ye konan "*seçimlik dava*" başlığı, doğru bir terim değildir; "*seçimlik borç davası*" demek gerekir. Gerçekten, seçimlik olan, davanın kendisi değil, dava temeli edinilen, davalının borcudur. Maddede f. F'de de bu düzeltme yapılmalıdır.

20. Tasarı'daki m. 124 f. I bent f, şimdiki HUMK m. 179 bent 3'ün karşılığıdır. Bildiğimiz üzere davacı dava dilekçesinde "*yemin*" delilini de anmuş değilse Yargıtay içtihatlarına göre, o bentteki "*delillerinin nelerden ibaret olduğu*" ifadesi dolayısıyla bir "*delillerini hasretme*" tasarrufu yapmış duruma düştüğünden, sonra yemin delilini kullanamaz ve hâkim de ona, ispat yükünü yerine getiremedi diye, yemin teklifinde bulunmak hakkı olduğunu kendiliğinden hatırlatamaz.

Ben Yargıtay bu gibi "*zımnen feragat*" varsayımlarının tümünü haksız ve kanunsuz buluyorum. Asıl olan hiç kimsenin hiçbir hak veya yetkisinden feragat etmek istemeyeceğidir.

Şimdi asıl konumuza gelelim; Tasarı'daki m. 124 f. I bent f ifadesinde böyle bir "nelerden ibaret olduğu" bölümü yoktur; buna göre Yargıtay, değindiğimiz varsayımı kabullenirken göz önünde tuttuğu "dayanak" tarihe karışıyor.

Kaldı ki artık yasa (bu f bendi) davacının dava dayanağı (temeli) olan bütün vakıalar bent e gereğince tek tek gösterildikten sonra onların her birinin hangi delille ispat edileceğinin belirtilmesini buyuruyor; yani şimdiki uygulamada yapıla geldiği üzere dava dilekçesinde delil türlerinin adlarını saymak yahut "delillerimiz: Bilcümle kanuni deliller" gibi bir lâf etmek, yetmeyecektir. Ama, ilke olarak, hiçbir davacı istem dayanağı şu veya bu vakıayı belirttikten sonra onun ispat aracı diye yemini göstermez, anmaz; yeminle ispatlamaya güvenerek dava açmaya kalkışılması pek seyrek karşılaşılabilecek bir hâldir. Taraf, işe yarayacağını umduğu diğer kanıtları kullanamazsa yahut onlardan beklediği sonucu alamazsa işte o zaman yemin teklifinde bulunur.

Zaten aslında yemin teklif edilmesi, kendi başına, delil değil bir taraf usûl işlemidir; *ama yemini edadan kaçınmak*, ikarda bulunmuş sayılma fiksiyonuna yol açtığı için, tıpkı ikrar gibi, ispat edilecek vakıayı münazaalı olmaktan çıkarıyor ve dolayısıyla o vakıa HUMK m. 238 (Tasarıda m. 191) gereğince ispata muhtaç olmaktan çıkıyor, ispat edilmiş gibi oluyor.

Bu tahlilin ve gözlemin sonucu şudur ki, dava dilekçesinde yeminden söz etmeyen davacıyı veya cevap yazısında yemin'i anmayan davalıyı, yemin'i dışta bırakır surette delillerini hasretmiş saymanın mantığı hiç mi hiç yoktur, yani konu sadece "hasretmiştir" varsayımının dayanaksızlığı da değildir.

Yine de, duraksamayı gidermek için, bent f'nin bitişini şöyle yazmak yerinde olur: "...edileceği; şu kadar ki, yeminden yararlanılacağıının belirtilmemesi, ispat yükü yerine getirilemezse tarafın yeminden yararlanmaya hakkı olduğunun ona malikemee hatırlatılmasına yahut onun kendiliğinden yemin teklifetme yetkisini kullanmasına engel olmaz."

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

21. Tasarı'da m. 137 f. II'de, "görevli mahkemeye" deniyor; "Görevli ve yetkili mahkemeye" denmesi gerekirdi.

22. Tasarı'da m. 147, "Ön inceleme oturumu tamamlandıktan sonra, hâkim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımını hakkındaki itiraz ve defleri karara bağlar" demektedir.

Bu yeni kural, özünde, çok yerinde ise de, ifadesinde iki yönden tırmalayıcılık vardır: a. Dava konusu alacağın veya diğer hakkın böyle dava yoluyla istenmesi bir hak düşüren süreye bağlanmış idiyse, o sürenin geçmiş olması gerçekten bir itiraz temeli olmakla birlikte, diğer itiraz temeli vakıalar bakımından da doğru olduğu üzere, hâkim bu vakıanın gerçekleştiğini usûlü dairesinde dosyaya intikal etmiş bilgiler arasında görüp öğrenince, onu re'sen göz önüne alır ve istemi reddeder (ve bu karar, tahkikat aşamasından önce verilebilir); bunun için davalının bir itiraz öne sürmüş bulunması zorunlu değildir. Maddenin, hâkim itirazı karara bağlar demesi bu yönden pek doğru olmuyor, b. Hâkimin bu konuyu ele almasının tahkikata başlamadan önce yapılacağını söylenmesi de tam doğru olmamıştır, çünkü istemin öne sürülmesinin bir hak düşüren süreye bağlandığını (bu konudaki hukuk kuralını) bilmesi gereken hâkim, sürenin geçmiş olup olmadığını ilke olarak bilemez ve bir itiraz temeli olan, sürenin geçmiş bulunduğu vakıasını davalıya hatırlatamayacağından, o süre geçti mi diye sorgu sual de edemez; demek, sürenin geçtiği dosyaya usûlü dairesinde girmiş belgelerde görülüyor değilse, davalının süre geçti diye iddia ve itirazda bulunmasını beklemek zorunludur. Bu itiraz öne sürülmüş ise, hak düşüren sürenin geçmiş olup olmadığı incelenecektir (geçmiş olduğunun dosyadan anlaşılır olmadığını varsayıyoruz); öyleyse, o hak ne zaman doğmuş idi, bunun tahkik edilmesi zorunludur; ancak bu inceleme sonunda, hakkın doğduğu günden davanın açıldığı güne kadar arada hak düşürücü süre geçti mi sorusuna yanıt verilebilir. Bu konuda yapılacak inceleme ise, tahkikatın ta kendisidir. Öyleyse bu incelemeyi ve karara varma aşamasını tahkikat aşamasının dışında görmek, "tahkikata başlamadan

önce" demek, doğru olmuyor. "Tahkikata başlamadan önce veya araştırma yapılması gerekiyorsa, tahkikat aşamasına geçildikte ilk iş olarak" denmesi daha doğru olurdu.

23. Tasarı'da, yeni delil gösterilmesi konusuna ilişkin m. 150, ilk cümlesinde, tarafların yasada belirtilen süre sonrasında yeni delil gösteremeyecekleri kuralma yer verdikten sonra, ikinci cümlede, birbirinden "veya" sözcüğüyle ayrılmış olarak, buna iki istisna getiriyor: "Ancak yeni delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir." Madde gerekçesinde de, orada iki istisna öngörüldüğü, demek ki "veya" sözcüğünün bilinçli olarak kullanıldığı açıkça söylenmiştir. (Gerekçede "Bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesi..." ifadesi besbelli, dalgınlık ürünüdür yahut yazım yanlışsıdır; "sonradan delil sunma yasağı kuralına" denmeliydi). Orada veya denerek iki istisna yaratılmasını doğru bulmuyorum; sırf yeni delil öne sürülmesinin yargılamayı geciktirme amacı taşımaması bu geç öne sürmenin caiz olduğunu kabul nedeni sayılamaz, sayılmamalıdır; aksi takdirde yani bu mantığa bağlı kalırsak, yapılan her bir usûl hukuku kuralı ihlâlini, ihlâlde bulunan kişi davayı sürüncemeye sokmak amacı gütmüyor idiyse, bağışlayıvermek gerekecekti. Bu da şu sonuca yol açacaktı ki davacının kendi davasını sürüncemeye sokmak istemiş olamayacağı besbellidir ve onun bütün usûl hukuku ihlâllerini, aklına estiği zaman bir yeni delil öne sürmelerini, caiz ama davalının bu gibi davranışlarını kabul edilemez saymalı idik. Doğrusu, m. 150 cümle 2' de, veya sözcüğünün ve ondan önceki sözcüklerin atılması, şöyle denmesidir: "Ancak yeni delilin süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir."

24. Tasarı'da m. 152 f. I' de bir unutmama olmuş, "taraflar, dava ve cevap dilekçelerini vermelerinden veya bunlar için belirlenen sürelerin, geçmesinden sonra duruşma için davet edilirler" denmiştir; "...sürelerin, geçmesinden ve mahkemece ön inceleme'nin yapılmasından sonra .." denmeliydi. Çünkü Tasarı'ya göre, lâyhalar

teatisinden sonra ve tahkikata başlamadan önce bir ön inceleme aşaması vardır (m. 142); bu amaçla bir oturum/duruşma da yapılır (m. 144); tahkikat için duruşma daveti daha sonra yapılır (m. 149); m. 152'de düzenlenen davet, işte bu davettir.

25. Tasarı'da m. 152 f. II, HUMK m. 213'ün öz yönünden aynıdır. Ancak, m. 155 gerekçesi, bu m. 152 uyarınca yazılacak davetiyeye konacak ihtâr hakkında yanlış bilgi veriyor. Söz konusu m. 155 gerekçesine bakarsak, bütün duruşmalara çağrı yazılarına (Tasarı'da m. 152 f. H'de düzenlenmiştir), tıpkı ön inceleme duruşmasına çağrı yazısında (m. 144'de düzenlenmiştir) olduğu gibi, "*duruşmaya gelmezseniz hasmınız sizin yokluğunuzda iddia veya savunmasını değiştirebilir, genişletebilir*" diye ihtâr konmalı imiş. Bunda bir yanılma var. Duruşma davetiyelerini düzenleyen m. 152, sadece, "*Duruşmada hazır bulunmazsanız yokluğunuzda işlem yapılır ve yapılan işlemlere sonradan itiraz edemezsiniz*" ihtârının davetiyede bulunmasını ister. Şimdiki HUMK m. 409'u yansıtan m. 155 dahi, m. 409'dan farklı olarak, sadece, taraflardan birinin geçerli özürlü olmaksızın duruşmaya gelmemiş olması hâlinde bu kişinin yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceğini söyler. *Hiçbiri, gelmeyenin hasmı aklına estiği gibi iddia veya savunmasını genişletebilir, değiştirebilir ve bu genişletme, değiştirme geçerli sayılır demez. Diyemez de; çünkü, Tasarı'da m. 146 f. I cümle 3, açık açık, "Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez"* demektedir yani hasmın açık rızasıyla yapılan değiştirmeyi, genişletmeyi dahi geçersiz saymaktadır. Gerekeçedeki yanlışlık çok açıktır.

26. Tasarı'da m. 169, yargılama usûlü hukukumuzda önemli bir boşluğu doldurmakta ve bekletici sorun konusunu düzenlemekte ise de, bazı yönlerden tekrar "*ele alınması*" gerekiyor:

a. Maddede f. I, "*Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir*" deniyor. Bir kez, burada "*başka bir*

davaya" denmesi eksiktir; "*başka bir derdest davaya*" denmelidir. Ortada derdest dava yoksa ancak o davanın açılması için süre verilmesi yoluna gidilir yoksa şimdiden, açılıp açılmayacağı belli olmayan o davadan çıkacak sonucun beklenmesine karar verilmez.

b. Hükümün verilmesi "*dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı*" ise, kimin ne yapması beklenerek bir bekletici sorun sayma kararı verilecek? Elbette ki, o ilişkinin mevcut olup olmadığının mahkeme hükmüyle yahut idarî kararlarla tespiti beklenemez. Oysa bu durum zaten daha önceki ifadenin kapsamına giriyor ve yapılacak iş de bundan sonraki ifadenin kapsamındadır. Madde gerekçesindeki anlatım da böyle; yani şimdi ele alınan durum için dahi "*Burada beklenen sorun, bir mahkemede açılmış ve görülmekte olan bir dava ya da idarî makamın kararıdır*" deniyor. Görüldüğü üzere, "*yalnuz dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına*" deyişi, fuzulîdir.

c. Bu m. 169 gerekçesinde de bazı düzeltmeler yapılmalıdır. Orada söze, "*Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenebilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargı makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara, bekletici sorun denir*" tanımlaması veriliyor. Oysa, mahkeme o sorunu çözmek için görevli de olabilir. Bağlantılı sorun hâlen derdest bir davaya konu olmuş idiyse, o sorunu, örneğin mülkiyet kimdedir sorununu, davaya (diyelim, men-i müdahale davasına yahut ecr-i misil davasına) bakan hukuk mahkemesi kendisi çözmekten ise, diğer bir hukuk mahkemesindeki, doğrudan doğruya bu sorunu konu alan davanın, diyelim, maliki yanlış gösteren (araziye müdahâlesinin men'i istenen yahut ecri misil ödemesi gereken kişiyi malik diye gösteren ve onun tarafından savunma dayanağı edinilen) tapu kaydının düzeltilmesi davasının, sonucunu bekleyebilir.

ç. Gerekçede, "*Birinci hal, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya veya idarî makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tama-*

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

men bağlı ise, mahkeme görülmekte olan davanın sonuçlanmasına ya da idarî makamın kararına kadar yargılamayı bekletir" deniyor. Bunu, "Birinci hal, bir davada hükmü verilebilmesi başka bir derdest davaya veya idarî makamın sonuçlandırılmaya giriştiği [idarî makama başvuru dahi yapılmamış idiyse idarî makamın tespitinin beklenmesine karar çıkamaz, önce oraya başvuru yapsın diye ilgiliye süre vermek gerekir] tespitine [yahut... olmadığına deyişi atılıyor] kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme görülmekte olan davanın sonuçlanmasına ya da idarî makamın kararına kadar yargılamayı bekletir" diye yazmak doğru olur.

27. Tasarı'da, isticvapla ilgili m. 173'de f. II, "İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur" diyor. Burada sadece "davanın" demeyip "davanın veya savunmanın" demek gerekir.

Gerekçeye bakılırsa, Tasarı'da m. 173 f. I, şimdiki HUMK m. 230 f. I cümle I'in, ifadesi sadeleştirilmiş biçimdir (doğru); m. 173 f. II de, HUMK m. 230 f. II'nin güncelleştirilmiş biçimdir (pek de öyle değil). Tasarı'daki m. 173 f. II şöyledir: "İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur." HUMK m. 230 f. II ise, "İsticvap müddeabihe veya onunla münasebeti olan hallerle vakıalara taallûk etmek icap eder" demektedir.

Dikkat edilirse, davalının da kendi savunma temelini oluşturan vakıalar konusunda isticvap edilmesine, HUMK m. 230 f. II'deki ifade, müddeabih'den söz etmesine rağmen, engel değildir; Tasarı'da m. 173 f. II ise açıkça engeldir ve isticvap konusu *davanın temelini oluşturan vakıalardır* demeye gelmektedir. Aslında, HUMK m. 230 f. II ifadesi dahi kaynak yasadandır (1925 tarihli CPCN, m. 204 f. II) dosdoğru çevrilmemiştir; kaynak yasa, "L'interrogatoire peut porter sur les faits du proces et sur toutes les circonstances de la cause" (=İsticvap, dava sürecinin vakıalarına [yani, davanın çözümüne etkili olabilecek nitelikte, çekişmeli vakıa iddialarına; HUMK m. 238] ve davanın bütün ayrıntılarına [cirsonstances burada hâller, koşullar değil ayrıntılar anlamındadır] ilişkin olabilir) der. Bu ifadeden, davalının da kendi savunmasının temeli olan vakıalar konusunda isticvap

edilebileceği son derecede açık olarak anlaşılır. Tasarı'da m. 173 f. II'nin de aynen bu ifadeyi kullanması yerinde olur.

28. Tasarı'da m. 191 f. I, şimdiki HUMK m. 238 f. I kuralını sadeleştirerek aktarırken, oradaki münazaalı sözcüğünü ayrı ayrı çevirilerle iki kez karşılamıştır: "İspatın konusunu **tarafaların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.**" Bunlardan birincisi hem uzun hem fuzulüdür.

29. Tasarı'da ispat hakkına ilişkin m. 193 ve gerekçesi, yeniden ele alınmalıdır:

Önce, gerekçede, ilk söz olarak, "1086 sayılı Kanun'un [HUMK'un] 218 ve 287. maddelerindeki düzenlemelere kısmen karşılık gelen bu madde..." deniyor. Aslında sadece f. III, HUMK m. 287'nin ve f. IV de HUMK m. 218'in karşılığıdır denebilir. İlk iki fıkra tümüyle yenidir.

Maddedeki f. I, "Taraflar, Kanun'da belirtilen süre ve Usûle uygun olarak ispat hakkına sahiptir" diyor. Davada ispat aslında kendi başına hak değildir; usûli işlemler yapmak yetkisinin bir kullanılış biçimidir. İfade şöyle olmalıdır: "Taraflar, mahkemede hak arama ve bu süreçte Usûlî işlemler yapma yetkisinin bir parçası olarak, ispat işlemleri yapmak yetkisi anlamında, ispat hakkına sahiptirler." Aslında böyle bir ifadenin yasada yer almasının hiç gereği yoktur ve bu ifade bulunmazsa hiç kimse tarafların ispat hakkını yasa tanımıyor demez, hâkimler ispata izin vermemeye kalkışmaz.

30. Tasarı'da m. 194 f. I'de getirilen ispat yükü kuralı, TMK m. 6'dakinden, öz itibariyle, farklı değildir (gerekçesinde de aksine iddia yok). Böyle iken Tasarı'da m. 453 ile TMK m. 6'nun yürürlükten kaldırılıp o güzel yasanın daha başlangıç bölümünde eksik bir dış çirkinliği yaratılmasının, kuralın buraya (HMK'ya) alınmasının gereği yoktu. Üstelik, m. 194 gerekçesinde "ispat yükü kurallarının maddî hukuk temelli olmakla birlikte bir usûl hukuku müessesesi olması sebebiyle" denmesi pek de doğru olmamıştır. Maddî hukukla ilgili konularda ispat

yükünü belirleyen kural doğrudan doğruya maddî hukuktan çıkar. Örneğin, başkasının arsasına a. İyi niyetle, b. Kendi malzemesiyle inşaat yaptığı ve c. İnşaatın değerinin arsa değerinden belirgin biçimde daha yüksek olduğu vakıalarına dayanılarak ve bu vakıaların varlığı hâlinde arsa mülkiyeti adil bir karşılık ödenmesiyle ona bırakılsın diye istem öne sürmesine hak tanıyan yasa kuralına dayanarak dava açan kişi, isteminin kabul edilebilmesi için bizzat o yasa kuralının aradığı bu vakıaların gerçekleştiği sabit olmazsa istemini elde edemeyeceğinden, onların veya onlardan herhangi birinin ispatsız kalmasının riskini (işte ispat yükü budur) taşır. Bu takdirde istemini elde edemez.

Görülüyor ki herhangi bir hukuk normuna dayanarak bir hak, bir yetki öne süren kişiye, o maddenin uygulanabilmesi için bizzat o maddenin aradığı vakıaların somut yaşantıda gerçekleştiğini ispat yükü yükleyen, o normun kendisidir ve ortada bir maddî hukuk normu söz konusu ise demek ki ispat yükünü de maddî hukuk belirlemektedir. Maddî hukukun medenî hukuktan ibaret olmadığı tartışılmaz ise de tarihsel gelişme bakımından hiç kuşkusuz ki bütün hukukun anası "*Medenî Hukuk*"tur; pratikte ezici çoğunluğuyla maddî hukuk normlarının uygulanması işlerinde karşınıza çıkan ispat yükü sorununun çözümünü belirten genel kuralın "*Medenî Kanun*"da yer alması da hakça olan, doğru olan, yakışık alan tercihtir.

Tasarı'daki m. 194'ün karineleri konu alan f. II kuralı ise, her hukukçunun bildiği şeyleri söylemektedir. Bunlara ders kitabında yer vermek, bilmeyen öğrencilere öğretmek kaçınılmaz ise de, yasada yer vermenin hiç gereği yoktur. Kaldı ki, o fıkrada "*...kanuni karinenin aksini ispat edebilir*" denmesi de pek doğru değildir; kanunî karine bir yasa kuralıdır ve kuralın aksi ispat edilmez, kişi, "*...kanuni karineden çıkan sonucun doğru olmadığını*" (örneğin, babalık karinesine uyar durumda bulunmasına rağmen kendisinin baba olmadığını) ispat edebilir.

31. Tasarı'daki m. 207 bent b kuralıyla ilgili olarak gerekçede bir ifade yanlışlığı vardır. Gerekçede, "*senede bağlanması teamülden olmayan işlemlerde*" tanıkla ispatın mümkün olma-

sının amaçlandığı söyleniyor. Bildiğimiz gibi, şimdiki HUMK m. 293 bent 4 de bu doğrultudadır ve öğretilde, orada bir ifade zaafı olduğu, kuralın aslında “*senede bağlanmaması teamülî bulunan*” hukuksal işlemlerin senetsiz ispat edilebileceğini anlatır yolda yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Tasarı’da da bu görüşe uyulmuş ve m. 207 bent b’de, “*senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukukî işlemler*” denmiştir. Gerekçede bunlar unutulmuş görünüyör.

32. HUMK m. 293’deki, haksız fiillerin ispatının senetle ispat gerekliliği dışında bulunduğunu belirten bent 2’nin fuzulî olduğu; çünkü zaten bu gerekliliğin yalnız hukukî işlemleri kapsamına aldığı, oysa haksız fiilin hukukî işlem olmadığı, öğretilde oybirliğiyle belirtilmişti. Bu eleştiriye Tasarı’da da kulak verilmiş ve o bent, m. 207’ye alınmamış, alınmamasının nedeni de gerekçede belirtilmiştir. Oysa, HUMK m.293 bent 5 kuralı dahi tıpatıp aynı nedenle (orada sözü edilen durum yani hukuksal işlemin hataya, hileye, ikraha dayanması veya sözleşmede gabin bulunması iddiası kendi başına bir hukukî işlem iddiası niteliğinde olmadığından ve böylece zaten senetle ispat gereğinin dışında kaldığından) fuzulî idi, buna da öğretilde neredeyse herkes değinmiştir; hâl böyleyken aynı fuzulî kuralın Tasarı’da m. 207’de bent ç olarak yer alabilmiş olduğunu görüyoruz.

33. HUMK m. 298 senette yapılmış çıkıntılarm yani çıkıntıyla eklenmiş yazıların “*ve keزالik senedin metninde veya hamışindeki hak ve silinti*”nin, ayrıca tasdik edilmemiş ise, inkâr hâlinde keanlemyekûn (yok) sayılacağını söylüyor. Aynı kural, ifadesi sadeleştirilerek, Tasarı’da m. 211 cümle l’e de alınmıştır: “*Senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkâr hâlinde göz önünde tutulmaz.*” Çıkıntı yapılarak veya yapılmayarak senette yer alan ve eklenmiş olduğu anlaşılan yazıların inkâr hâlinde geçersiz sayılması ilkesinin anlaşılacak yanı yoktur ama kazıntı ve silintiler bakımından durum öyle değil. Kazıntı veya silintinin inkâr hâlinde göz önünde tutulmaması ne demek? Orada kazımayla bir boşluk oluşmuş, eskiden yazılı olan sözcükler okunamıyor; senede dayanan tarafın hasmı ora-

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

da bir erteleyici şartın öngörölmüş iken kazımayla silindiğini iddia ediyor ama bu yolda kanıtı yok; hâkim şimdi "kazımayı göz önüne almıyorum, taliki şartın varlığını kabul ediyorum" diyebilecek mi? Kanıt yokken bunu kabul edemez, ama o zaman da, her ne tutum izlenirse izlensin, bu tutuma "kazımayı göz önüne almamak" tutumu denemez. Öyleyse, kazıma ve silinti faraziyesinde hâkim kazımayı, silintiye göz önüne almaz ifadesi anlam taşıyor, gidilecek yolu göstermiyor.

Maddedeki cümle 3, sözünü ettiği faraziye bakımından, sorunu, Gordion düğümüne kılıç çalarak, paldır küldür çözüyor: "Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemeye senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir." Ama o zaman, senedin kazıntılı olmayan bölümlerinde açık seçik yer alan ifadelerin ispat gücü de yok edilivermiş, senedi sunan kişi burada ifade edilmiş vakıalar ve hukukî işlemler bakımından da yazılı delilinden yoksun bırakılmış olacaktır.

Belki en doğrusu, kazıntılı bölümde şu yazılıydı diyen hasmın iddia ettiği içerik bakımından senedin şimdiki kazıntılı hâliyle suskunluğuna bir ispat değeri tanımamaktır. Örneğin, hasım taraf o kazıntının yerinde bir erteleyici şart veya bir ecel (süre) maddesi vardı (diyelim, satış bedelinin gelecek yıl 1 Temmuz'a kadar ödenmiş olması gerektiği yazılı idi) diyorsa, senedin bu noktadaki suskunluğuna, öyle bir erteleyici şart yahut vadenin kararlaştırılmış olmadığı bu senetteki suskunlukla kanıtlanmış olması değeri tanımamakla birlikte, senedin geri kalan bütün (şimdi görünen) içeriği yönünden ispat değerini tanımak olur.

İhtilâflı kalan vakıa için de suf hasmın iddiasında kalan içerik, sadece kazıntının var olduğuna bakılarak, ispatlandı sayılacak değildir. O konuda ispat yükü, genel kural çerçevesinde kime düşüyorsa, onun, kendi lehine hukuksal sonuç doğuracak içeriği kanıtlanması istenir. Yapılacak ispat, *senede karşı* öne sürölen bir vakıa iddiasının ispatı sayılmayacaktır; çünkü senetteki metnin erteleyici şartı, vadeyi öngörmediği, kazıntı sebebine, anlaşılammaktadır (yani, orada bir ertele-

yici şart vardı diyen kişi, senet metniyle ispatlanmış bir hâlin aksini öne sürüyor değildir), öyleyse bu ispat şimdiki HUMK m. 290, Tasarı'daki m. 205 kuralına tâbi olmayacaktır, tanukla da yapılabilecektir. İhtilâflı kalan konuda ispat için genel kurallar uygulanınca, lehte veya aleyhte, emarelerle ispat da yapılabilecektir. Örneğin ancak üç kelimenin sığabileceği bir yerde kazıma yapılmış iken davalı, *"Orada bir erteleyici şart vardı ve şöyleydi, erteleyici şart henüz gerçekleşmediğinden davacının alacağı talep yetkisi henüz yoktur"* diyerek erteleyici şart kararlaştırıldığını tanukla kanıtlamaya kalkışıyorsa, üç kelimelik yere bir erteleyici şart maddesi yazılamayacağından, hâkim onun iddiasının doğru olmadığını kanıtlanmış sayabilir ve onun tanuk dinletme talebini kabul etmeyebilir.

34. Tasarı'da m. 212 f. I kuralı şöyledir: *"Taraflardan biri, kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen bir belgedeki imza veya yazıyı inkâr etmek isterse, sahtelik iddiasında bulunmalıdır; aksi hâlde belge, aleyhine delil olarak kullanılır."* Bu kural, özellikle, şu veya bu sebeple davalı duruşmalara gelmediği, dava onun gıyabında yürüdüğü takdirde son derecede sakıncalı ve adaletsizdir. Madde gerekçesinde şöyle deniyor: *"Bir belge hakkında tarafların sahtelik iddiası söz konusu değilse, kanunda öngörülen haller dışında kural olarak doğruluğunun ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Bu sebeple yazı ve imza inkârında bulunan tarafın bunu açık bir sahtelik iddiası ile ileri sürmesi gerekir."* Söz konusu ifade beni hayretler içinde bırakmıştır.

Bütün yargılama hukuklarında delil takdiri yetkisi ve görevi mahkemenindir ve dolayısıyla ispatı gerekli vakıa iddiası bakımından bir belgenin yeterli ispat gücü olup olmadığını belirlemek de hâkimin görevidir. Senetle ispat zorunluluğu çerçevesinde olsun olmasın, bir iddianın ispatı için herhangi bir belge sunuluyorsa, bunun belge diye kabul edilmesinin vazgeçilmez evrensel şartı, kime karşı ispat yapılacaksa ondan sâdır olmasıdır. Tasarı'da m. 203 gerekçesinde belirtildiği üzere, Tasarı, senedi tanımlamaktan kasden kaçınmıştır ama m. 206 f. II'de yazılı delil başlangıcının tanımı verilmiştir ve orada, bir belgeyi yazılı delil başlangıcı saymak için onun *"kendisine karşı*

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

ileri sürüldüğü [sürülen denmesi Türkçe bakımından daha az doğrudur] kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş" olması "lâzime"si özellikle vurgulanmıştır. Senet için bu gereklilik evleviyetle ve hiç tartışılmaz biçimde geçerlidir. Demek, her yargılama sürecinde hâkimin önüne senet diye veya yazılı delil başlangıcıdır diye bir belge konduğunda hâkimin ilk araştıracağı, bu belgenin hasından sâdir olup olmadığıdır. Ortada hasmın aidiyet ikrarı bulunmadıkça bu araştırma daima re'sen yapılır; yani, ilâmsız icra takiplerindeki durumun tersine, "inkâr vaki olmadıkça imzanın o kişiye aidiyeti mefruz" değildir, böyle bir yasal yahut fiilî karine asla yoktur.

Toplumsal düzende egemen olan çirkin "altta kalanın canı çıksın" ilkesi zaten son on yıllarda hukuk düzenimize, hele hele icra takiplerinin hukuk düzenimize yeterinden fazla sızmıştır; bir de, "Türk milleti adına" hüküm verilirken yürütülen süreçte, senedin aidiyetinin re'sen araştırılması gereği gibi hayatî bir konuda bu utançsız ilkeye hukukumuzda yer vermeyelim. Hâkimin adaleti bulup uygulamasının önüne bir barikat daha dikmeyelim.

35. Tasarı'da m. 229, hangi hâllerde yemin teklifinin yapılamayacağı sayarken, bent a'da şöyle diyor: "Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufedemeyeceği davalar." İfade şöyle olmalıydı: "Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufedemeyeceği davalarda dava veya savunma temeli oluşturan vakalar." Çünkü yeminin konusu dava değil, belli bir vaktâ (o arada, belli bir hukuksal ilişkinin varlığı) olabilir. Dava için yemin teklif etmek diye bir hâl olamaz.

36. Aynı maddede bent b'de, "Bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği haller" deniyor, "...görülmediği hallerde, bu irade açıklamaları" denmeliydi. Çünkü yasaklanmak istenen, örneğin kefillik sözleşmesi için yasa sırf tarafların irade açıklamasını yeterli görmeyip ayrıca bu irade açıklamasının yazıya dökülmesini istemiş iken, böyle yazılı kefalet sözleşmesinin yapılmamış olmasına ve sözlü beyanlarla yetinilmiş olmasına rağmen kefalet akdinin varlığı iddiasıyla dava açan davacının, davalıya, sözlü olarak

bu konuda karşılıklı irade açıklamaları yapıldığını kanıtlamak amacıyla “*yapmadığımızı yemin etsin*” diye yemin teklifinde bulunmasıdır. Aynı yolda, Yargıtay içtihatlarının da belirttiği üzere, “*haricen*” taşınmaz mal satışını geçerli sanıp öyle bir satışa dayanarak dava açan kişinin, dava temelini kanıtlamak için, “*onun yazıhanesinde dairenin bana şu kadar bedelle satışı sözleşmesini yapmıştı; inkâr ediyor, başka delilim yok, yapmadığımızı yemin etsin*” gibi bir yemin teklifinde bulunması da işe yaramaz ve karşı tarafın yemin etmeyeceğini söylemesi hâlinde akdin yapıldığı sübut buldu denemez.

37. Aynı maddede bent c sonunda da “*hâller*” yerine “*vakıalar*” denmesi daha doğru olur.

38. Tasarı’da, bilirkişiye ilişkin m. 270 sisteminde çok önemli bir yanlışlık vardır. Şimdiki HUMK m. 275, “*Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez*” demiş, hukukla ilgili konularda bilirkişiye başvurulamayacağı içeriğinde mutlak bir yasaklama getirmekten kaçınmıştır. Doğrusu da budur.

Her hâkimin yanıtını bilmesi gereken veya bilmiyorsa, unutmuşsa bile zorluk çekmeden öğrenebileceği hukuksal sorunlar için bilirkişi görevlendirilmesinin yasaklanması elbette ki çok doğrudur (bir tarihte, ben İzmir’de görevli iken bana Manisa’nın bir ilçesinin mahkemesinden, bir miras işinde kimliği belli mirasçılardan kime ne kadar bölüşme payı düşeceğini raporla belirtmem için bilirkişilik görevi gelmişti; Miras Hukuku dersini görmüş fakülte öğrencilerinin bile, hem de yasaya bakmadan, çözümünü açıklaması gereken böyle bir sorun için dahi bilirkişi atamasına gidilmiş olduğu, gerçektir). Ancak, günümüz dünyası, Nasrettin Hoca’nın kadı görevi yaptığı zamanın ve toplumun dünyası değildir; ilişkiler ve hukuk sistemi son derecede karmaşıklaşmıştır.

Örneğin, Bankacılık Kanunu’nun düzenlediği, banka batırılmakla suçlanan kişilere karşı açılacak, bankaya verdikleri (ve şimdi TMSF’nin sırtına yüklenen) zararın kendilerine ödetilmesi ve ödemezlerse kişisel iflâslarına karar verilmesi davasında

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

ortaya pek çok hukuksal sorun çıkmaktadır; kimi davalılar, “Bizim bankaya zarar verdiği söylenen işlemlerimiz şimdiki yasal düzenlemenin öncesinde idi, o zaman yapılmış işlemler için bugünün hukuku gereğince bize karşı iflâs davası açılmaz” yolunda savunma öne sürmüşlerdir. Bazı davalarda davalılar, “Bizim olmayacak kişilere kredi diye para verdirip sonra bu kredilerin geri ödenmemesi suretiyle bankanın batmasına yol açtığımız öne sürülüyor. Oysa para alanlara karşı banka veya sonra bankaya ardıl olan TMSF icra takibi yapmış ve bu takip içinde o kişilerden para alınamayacağı sabit olarak onlar hakkında aciz belgesi düzenlenmiş değildir. Bize karşı açılan şimdiki davanın zorunlu dinlenme şartı eksiktir. Davanın hemen ve tahkikata girilmeden reddi gerekir” savunmasında bulunmuşlardır. Bu gibi savunmaların yerinde olup olmadığı, düzenlemenin yeniliği nedeniyle, henüz yerleşmiş içtihatlarla belirlenmiş değildir ve icra-iftlâs hukukunun uzmanı olmayan hukukçuların gerek yayınlarında gerek taraflara verdiği danışma raporlarında yanlış çözümlerin savunulduğu görülebilmektedir. Bu nedenle, bilgili ve deneyimli üç hâkimin görev yaptığı ticaret mahkemelerimizde bile, bu gibi davalarla karşılaşıldığında, içinde hem banka ve ticaret hukuku alanında hem de icra ve iflâs hukuku alanında uzman kişilerin bulunduğu bilirkişi kurullarının görevlendirilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Yapılan bu uygulama yerinde ve hâтта zorunludur.

Hâl böyle iken, Tasarı’da, hukukla ilgili konularda bilirkişiye başvurmanın mutlak olarak yasaklanmak istendiğini görüyoruz (Tasarı’da m. 270 ve bunun gerekçesi; m. 274 gerekçesinde c). Böyle bir değişiklik ve yasaklamada isabet yoktur. Şimdiki sistem doğrudur ve HUMK m. 275 cümle 2’deki kuralın aynen alınmasıyla yetinilmesi yerinde olacaktır.

Böyle olunca, Tasarı’da m. 283 bent 4’e konan “Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukukî değerlendirmelerde bulunamaz” kuralının da değiştirilmesi ve “Bilirkişi, özel uzmanlık gerektiren bir hukuk sorununun çözümü için görevlendirilmiş değilse, raporunda...” denmesi gerekir.

39. Tasarı’da, bilirkişi sayısını belirleyen m. 271’in gerekçesinde bilirkişilik görevinin konusu sadece maddî vakıaların

aydınlatılması olabilmüş gibi “açıklığa kavuşturulması gereken *maddî vakıa*” denmesi doğru olmamıştır. Bilirkişinin görevi, örneğin, Osmanlı yazısı hakkındaki özel bilgisi nedeniyle, delil diye sunulmuş, Kanunî Süleyman’dan kalma bir fermanın okunup günümüz yazısına çevrilmesi de olabilir. “*Malikemenin ihtiyaç duyduğu bilginin elde edilmesi*” denmesi daha doğru olur.

40. Tasarı’da m. 285 gerekçesinde şöyle deniyor: “*Rapora itiraz için öngörülmüş yedi günlük süre kesin süredir; hak düşürücü bir nitelik taşır. Taraflar bu süre içerisinde itirazlarını dile getirmez ise bilirkişi raporu, taraflar bakımından kesinleşir.*” Oysa tarafların itiraz etmemesi hâlinde bile bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayacağı kabul edilince (HUMK m. 286 f. I; Tasarı’da m. 286 ve gerekçesi), artık taraflar bakımından kesinleşmeyi kabul imkânı da kalmaz. Çünkü yargılama usûlü hukuklarının genel ve temel ilkelerinden biri, “*hâkimin bir işlemi yapmak yetkisi bulunduğu sürece, taraflar, o işlemin yapılmasını ve o doğrultuda tutum izlenmesini talep edebilirler*” ilkesidir.

Örneğin hâkim tahkikat aşaması boyunca her zaman re’sen keşfe veya bilirkişi görevlendirilmesine karar verebileceğinden (HUMK m. 275, 363) taraflardan herhangi biri de tahkikat aşamasında, daha önce istememiş bulunduğu hâlde sonradan keşif veya bilirkişi incelemesi isteyebilir. Bilirkişi raporuna itiraz bakımından da durum aynıdır; hâkim bilirkişi raporunun şu veya bu bölümüne, gerekçe göstererek, itibar etmemek yetkisine gerek şimdiki düzende gerek Tasarı’nın getireceği düzende, sahip olduğuna göre, taraflardan her birinin de, aynı gerekçeleri öne sürüp hâkimin rapora itibar etmemesini isteyebileceği kuşkusuzdur.

41. Tasarı’da m. 295 f. III’de, “*Keşif, üçüncü kişi için uygun olan zamanda yapılır*” deniyor. Bu imtiyaz ve iltimasın nedeni, gerekçede belirtilmiş değildir. Keşfin zamanını belirlerken, “*o gün o saatte olmasın da şu gün şu saatte olsun*” demesine değer verilmesi gereken kişiler çoktur: hâkim (ve kurul hâlinde gidiliyorsa, hâkimlerin her biri); davacı; vekili; davalı; vekili; bilirkişiler götürülüyorsa, bunlar; tanıklar orada dinlenecekse,

tanıklar; ve keşif yapılacak taşınmazı kiracı sıfatıyla işgâl eden kişi gibi, üçüncü kişiler. Bu sonuncuların tedirgin edilmemesine üstün dikkat gösterilmesi gerektiği anlamına gelen şimdiki ifade doğru ve âdil değildir; doğru ve âdil olan, sayılan bütün bu kişilerin rahatlarının olabildiğince az ölçüde bozulmasını sağlayacak bir zamanlama yapılmasıdır. O kişilerden birinin ve sadece onun uygun zamanını kollamak, diğerlerininkini umursamamak tutumunu yasa buyuramaz. En iyisi, “*Keşif zamanının belirlenmesinde hazır bulunacakların en azmin en az ölçüde tedirgin edilmesi gözetilir*” demektir.

42. Tasarı'da m. 296 yeni olmaktan başka, çok tartışma götürebilecek bir kuralı benimsiyor: Soybağının belirlenmesi gerektiğinde, kişiler, bu amaçla bedeninden kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır; haklı sebep olmaksızın bu yükümlülüğe uyulmaması hâlinde hâkin, *incelemenin zor kullanılarak yapılmasına* karar verir. Gerekçe bölümünde, bu kuralın gerekçesine ilişkin ifade, doğrusu pek cılızdır: “*İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş*” imiş, hâтта *üçüncü kişilerin* tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınma yolu da kapatılmış.

Tabloyu şöyle bir göz önüne getiriniz: Murisin (merhum ünlü şarkıcı falanca) oğluna karşı açılan, onun aslında murisin oğlu ve dolayısıyla mirasçısı olmadığını tespiti ve nüfus kaydında da buna göre gerekli değişikliğin yapılması davasında davacı (merhum şarkıcının beşinci ve sonuncu eşi olan hanım), şimdi 40 yaşında olan çocuğun gerçek babası olarak, diyelim, Prof. Dr. S.'nin adını veriyor; hâkimden bu meslektaşımızın falanca hastaneye filân günde gidip kan ve doku aldırması emri, ara kararı olarak çıkıyor, ona tebliğ ediliyor; meslektaşımız çok sinirleniyor ve öfkesinden mazeret dahi bildirmeksizin (zaten mazereti yok), oraya gitmiyor; hâkim ilk duruşmada, incelemenin zor kullanarak yapılmasına karar veriyor (seçeneği yok; yasa “*karar verir*” demiş); Tasarı'daki, ihtiyatî tedbirlere ilişkin m. 397, f. II cümle 2 kuralını kıyas yoluyla uygulayıp, kararın yerine getirilmesiyle yazı işleri müdürünü görevlendiriyor. Yazı işleri müdürü aynı maddede f. III kuralı gereğince, S.'nin konutuna en yakın karakola yazılı başvuruda bulunuyor;

önce müdür, ardında 5 polis, S.'nin konutuna geliyorlar, öfkeli meslektaşımız direniyor, kendisini ipe sarıp sarmalıyorlar, polislerin kimi kollarından kimi bacaklarından tutarak onu hastaneye götürüyorlar, S.'nin bağırması çağırması arasında vücudundan kan ve doku örnekleri alınıp kavanozlara konuyor, sonra S.'yi bırakıyorlar.

Böyle bir uygulama, Sultan IV. Murat zamanında olabiliirdi ama şimdi olabileceğini sanmıyorum.

43. Tasarı'daki m. 298 f. III'le ilgili gerekçe bölümünde bir yanlışlık vardır ve fıkra yeni bir kural gibi gösterilmektedir: *"Burada hükim sonucunun duruşma tutanağına geçirilmesi zorunluluğu konmuş, böylece tefhim edilen hükim sonucunun, sonradan başka suret ve şekilde kaleme alınması ... tehlikesinin önlenmesine çalışılmıştır."* Oysa şimdiki HUMK m. 381 f. II şöyledir: *"Kararın tefhimini, en az 388 inci maddede belirtilen hükim sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur."* Zaten, tutanaklarla ilgili HUMK m. 151 f. II sonunda da, verilen her kararın ne olduğunun ve nasıl tefhim edildiğinin tutanağa geçirilmesi emredilmiştir.

44. Tasarı'da m. 299 f. III şöyle diyor: *"Hükümün müzakeresi sırasında, yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği oturumda hazır bulunan hâkim bulunmuyorsa, tarafların sözlü açıklamaları tekrar dinlendikten sonra müzakere edilir ve hükmü verilir."* Niçin bu yola gidildiği konusunda gerekçede işaret yoktur. Burada, *"gereklik görüldüğü takdirde"* denmesi doğru olur; çünkü bir önceki duruşmada tarafların son sözlü açıklamaları tutanağa geçmiştir ve o tutanak dâhil, dava dosyasının okunmasıyla yeni hâkim, çoğu zaman, nasıl karar verileceğini duraksamasız kestirebilir, tarafları yeniden dinlemeye gerek olmayabilir.

45. Tasarı'da m. 301 f. I kuralının yazılmasında bir atlama olmuştur; *"Hüküm, 'Türk Milleti Adına' verilir ve"* diye başlanacak iken, *"Türk Milleti Adına verilir"* diye başlanmıştır.

46. Tasarı'da kesin hükme ilişkin m. 307'de f. I'e bazı eklemelerin yapılması doğru olacaktır. Bu kural, Tasarı'daki biçimiyle, şöyledir:

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

"Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hükmü fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir."

Kuralın (keza, şimdiki HUMK m. 237 kuralının) önemli eksikliği, kesin hükmün iki tür etkisinin doğumunun ayrı ayrı gerekliliklere bağlı olduğunu gözden kaçırmasıdır. Daha açık söyleyişle, kuralda söylenen, sadece kesin hükmün yeri bir dava açılmasına engel olma etkisi bakımından doğrudur; ama kesin hükmün gerek mahkemelerde gerek her zeminde bir kesin delil, tartışılmaz delil etkisine sahip olması için o kuralda aranan gerekliliklerin aynen gerçekleşmesi zorunlu değildir.

Bu nedenle, kesin hüküm ne zaman vardır konusunu düzenleyen yasa kuralı, kesin hükmün iki etkisinin doğabilme koşullarını ayrı ayrı belirtmelidir ve şöyle yazılması doğru olur: Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davanın açılmasını engelleyecek maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, istemi temellerinin ve ilk davanın hükmü fıkrasında hükme bağlanan istemi ile ikinci davaya ait istemin aynı olması gerekir. Buna karşılık, şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün diğer bir davada kesin delil işleviyle kullanılabilmesi için bu şartlar aranmaz; hükmün çıktığı davanın taraflarından her birinin kendine ve hâleflerine karşı diğer bir davada ve her yerde, o hüküm, kesin delil işlevindedir.

Tabii ki, Tasarı'da madde gerekçesinin de bu doğrultuda düzeltilmesi gerekecektir.

47. Tasarı'da, "Kötü niyetle veya haksız dava açılmasının sonuçları" başlıklı madde 332, konunun çok büyük önemiyle ve bu maddede etkili yaptırımlar getirilebilirse maddenin hukuk uygulamasına, mahkemelerin iş yüküne getireceği hafifleme yararı ile kişilerin kötü niyetli davacı veya davalılar sebebine mahkemelerde eziyet çekmelerinin, çeşitli zararlara uğramalarının önüne geçebilme yararı ile orantılı olmayan bir ürkeklik ve yetersizlik gösteriyor.

a. Madde, kötü niyetli davalıdan söz ediyor ve bu kişi hakkında bazı cılız yaptırımlar öngörüyor, ama kötü niyetli davalı kimdir, davalı hangi hallerde kötü niyetli sayılacaktır, belirlemiyor.

b. Madde, hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan davacıyı bazı cılız yaptırımlara uğrattırıyor ama onun bu yaptırımlara uğraması için kötünüyetini aramıyor; demek ki dava sonunda haksız çıkmak davacının bu yaptırımlara uğramasına yetecektir. Bunun da âdil olmadığı ve ayrıca, Anayasal bir "hak" olan mahkemeye başvurup dava açma yetkisinin kullanılmasını asla kabul edilemeyecek bir tehdide, caydırıcı riske tâbi kıldığı açıktır.

c. Maddede f. 11, cümle 2, "Bu hallere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin cezası vekil hakkında uygulanır" diyor ve "Bu haller" nedir, belirtmiyor. Ayrıca haklı olduğunu bildiği bir davada davayı yokuşa süren, asılsız inkâr veya savunmalarda bulunan vekilin bu tutumu müvekkilinin haberi ve rızası olmadan izlemesi, yaşam deneyimimizle biliriz ki, hemen hemen hiç olmayacak hâldir; vekil en azından müvekkilinin bilgisi ve onayı ile, onun hoşnut teşvikleri ile haklı davayı yokuşa sürmektedir. Böyle iken onun tutumundan dolayı yalnızca onu sorumlu tutmak yanlıştır.

Diğer yandan, Avukatlık Kanunu m. 2'de avukatlık mesleğini yüceltici lâf edebiyatı aşırı dozda bulunmakta ise de herkes bilir ki avukat, hakkın ve hukukun tarafsız hizmetkârı asla değildir, olamaz. O, hem işlevinin niteliği gereği hem de yasanın gereği olarak müvekkilinin hizmetindedir. Gerçek şu ki, adam öldürmeden sanık kişiye karşı açılmış ceza davasında sanık avukatı sanığın gerçekten suçlu olduğunu bizzat onun ağzından duymuş bile olsa (bu öğrendiğini açığa vurmamaya Avukatlık Kanunu m. 36 gereğince "mezun" ve hatta mecbur olarak!) onu kurtarmaya çalışır, çalışmalıdır; mesleğinin gereği budur. Hukuk davasında avukatın işlevi bundan farklı değildir. Toplumsal düzen bu işlevde bir mesleğin yürütülmesine izin veriyor hatta yürütülmesini istiyorsa; avukatı haksız ve

asılsız savunmalarda bulundu diye yaptırım karşısında bırakmak bir çelişki ifade eder. Bu nedenle, davada haksız tutum izlenmesinin yaptırımını yalnızca dava taraflarının kendilerine hasretmek ve Tasarı'dan m. 333 f. II cümle 2 kuralını çıkarmak doğru olur.

Benim önerdiğim m. 333'de, önce, f. I'de, davalının davaya muhatap olunca dürüstlük ilkesine uygun davranması gereği vurgulanmakta; f. II' de, bu yükümlülüğü çiğneyen davalının kötü niyetli davalı sayılacağı ve bunun yaptırımlarına uğrayacağı belirtilmekte; f. III'de, özel hukukun genel bir karinesi şimdiki konuya uygulanmakta; f. IVde, davacının hangi hâlde kötü niyetli sayılacağı açıklanmakta; f. V'de, Tasarı'nın f. I kuralıyla kabullendiği yaptırım benim önerimde de kabul edilmekte; f. VI'da, Tasarı'nın f. II kuralıyla kabul ettiği yaptırım, (icra inkâr tazminatı müessesesinin hukuk davalarına da aktarılması diye özetleyebileceğim yolda) çok daha şiddetlendirilip etkinleştirilerek benimsenmektedir.

Önerdiğim metin, şöyledir:

"Haklı olduğunu dala dava dilekçesinin kendisine tebliği sırasında bildiği bir davada davalı, dürüstlük ilkesine uymanın gereği olarak, inkârda veya asılsız savunmalarda bulunmayıp cevap dilekçesinde veya en geç ön inceleme duruşmasında davayı kabul etmek yükümlülüğündedir. Cevap dilekçesinin vekil eliyle verilmesi onu bu yükümlülüğünden sıyırmaz.

Bu yükümlülüğünü çiğneyerek haksız inkârda bulunan veya süresinde esasa cevap vermeyerek madde 133 gereğince inkârda bulunmuş sayılan yahut asılsız savunma dayanakları öne süren davalı, kötü niyetlidir ve kötü niyetli dâvâlı olmanın bu maddede belirtilen yaptırımlarına uğrar.

Bilmesi gerekmek, bilmek hükmündedir; davanın haklı olduğunu bilmesi gerekir durumda bulunan kişi, onun haklılığını biliyor sayılır.

İstemi öne sürmeye hakkı olmadığını daha davayı açarken bilen veya bilmesi gerekir durumda bulunan davacı kötü niyetlidir ve kötü niyetli davacı olmanın yaptırımlarına uğrar.

Kötü niyetli davalı veya davacı, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya malikemece miktarın fahiş bulunması hâlinde bu miktar doğrudan malikemece takdir olunur.

Kötü niyetli davalı veya davacı, bundan başka, harca esas dava değerinin yüzde 40'ı tutarında ve maktu harca tâbi davalarda 500 TL'den 5.000 TL'ye kadar tazminatı diğer tarafa ödemeye mahkûm edilir. Bunun için talep gerekmez."

48. Tasarı'da, yargılanmanın yenilenmesine ilişkin m. 379'da, yargılanmanın yenilenmesi nedenlerinden birini (kesinleşmiş bir hüküm oluşmuş iken aynı taraflar arasında aynı konuda ikincisinin çıkmış ve kesinleşmiş olması; şimdi HUMK m.445 bent 10) gösteren bent 1'da ve bu nedenle yargılamanın iadesine gidilince işin nasıl sonuçlandırılacağını gösteren (şimdiki HUMK m. 450 f. H'nin karşılığı) m. 384'de bazı ifade zaafırları olmuştur. Şöyle ki:

HUMK m. 445 bent 10'da, şimdiki metnin de pek açıkça ifade edememesine rağmen, önem taşıyan ölçüt, birbirine aykırı iki kesin hükümden hangisinin daha eski tarihte mahkemece verilmiş olduğu değil, hangisinin daha önce kesinleşmiş olduğudur. Çünkü iki davadan biri diğerinden daha sonra açılmış da olsa, gelişmeler öyle denk getirmiş ve o davada çıkan hüküm (diğerinde çıkan hükümden ister daha eski tarihli ister daha sonraki tarihli olsun) diğerinde çıkan hükme göre daha önce kesinleşmiş ise; onun kesinleştiği anda diğer davanın görülmesini, hükme bağlanmasını engelleyen bir dava şartı eksikliği ortaya çıkmış olur. Böyle bir kesin hükmün oluştuğu diğer davadaki mahkemenin bilgisine varınca, o diğer mahkeme, elindeki davayı, kesin hükmün varlığı nedeniyle reddetmek zorundadır. Reddetmemişse, onun verdiği hüküm hakkında kanun yoluna başvurulduğunda, hükmü bozulur. Kanun yoluna gidilmemesi nedeniyle onun hükmü dahi kesinleşmiş ise, işte bu faraziyede HUMK m. 445 bent 10'da (Tasarı'da m. 379 bent 1'da) düzenlenen yargılanma yenilenmesi nedeni ortaya çıkar.

Yasa koyucunun amacı, acaba hangi hükümdeki çözüm daha doğrudu diye araştırma yapılmasına asla gidilmeksizin (böyle olduğu şimdiki HUMK m. 450 f. II'den ve Tasarı'daki m. 384'den de açıkça anlaşılıyor) *ilk kesinleşmiş hükmünden yararlanan taraf lehine, daha sonra kesinleşmiş hükmün iptal edilmesidir.* Hangi hükmün daha eski tarihli olduğu yahut hangi davanın daha önce açılmış bulunduğu önemli değildir. Bu konuda yanlışla düşülerek, o dava daha önce açılmıştı veya o davada hüküm daha önce verilmişti diye, sonradan kesinleşmiş hükmün geçerli bırakılarak daha önce kesinleşmiş hükmün iptal edilmesi, kesin hükmün engelleyici etkisi dediğimiz ilkeyle asla bağdaşamaz, yasa koyucunun amacına uymaz.

Böyle iken, HUMK m. 445, bent 10 ve m. 450, f. II'de olduğu gibi, Tasarı'da m. 379, bent 1 ve m. 384 metinlerinde de, sözünü ettiğimiz düzenlemeyi tam ifade edemeyen, yanlış anlamalara yol açabilecek deyişler yer almıştır.

Bent "1" şöyle yazılmalıdır: "*Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, ister dala sonra ister daha önce açılmış olsun, tarafları, konusu ve istem temeli aynı olan ikinci bir davada, ister diğer davadakinden önce ister daha sonra verilmiş olsun, başka içerikte bir hükmün kesinleşmiş ve böylece ortaya birbirine uymayan iki kesin hükmün çıkmış olması.*" Tasarı'da m. 384'ün bu 1 bendiyle ilgili bölümü de şöyle olmalıdır: "*...başka bir inceleme yapılmaksızın, kesinleşmesi daha sonra gerçekleşmiş hükmün iptal edilir.*"

Tasarı'daki m. 384 gerekçesinde de bu değiştirmeye uygun değiştirmeler yapılmak gerekir. Oradaki ilgili bölüm, şimdi, "*kesinleşmiş olan birinci davanın kararı, dava engeli oluşturacağından, ikinci kararın iptali ile yetinilecektir*" deniyor. Bunu, "*ilk kesinleşmiş olan karar, diğer dava bakımından dava engeli oluşturacağından, diğer davada daha önce veya dala sonra çıkmış olup kesinleşmesi daha sonra gerçekleşen kararın iptali ile yetinilecektir*" diye ifade etmelidir.

49. Tasarı'da m. 386 f. II, tüm çekişmesiz yargı işlerini, "*Özellikle, aşağıdaki işler çekişmesiz yargı işidir*" girişiyile (ve "*özellikle*" sözcüğüyle de listenin tahdidî olmadığını vurgula-

arak) benzeri görülmedik uzunlukta bir liste hâlinde saymaya çabalamaktadır. Bu çirkin uzunluktaki fıkra yerine “Özellikle listelenmesinde yarar bulunan çekişmesiz yargı işleri Ek Madde l’dedir” deyip, listeyi, Harçlar Kanunu’na bağlı tarifeler misali, oraya atmak daha doğru olacaktır sanırım.

50. Tasarı’da, ihtiyatî tedbir talebine ilişkin m. 394, f. IV kuralının yazımında tek sözcüğün atlanmasından ibaret bir yanlışlık yapılmıştır. O fıkranın sonu, “*ihtiyatî tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır*” diye değil, “*ihtiyatî tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır*” diye bitmeliydi.

51. Tasarı’da m. 396’da, devletin ihtiyatî tedbir istemesi durumunda teminat göstermek yükümlülüğünden bağışık sayılması yolundaki kurala yer verilmemesini doğru bulmadığımı ve bunun gerekçesini yukarıda belirtmiştim. O kural buraya (m. 396’ya) konmalı ve gerekçe de buna göre değiştirilmelidir kanısındayım.

52. Tasarı’da m. 405’de, f. III’ün, “*Esas hakkında açılan davada, delil tesbiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez*” denmesini çok doğru ve yerinde buluyorum. Bu konudaki görüşümü daha önce Y^{TÜ}H^FD’de (fakültemin dergisinde) c. 1/1 s. 511-514’de çok ayrıntılı olarak belirtmiştim. O nedenle şimdi ayrı şeyleri söylemeyeceğim; “*Delil delildir ve yetkisiz hâkim tarafından tespit edilmiş olmakla delil olmaktan çıkamaz, murdar olmaz*” demekle yetineceğim.

53. Tasarı’nın (m. 22-24), kamu tüzel kişilerinin veya tacirlerin (özellikle de bankaların) yaptığı akitlerde, karşılardaki bizler gibi sıradan vatandaşlara göre güçlü durumda oldukları ve onlara kendilerine uygun içerikte sözleşme dayatabildikleri için, bu üstünlüklerini hiç değilse yetki sözleşmesi sırasında kullanamamalarını sağlamak amacıyla getirilen adaletçi düzenlemeyi alkışlamıştık.

Tıpatıp ayrı özenin tahkim sözleşmesi ve şartı konusunda da özetilmesi, çok daha baskın bir ihtiyaçtır.

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

Örneğin, yurt dışına gezi düzenleyen firmaların önünüze sürdüğü ve aranızdaki ilişkiyi düzenleyecek olan basılı (değiştirmenizin, şurasına burasına itiraz edebilmeniz söz konusu olmadığı), o küçücük harflerle yazılı uzun sözleşmeye, bakarsınız, bir tahkim şartı sokuşturulmuş ve üstelik, bu madde, Turizm ve Seyahat Acenteleri Birliği'nin oluşturduğu hakem kurulu'na hakem olma yetkisi veriyor!

Yani, "*Kadı ola davacı ve muhızir dahi şahit*". Bu firmaların "*kesretle*" yapageldiği üzere hukuksal niteliği düpedüz dolandırıcılığa uzanan yalan dolanlarla sizin aklınızdan bile geçirmedığınız koşullarla bir gezi yapmanız, örneğin kalacağınız otellerin hep gidilecek Roma gibi kentlerin merkezinde bulunduğu vaadiyle aldatılıp geziye katılmanız sağlandıktan sonra, merkez şöyle dursun büyük kent kapsamı içinde bile olmayan, metro düzeninin uzandığı son istasyondan dahi 6 km. ileride Anagnina semtindeki bir otele sizi otobüsle bırakıvermekten utanmayan o firmaya karşı tazminat davasını bu "*hakem mahkemesinde*" açarsanız, lehinizde karar çıkması şansı var mıdır? İşte bu durum dolayısıyla, kamu tüzel kişileriyle tacir sıfatına sahip kuruluş ve kişilerin, bu niteliklere sahip olmayanlarla yetki sözleşmesi yapabilmesine konan yasağın ve getirilen geçersizlik yaptırımının aynı tahkim şartı veya sözleşmesi konusunda da Tasarı'da m. 412, f. II'de görmeyi beklerdik ve bekleriz. Böyle bir yasaklamanın, "*devlerin gölgesindeki*" TBMM'den geçebilmesine devlerin fırsat vereceğini elbette ki asla ummuyorum; ama biz hukukçu öğretim üyeleri devlerin değil toplumumuzun hizmetindeyiz ve görevimiz sömürüyü önleyecek kuralları hazırladığımız yasa tasarılarına koymak; bunları oradan yok etmenin utancını, yok edecek devlere bırakmak, onların toplum hizmetinde olmadığını toplumun gözüne sokmaktır.

54. Tasarı'daki m. 412, yalnız bu eksiklik yönünden değil, başka bir eksiklik yönünden de eleştirilmelidir. Bu kural, taşınmaz üzerindeki aynı haklarla ilgili hükümlerin verilmesini gerektirecek uyumsuzlukları, tahkim sözleşmesine konu olamaz sayıyor. Gerekçede bu çözüme, 4684 sayılı Milletlerarası Tah-

kim Kanunu m. 1, f. III (IV denmeliydi) kuralına uyum sağlamak için gidildiği belirtiliyor. Oysa, *Türkiye'deki* bir taşınmazın üzerindeki aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların münhasıran Türk yargısına tâbi sayılması çözümü çok doğru ise de, Türk *malikemesi* yargısına tâbi olmasını zorunlu ve Türk hakemlerin yargısına tâbi kılınmasını yasaklanmış saymak için neden yoktur. Şimdiki HUMK m. 518 dahi böyle bir yasak getirmeden, sadece, Tasarı m. 412'de de sözü edilen, "*iki tarafın iradesine tâbi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıklar*"ı tahkim dışında bırakmaktadır; Tasarı'nın buna biraz önce sözü edilen yasağı da eklemesi ne gereklidir, ne de doğru olmuştur.

55. Tasarı'nun yine tahkimle ilgili m. 413 kuralının, "*taraf- ların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşme- sine uyulmaz ise, ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir*" diyen ilk cümlesindeki "*taraf- ların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme ... uyulmaz ise*" deyişi anlaşılabilir.

Gereğe bakıyoruz; şöyle deniyor: "*Maddede, tahkime uygulanacak emredici mahiyette olmayan kurallara ... uyulmaz ise, ilgili tarafa bu aykırılığa itiraz etme hakkı tanınmıştır.*" Hakem veya hakemler, gerek (HUMK m. 416'nun temyiz başvurusu üzerine hakem hükmünün bozulması nedenleri arasında maddî hukuk kurallarının yahut usûl hukuku kurallarının çiğnenmiş olmasını *saymamasından* anlaşıldığı üzere) şimdiki HUMK m. 516-536 düzenlemesinde, gerek Tasarı'nın m. 411-448 düzenlemesinde, hüküm verirken maddî hukuk kurallarıyla bağlı olmadıkları gibi, yargılama aşamalarında ve hükmün verilmesi aşamasında HUMK kurallarıyla yahut diğer yasalardaki yargılama usûlü hukuku kurallarıyla da bağlı değildir.

Böyle olunca, hakemlerin bu kurallara uymaması hukuka aykırı değildir, yetkilerindedir ve demek ki böyle tutum izlemelerine itiraz edilemez. Hatta buyurucu kurallar bakımından bile bu böyledir; örneğin HUMK m. 287 delil sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını istemiştir; taraflar sözleşmeyi yazısız yapsalar ve ayrı bir sözleşme ile bizim yaptığımız delil sözleşmeleri yazısız dahi geçerli olacak diye anlaşsalar; yazısız delil sözleşmesi mahkeme gözünde yok hükmündedir; keza

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

HUMK m. 288 veya m. 290 hükümlerine aykırı olarak tanıkla ispat yapılmaya kalkışıldığında böyle yapmanın caiz olacağı hususunda tarafların *önceden* mutabakata varmış olmaları, HUMK m. 289'un açık kuralı gereğince, geçerli değildir. Bunlara rağmen hakemler, dava mahkemesinde görülse idi HUMK m. 288'in uygulanacağı türden iddialar için, tanık dinleyip iddiayı sabit olmuş sayabilir.

Maddî hukukta da yasanın getirdiği şekil şartı kurallarının tümü buyurucudur; örneğin taraflar anlaşıp, bizim aramızdaki ilişki bakımından, taşınmaz satışı sözleşmesi tapu dairesinde yapılmadan müteahhit yazıhanesinde sözle yapılmakla bile geçerli olacak ve mülkiyeti geçirecek deseler, ne satış sözleşmesi geçerli olur ne de mülkiyet geçer. Böyle iken, hakemler, örneğin, mahalle kahvehanesinde sözle yapılmış kefil olma akdini geçerli sayıp böyle akitle kefil olanı sorumluluk altına girmiş diye kabul edebilir, o doğrultuda hüküm verebilir; çünkü onlar, *şimdiki hukukumuz*a göre, genelde, maddî hukukla bağlı değillerdir. Bu durumda, Tasarı'daki "*tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme ... uyulmaz ise*" deyişine anlam vermek çok zorlaşıyor.

Diğer yandan, tarafların aksini kararlaştırabileceği bir hükme ve yalnız bu gibilere uyulmaz ise itiraz edilsin, tarafların aksini kararlaştıramayacağı hükme uyulmazsa evleviyetle itiraz caiz olmak gerekirken itiraz edilemesin, buna da akıl erdirilemiyor. Herhâlde, bunlara uyulmamasının, itiraza gerek olmaksızın re'sen göz önüne alınacağı söylenmek istenmiştir; ama iş hakem kurulu önünde iken ve itiraz suretiyle mahkemeye başvuru yapılmamışken mahkeme nasıl olacak da re'sen iptal kararı verecek?

56. Tasarı'da m. 416 f. IV'ün, "*Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunamaz*" çözümünü yanlış, hatta çok yanlış, hatta pek çok yanlış buluyorum. Bunun getiriliş nedeni madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Herhâlde, etkin ve güçlü "*dev*"ler, seçeneksiz ve çaresiz tüketicinin vesairenin önüne koydukları sözleşmenin

ifası için bizzat o sözleşme gereğince kendi işlerine gelen yolda oluşturulmuş hakem mahkemesinde dava açtıklarında, mutlaka çıkacak olan kendi lehlerindeki hükmün, "Sözleşme geçersizdir" itirazıyla önlenmesini veya en azından gecikmesini arzu buyurmamaktadırlar. Her ne kadar, bütün toplumsal düzenlerde, o düzenin "kaymağını yiyenler" takımının, hukuku kendi çıkarlarına hizmet edecek doğrultuda yönlendirmeğe çalışmaları doğal ve "memleket dâhilinde iktidara sahip olanlar"ın bu egemenler takımı ile çıkar özdeşliği içinde bulunması, hâтта çoğunun onlardan olması, demek ki yasaların dahi söylenen doğrultuya yönelmesi kaçınılmaz ise de, hukukun oluşturulması sürecine katılmak görev ve fırsatı kendilerine verilmiş vicdan sahibi hukuk akademisyenlerinin "bu tekere çomak sokmak" için elinden geleni yapması namus borcudur; başarı kazanılacak olsa da olmasa da.

Asıl konumuza bir kez daha eğilince, Tasarı'nın bu maddesini böyle kaleme alan arkadaşlarımızın dahi buradaki hukuksuzluğu ve mantıksızlığı göreceklere kanısındayım. Bir sözleşme şu veya bu nedenle, tümüyle geçersiz olacak da onun içindeki falanca madde olan tahkim şartı bu geçersizlikten etkilenmeyecek ve geçerli kalacak, öyle mi? Böyle şey olur mu? Yahut da, evet o dahi geçersizdir ama bu geçersizliği söylemek yasaktır, bu yasak konunca da mahkeme onun geçersizliğini değerlendiremez, geçersiz madde geçerli sayılır; öyle mi?

Yine dolandırıcı seyahat acentesi örneğine dönelim. Onun, gezi ilânına kanan kişiyi aldatarak o kişiyi imzalamaya yönlendirdiği, geziye katılma sözleşmesi BK gereğince hile sebebiyle, aldatılan yönünden geçersizdir (askıda geçersizlikle sakatlanmıştır), biliyoruz. Bu kişinin, kendisine ödetilen parayı, sebepsiz zenginleşme davası ile geri istemek hakkı vardır, onu da biliyoruz.

Şimdi bu kişi dava açsa, davalı yüz­süz firma, tahkim şartına dayanarak ilk itiraz ön sürecek; davacı, sözleşme kendisi yönünden tümüyle geçersiz olduğuna göre oradaki tahkim şartının da geçersizliğini cevaba cevap yazısında belirtecek. Tasarı'daki maddeye bakılırsa mahkeme onun bu karşı sa-

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

vunma dayanağını nazara almayıp davalının ilk itirazını kabul, dolayısıyla davayı usûlden reddedecek ve dolandırılmış müşteri, dolandırıcı firmanın mensubu olduğu meslek kuruluşunun oluşturduğu hakem kuruluna başvurup onlardan adalet isteyecek, ödediği paranın iadesine hüküm isteyecek. Bu hükmü oradan zor alır. Tasarı'daki çözümün hukuka aykırılığı bir yana, yani bütünüyle geçersiz olan bir akdin içindeki tahkim maddesini geçerli kılar sayması abes olduktan başka, o çözümün pratikte de nasıl haksızlığa ve sömürüye hizmetkâr olacağı bu örnekten apaçık bellidir.

57. Tasarı'da m. 417 f. 1'in; tahkim şartı veya sözleşmesi varken mahkemede dava açılmışsa davalının "tahkim ilk itirazı" öne sürebileceğini söyledikten sonra, "Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı Usûlden reddeder" demesi, anlaşılabilir. Tahkim sözleşmesinin tesirsiz olması ne demektir, bundan kastedilen ne gibi hâllerdir? Tahkim sözleşmesinin uygulanması, ismen seçilen hakemin ölmüş bulunması gibi hakeme veya hakemlere özgü imkânsızlık hâlleri dışında, hangi hâllerde imkânsız sayılabilir? Bu fıkranın 4 satırlık gerekçesinde, yalnızca fıkra hükmü aktarılmakta, hiçbir açıklama verilmemektedir.

58. Tasarı'nın, tahkim sürecinde ihtiyatî tedbir veya delil tespiti kararı verilmesini konu alan m. 418 kuralında f. 1'de bir yazım yanlış yapılmıştır; "Mahkeme ...icra edilebilirliğine karar verir" değil, "icra edilmesine karar verir" denecekti ve maddenin gerekçesinde de ifade doğru olarak öyledir: "hakem kararının icrasına hükmedilecektir" ...

59. Tasarı'daki m. 426 f. 1, biraz önce eleştirdiğimiz m. 416 f. IV'deki yanlış ve çok sakıncalı çözümde ısrar ve inat ediyor: "...bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz." Değerli meslektaşlarımızın hazırladığı Tasarı'da böyle bir maddenin yer alabilmesine, gözümle görmemiş olsaydım, asla ina-

namazdım. Bu, Tasarı hazırlayanların harcadığı büyük-emeğin ve ortaya çıkarılan başarılı eserin hak kazandırdığı saygınlığı pek şiddetle eksiltecek çok ciddi bir hatadır. Gerekçe bu defa, baklayı ağzından çıkarıyor: "Amaç, tahkim şartının geçersizliğini öne sürerek tahkimi bertaraf etmenin önüne geçmektir" imiş. Sözleşme bütünüyle geçersiz ve dolayısıyla tahkim şartı dahi bütünüyle geçersiz olacak, yine de tahkim şartı ayakta sayılacak, öyle mi? Bu inanılmaz kuralı oraya birtakım etkin devler koydurmuş ise bile, o kuralın böyle utanç yoksunu baskılara boyun eğilmeden hemen çıkartılması kanımca namus borcudur. Böyle bir maddenin altında değerli arkadaşlarımın imzası olamaz, olmamalıdır.

60. Tasarı'daki, tahkim sürecine ilişkin m. 434 f. I bent b, "Davalı, cevap lâyihası vermezse; bu durum davacının iddialarının ikrarı veya davanın kabulü olarak değerlendirilmeyip yargılamaya devam edilir" diyor ki bu, genel esaslara ve ayrıca Tasarı'daki m. 133 kuralına uygundur. Yalnız, şöyle bir ekleme yapılmasında yarar vardır kanısındayım: "Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu kanundaki istivap kurallarını uygulamaya yetkilidir." Kendiliğinden anlaşılacağı üzere, aslında bu ekleme olmasa da o yetki vardır; ama bu ekleme, bir yol gösterme, hatırlatma ve hâтта tavsiye işlevinde olacaktır.

61. Tasarı'daki m. 438, "tahkim yargılaması sırasında taraflar uyumsuzluk konusunda sülh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir" dedikten sonra, sözü şöyle sürdürüyor: "Tarafların talebini uygun bulan hakem veya hakem kurulunca sülh, hakem kararı olarak tespit edilir." Elbette ki, sülh sözleşmesinin içerdiği koşulları hakemin veya hakemlerin beğenmesi, uygun bulması kastedilmiyor; onlar sadece, bu sözleşmenin hakem kararı biçiminde yazılması veya daha doğru deyişle hakem kararının o sözleşme çözümleri aynen tekrarlanarak yazılması mu doğru olur, yoksa öyle yapılmasın da "tarafların sülh olmaları nedeniyle karar verilmesine mahal bulunmadığına" diye biçimsel bir kararla mu süreç sonuçlandırılсын, hangisi kendilerine uygun görünüyor, o konuda seçenek sahibidirler. Böyle olduğu da m. 438 gerekçesinde cümle 3'den anlaşılabilir. Oysa

BİLGE UMAR'IN
TEBLİĞİ

sözleşmenin icra takibine konu edilebilmesi yönünden, böyle bir seçeneğe yer vermeyip sulh sözleşmesinin hakem kararına yansıtılması çözümü yeğlenmeli idi.

62. Tasarı'da m. 443, hakem kararma karşı kanun yolu olarak yalnız iptal davasını öngörüyor ve iptal davasının kabul kararı ile hükme bağlanabilmesinin hangi hâllerde mümkün olduğunu sayarken, kararın maddî hukuka aykırı olmasını yahut yargılama sırasında yargılama hukuku kurallarına uyulmamış olmasını anmıyor.

Yani, şimdiki durumu kabulleniyor. Bu tercihin dayanağı, m. 443 gerekçesinde şöyle belirtilmiştir: "*Tahkim sözleşmesel bir kurumdur. ...riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez.*" Bu ifade gerçekçi değildir ve yine egemen devlerin kendi işlerine gelen çözümü dayatmasını yansıtıyor. Hele hele Tasarı, yetki sözleşmesi yapılmasına getirdiği sınırlamayı tahkim sözleşmesinin yapılması konusunda *getiremediğine* göre ve bizim eleştirdiğimiz farz-ı muhal kabul görüp de o sınırlama tahkim konusuna da konacak olsa bile egemen devlerin daha sonraki yasalaşma aşamasında bu sınırlamayı oradan çıkarttıracakları "*kaviyen melhuz*" bulunduğu göre, konunun önemi çok daha artıyor. Yine egemen devler, tüketicinin vesairenin önüne sundukları mukaddes ve değiştirilmez sözleşmelere, kendi işlerine gelen içerikle tahkim şartı sokuşturacaklar ve oradaki hakemden yahut hakem kurulundan, maddî hukuku bağırta bağırta katleden çözümler doğrultusunda kararlar çıkacak, böyle hakem kararlarına karşı iptal davası açılama-yacaktır.

Böyle mi olsun? Bizler bu utanmazlıklara alet mi olalım?

Bize düşen, sömürüyü engelleyecek çözümleri düşünüp önermektir; vicdanımızın huzurunu ve saygınlığımızı korumanın kaçınılmaz gereği budur. İşte bu inançla, m. 443'e, f. II bent b' de mahkemenin iptal sebebi dayanağı edineceği hâller arasına konup orada alt bent 2' de "*Kararın kamu düzenine aykırı olduğu*" diye pek dar bir çerçeveye sıkıştırılmış kuralın şöyle yazılmasını öneriyorum:

Tabii ki bu önerim kabul edilirse, gerekçenin uygun içerikle değiştirilmesi gerekecektir.

IV. Yukarıdaki 62 Değerlendirmenin İçerikleri Yönünden Dökümü

Görüldüğü üzere, Tasarı'nın 455 maddesiyle ilgili olarak, bazıları aynı madde içinde olmak üzere 62 yerde "takıldım". Ancak, bu "takılma"ları ifade eden 62 tane, sevgili Hocam İlhan Postacıoğlu'nun kullandığı deyimle, Remarque larımdan 31 tanesi (No. 4, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 35, 36, 37, 39, 40, 43, 45, 48, 49, 50, 55, 57, 58, 60), sırf dil konusunda var olduğu kanısına vardığım bazı düzeltme gerekliliklerine yahut da kuralın orada değil şurada yer almasının daha doğru olduğuna değinen, yahut birkaç yerde her nasılsa yapılmış yazım yanlışlarına, kelime eksikliklerine değinen içeriktedir; öze ilişkin herhangi bir değerlendirme ve eleştiri içermiyorlar. 62 Remarque'tan 2 tanesi (No. 5, 53), yapılmak istenen değişikliğin özellikle alkışlanması gerektiğine değiniyor; *yerinde ve doğru olan değişiklik önerilerinin her birini belirtmeye gerek görmedim.*

Buna karşılık, yerinde ve doğru saymadığım değişikliklere yahut eksikliklere daima değinmeğe çalıştım ve 62 Remarque'tan 27 tanesi (No. 1, 2, 3, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 23, 32, 33, 34, 38, 41, 42, 44, 46, 47, 51, 53, 54, 56, 59, 61, 62) bu içeriktedir. 455 madde içinde binlerce kural içeren bir yasa metninde, var olan hukuk kurallarına göre en azından yüzlerce küçük büyük orta boy değişiklik yapılırken bir usûl hukuku uzmanının özenle her kuralı gözden geçirerek yaptığı değerlendirme incelemesinde sadece bu kadar yerde öze ilişkin eleştiri belirtmiş olması, ortaya konan eserin başarısının açık bir göstergesidir. Değerli meslektaşlarımı bir kez daha kutluyorum.

3. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Yurdaer ÖZDİLEK
(Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı)

TARTIŞMALAR

Oturum Başkanı: Sayın katılımcılar, Değerli Hocam Prof. Dr. Bilge Umar beyefendinin açıklamalarını dinledik. Son derece yararlandık açıklamalarından.

Şimdi, bu bölümde genel tartışma söz konusu. Bir buçuk saatlik bir süre tanınmış genel tartışma bölümüne. Ancak, önce bunun yöntemini belirlememiz gerekir, genel tartışmadan ne anlıyoruz. Acaba katılımcılar taslağa ilişkin görüşlerini mi açıklayacaklar, yoksa bu ana kadar kıymetli değerlendirmelerde bulunan sayın Hocalarımızın görüşlerine mi cevap verecekler; onu önce belirlememiz lâzım.

Akabinde de Sayın Hocamın, tahmin ediyorum bu tartışmalara yönelik bir cevabı söz konusu olacak. Dolayısıyla önce bu genel tartışmadan neyi anlıyoruz; önce bunu bir değerlendirelim, ona göre devam edelim?..

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Bazı Hocalarımız şu anda ayrılacaklar, onlar ayrılmadan önce kendilerine sorular sorabiliriz veya bazı hususları açıklamalarını isteyebiliriz...

Yani, tebliğlerle ilgili soruları soralım, bunların tartışması bitsin, ondan sonra yarın, genel tartışma ve değerlendirme bölümünde diğer eleştirileri yapabilme imkânı bulabilelim.

Oturum Başkanı: Ben açıklamalarınızı anladım. Bu durumda, şimdi katılımcılar arasında sayın Hocalarımıza yönelik değerlendirmelerine ilişkin olarak, soruları varsa onları alalım, kendilerine tevcih edelim.

Müsaade ederseniz, ben kısaca Sayın Baki Kuru Hocamın deminki oturumda yapmış olduğu bir açıklamaya cevap vermek istiyorum. Genel kuruldaki bir değerlendirmeyle ilgili bir açıklamada bulunmuşlardı.

Genel kurulda söz konusu olan mesele, Ticaret Kanunu'nun 5. maddesiyle ilgili, iş bölümü itirazı üzerine dosyanın ticaret mahkemesine sevkinde tâbi olduğu süreye ilişkin bir çekişmeydi. 5/5 sayılı 1976 tarihli Tevhidi İçtihat, söz konusu 5. maddeye ilişkin olarak. Yıllardan beri bu Tevhidi İçtihadın ışığı çerçevesinde, iş bölümü itirazları sonucunda dosyanın ticaret mahkemesine sevkinde, tebliğ veya tefhim günü hesaplanarak, on günlük süre hesaplanıp ticaret mahkemesine dosya intikal ettiriliyordu. Ticaret dairesinde bütün uygulamamız da böyledir. Dolayısıyla biz bunu savunduk, Tevhidi İçtihadı uygun bir hâl söz konusuydu. Ben bunu zatiâlinize arz etmek istedim.

Evet efendim, soruları olan arkadaşlarımız varsa buyursunlar...

Buyurun Hanımefendi.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM: Tartışmanın odak merkezinde de aslında Prof. Dr. Yavuz Alangoya'nın tahkime ilişkin eserlerinde savunduğu görüşler var. Biraz önce hakemin maddî hukukla bağlı olup olmaması ve bu maddî hukukla bağlılığın iptal sebebi olarak Tasarı'da yer almamasının bir

TARTIŞMA

sakinca teşkil edip etmeyeceği meselesi görüşüldü. Şimdi, mevcut doktrin, Türk doktrinine, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun henüz yürürlüğe girmediği dönem o dönemdeki tartışmaları gündeme geldi. Şimdi diyor ki: . . . anlaşması yapıldığı anda taraflar

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na bakıyoruz, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun orijinini hepimiz biliyoruz. Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanan Model Kanun. Model Kanun'un ilgili hükümlerine baktığımız zaman orada açık bir hüküm var, diyor ki: *"Hakkaniyete göre hüküm verme, ancak tarafların açıkça buna izin vermesi hâlinde söz konusu."* Dolayısıyla Model Kanun en modern tahkim anlayışını sergilediğine göre, biz de bunu Milletlerarası Tahkim Kanunu'muza aldığımız göre, -benim için büyük bir hayal kırıklığı idi- neye göre esasa uygulanacak hukuka ilişkin maddenin... Hakemlerin neye göre hüküm vereceğine ilişkin maddenin bilinçli olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmediğini tespit ettik.

Bununla bağlantılı olarak, tabii bu iptal sebebi olarak da yer almadı. Bu, modern tahkim anlayışını sergilemiyor benim görüşüme göre. O yüzden Sayın Hocamız Prof. Dr. Bilge Umar'a kesinlikle katılıyorum. Bu Prof. Dr. Yavuz Alangoya'nın da görüşüdür. Her hâlükarda maddi hukukun emredici hükümleri ile bağlılık görüşü...

Dolayısıyla burada çok temel bir husus, esasa uygulanacak hukuka ilişkin hükmün yer almaması. Bu bilinçli bir tercih, bunu görüyoruz. Ne oluyor ama? Hiç iyi bir gidişat değil kanaatimce, naçizane kanaatim bu. Hukuk güvenliği zedelemecek. Tahkim anlaşması akdedildiği anda, siz taraflar olarak hakemlerin neye göre hüküm verecekleri hakkında en ufak bir öngörüye sahip olamayacaksınız. O yüzden, hakikaten ben Tasarı'da esasa uygulanacak hükme ilişkin bir madde önerim oldu. Baro görüşü olarak yayınladık bunu, üç yazar Prof. Dr. Yavuz Alangoya, Prof. Dr. Kamil Yıldırım ve ben. Tasarı'ya ilişkin değerlendirmeleri kitap hâline getirdik. Orada bu husus yer alıyor. Madde önerisi olarak da yer alıyor. Esasa uygulanacak

hukuk... Ek bir madde önerim oldu benim –çünkü o kısmî ben hazırladım– esasa uygulanacak hukuk alanı bu kadar boş bırakılmamalı. Hukuk güvenliği zedelenemez. Bir de, tabîî Model Kanun’daki bir başka mesele daha var, Model Kanun’a sadık kalınmamış. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda da bu var. Tahkim mahkemesi ya da hakem mahkemesi hakem kuruluna dönüştürüldü. Aslında bu maddî hukuk sözleşmesi görüşüne dayanan bir yaklaşım. Model Kanun’u hazırlayanların görüşü de bu değil. Dolayısıyla tahkimi tam bir yargılama olarak görüyorlar. Tahkim tam bir yargılama işe, bu hukuk güvensizliğini sağlayacak ortam neden hazırlanıyor; bunu anlayabilmiş değilim. Milletlerarası Tahkim Kanunu da Model Kanun’un gerisinde kaldı. Şu anki Tasarı onun da gerisine düştü. Bununla biz cazip bir tahkim merkezi hâline asla gelemeyiz ve tarafların hukuk güvenliğini sağlayamayız görüşündeyim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Şimdi, işin asgarisinden müsaade ederseniz başlamak istiyorum: Hocam Prof. Kuru’ya şu noktada tabîî yüzde yüz katılıyorum. Muhtemelen o asgarîye Bilge de katılıyor, o da şu: Taraflar eğer sözleşmelerinde maddî hukuka uyulacaktır şeklinde bir sarahat koymuşlarsa. Şimdi, çok rica ederim, bunun ihmâl edilmesi, “*Efendim, bana kendini terk ettin, artık bundan sonra bir şey söyleyemezsin...*”. Bunu siz irade serbestisi dolayısıyla söylüyorsunuz üstelik irade serbestisine dayanarak söylüyorsunuz. Çünkü diyorsunuz ki, hakem yargılaması, iradî bir meseledir. İyi de, niye iradenin bu noktası bu kadar ürkütüyor?! Yani, taraflar diyorlar ki: “*Türk kanunları uygulanacaktır*”. Bunu kabul etmiyorsunuz, yani “*bu bizi bağlamaz, biz gene istediğimiz gibi...*”. Biraz evvel Sayın Hocamın söylediğine yüzde yüz katılıyorum; ama bu, bu işin asgarisi.

Şimdi, iç hukuka baktığımız zaman, bir kere çok büyük bir mutlulukla görüyorum ki, ben hep yalnız olduğumu zannedirdim bu alanda, değerli dostum Prof. Bilge Umar belki bunu yazdı da bir yerde... Hani sen demin dedin ya, dikkatli okumuyorsun diye, belki burada da bu dikkatsizliği yapmış

TARTIŞMA

olabilirim, ama, çok mutlu bir dikkatsizlik bu. Şimdi, bana çok hoş bir sürpriz oldu. Çünkü Bilge Umar diyor ki: *“Kardeşim, burada hiçbir şey söylemeseler bile, hakemler yine kanunla bağlıdır- lar”*. Çok doğru bir teşhistir bu da. Çünkü, nasıl olur da buradaki susmayı hakemler istedikleri gibi karar verirler şeklinde yorumlayabilirsiniz. Fevkalâde veciz bir şekilde ifade etti, dedi ki: *“Türk toplumu bu kanunlarla yönetiliyor, burada susmayı nasıl sen bu kanunların dışında bir serbesti şeklinde yorumlarsın.”* Şimdi, burada ben susmanın hangi hâllerde irade beyanı şeklinde alınacağını falan onları söylemiyorum; ama tamamen aynı görüşteyim. Hepimizin bildiği 1994 tarihli Tevhidi İçtihat Kararı –gene iç hukuk bakımından tabii– Birinci Bölümünü kabul etti. Yani, *“Eğer bir şeyde –iç hukuk bakımından ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bakımından– eğer taraflar sözleşmede Türk kanunlarına uygulanacaktır şeklinde bir sarahat getirdilerse, hakemler buna uymak zorundadırlar. Uymazlarsa bu bir temyiz sebebi”* dedi.

Şimdi, bir kere temyiz sebebi midir, iptal sebebi midir; nedir, onu tartışabiliriz. Ama eğer böyle bir sarahate rağmen... Şimdi yeni kanuna ve biraz evvel Sayın Deren Yıldırım'ın söylediğine geliyorum, ister milletlerarası hukuk alanında olsun, ister iç hukukta olsun veyahut bunların birleştirilmesi projesi olsun –şimdi onu duyuyorum ve çok isabetli olabileceğini düşünüyorum– ama, her hâlde böyle bir irade varken bu iradeyi dışlamak mümkün değildir. Öyleyse, iradelerin bu şekliyle, açıklanmış iradelere aykırılık iptal sebebi olur. Ben hakeme gideceğim, *“Türk Kanun'una uyacaksın”* diyeceğim, hakem diyecek ki: *“Hayır, ben senin bu Türk Kanun'una uyacaksın lafını dikkate almıyorum, ben istediğim gibi hüküm veririm.”* Yok, bu kadarı fazla, bu kadarı başka bir şekilde izah edilebilir, onu geçiyoruz. Demek ki, bir, benim görüşüm bu noktada budur. Tevhidi İçtihat Kararı'nın görüşü de budur. Tevhidi İçtihat Kararı'nın değiştirilmesi ve o hükmün kaldırılması için kanun Tasarısı hazırlandı o zaman. Ama bu dolaylı olarak bugün geliyor. Bu, doğru bir çözüm değil... Çünkü, bu tahkim iradeye dayanıyor zaten. Siz iradenin bir kısmını alıp da bir kısmını dışlamak durumunda olamazsınız.

İkinci mesele: Susmuşlarsa -benim görüşüm, tamamen Bilge'nin görüşünün istikametindedir- bu susmanın eğer tahkim bir yargı ise, bu yargı kavramı çerçevesinde kanunlara uyma manasına geldiğini kabul ediyorum. Çünkü burada şu var -o zaman da söyledim bunu- çok basit bir cümle yazmakla iktifa edebilir taraflar: "*Türk kanunları uygulanmayacaktır*", ak-sini yazabilirler. Ama bunu yazdıramazlar tabii başkalarına, onun için bu çaba gösteriliyor burada.

Özet: Öyleyse, yazmışlarsa, sarahat varsa hiç tereddüt yok, buna uyulması lâzım. Sarahat yoksa benim görüşüm -ve şimdi görüyorum Bilge'nin görüşü, hâтта Bilge'nin görüşü bir adım daha ileri, onu da söyleyeceğim- hiç yazmamışlarsa, kanuna yine uymak durumu söz konusudur. Eğer sarahaten yazmışlarsa -benim buradaki görüşüm biraz ayrılıyor- demişlerse ki: "*Türk kanunları uygulanmaz, kanunla bağlı değildir, hakkaniyet kurallarına göre hüküm verilmesi gerekir*" işte o zaman ben diyorum ki; emredici hukuk kuralları dışındaki haller bakımından artık hakemler maddi hukukla bağlı değildirler.

Anlayabildiğim kadarıyla, bilmiyorum ben doğru takip ettim mi, şimdi Bilge bana söyleyince, "*sen yarım yamalak dinliyorsun*" deyince, hep tereddüde kapılıyorum.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Öyle demedim, yine yarım yamalak anladınız... Söylediğim laf o değildi.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Yani yazmamışlarsa veya sarahaten yazmışlarsa "*bağlı değildir*" diye, o zaman emredici hukuk kuralları dışında hâkimler hakkâniyet içinde kalmak suretiyle bağımsızdırlar.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Orada izninizle bir açıklama yapayım: Efendim, hakkâniyeti, kanuna uymayan çözüm olarak tasavvur etmek, bana hiç doğru görünmüyor. Demek ki, hakkâniyete atıf yapan bir ifade varsa, hakkâniyet çerçevesinde, asıl olan kanuna uymalarıdır. Öyle değil mi? Doğrusu, bazen Kanun'un çözümünün hakkâniyete aykırı olduğu öne sürülebilir. Biliyorsunuz, "*Hasar müşteriye aittir*" ilkesi Roma

TARTIŞMA

hukukundan geliyor. Bir at satın aldınız, yarın size teslim edilecek, şu kadar para ödeyeceksiniz, parayı cebinize koydunuz gittiniz atı teslim almaya, adam dedi ki: "*Kusura bakma, hayal kırıklığına uğrayacaksın, yıldırım düştü, at öldü.*" Yahu vah vah!.. Duur, ver bakalım parayı. Ne parası? Parayı ödeyeceksin... Yoo, hasar müşteriye aittir ilkesi... Şimdi, bu malum bizim hukukumuz, Roma hukukunun ve İsviçre hukukuna özgü bir ilkedir. Almanlarda falan ilke böyle değil. Şimdi bu çözüm hakkâniyete uygun mu? Doğrusu tartışılabilir ve "*hakkâniyet çerçevesinde hüküm verilecektir*" denildiğinde, anlayabilirim burada hakemin gerekçeler göstererek, mukayeseli hukuktan söz ederek kanundaki çözüme uymayan bir çözüm vermesini, hakkâniyete dayanıyorum diyerek böyle bir çözüm vermesini anlayabilirim. Ama, bu galiba çok nadir görülebilecek bir hâldir. Çoğu kez kanundaki çözümün, hakkâniyete uygun çözüm olduğunu kabul etmek gerekir.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Evet, bu çerçeve içinde son söyleyeceğim şu: Şimdi, yeni kanun bakımından ve milletlerarası ilişkiler bakımından... Tabii, burada bir gerçeği de gözden uzak tutmamak lâzım. Bugün milletlerarası ilişkilere baktığımız zaman, biraz evvel Deren Yıldırım'ın söylediği gibi, Model Kanun'da, tarafların sarih iradeleri açıklanmadıkça, hakem mahkemelerinin kanunla bağlı olduğuna ilişkin bir düzenleme var. Şimdi, eğer yapılacaksa -son adımı bir yana bırakıyorum ben şahsen- belki bu düzenlemeyi getirmek lâzım. Çünkü, bakınız, hep onu söylerim, aman hakem yargılaması çok önemlidir diyoruz, vesaire ama bunu bu şekildeki hükümlerle yüklerseniz, o takdirde hakem yargılamasına güven duyulamaz. Nitekim bugün Türk hukukunda, hatta kısmen yabancı hukuklarda -benim bildiğim odur- o kadar büyük bir güven duyulamaz. O bakımdan, hakem yargılaması önemli bir çıkıştır, bilhassa mahkemeler dışındaki yargılama bakımından. Ama buradaki düzenlemeleri, sabırları taşıracak noktalara getirmemek lâzım.

Çok teşekkür ederim.

Başkan: Buyurun Sayın Kuru...

Prof. Dr. Baki KURU: Şimdi, konuşmacılar, Sayın Nevhis Deren'in açıklamalarını tam anlayamadım ama, şurada bir görüş birliği var galiba, Nevis hanım da aynı şeyden bahsetti... 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda herkes mutabık, öyle mi?.. "Eğer taraflar açıkça... Onun dışında, taraflar hiçbir şey söylememişlerse, gene de Türk kanunlarını uygulaması lâzım hâkenlerin" diyorsunuz.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Ben öyle diyorum şahsen, benim görüşüm o.

Prof. Dr. Baki KURU: Görmedim o kitabınızı ama... O zaman tahkimin bir anlamı kalmaz gibi geliyor bana. Taraflar, tahkime ne için giderler? Devlet mahkemelerindeki gibi davalar uzamasın, biraz daha adalete uygun bir karar verilsin diye giderler. Eğer taraflar hiçbir şey söylememişlerse, o zaman da maddî hukuk kuralları uygulanmalıdır tahkimde dersiniz, ikisi arasında bir fark kalmaz.

Bir Katılımcı: Aksi sarahati koyabilirler, bağlı değilsin diyebilirler taraflar...

Prof. Dr. Baki KURU: Onu demişlerse zaten ihtiyatlı olmaları bakımından bunu mutlaka yazmaları gerekir. Ama yazmamışlarsa, bizim öteden beri uygulamamız da, mahkemelerin adalet ve nasafet esaslarına göre karar vermesidir.

Şimdi, tahkimde bu gerekli de oluyor... Benim başımdan bir olay geçti, 20-25 sene oldu, Keban Barajı nedeniyle ... diye bir yer var, Elazığ ile Bingöl arasında. Bir köprü yapılacak, ... Köprüsü. İhâle etmiş Karayolları, bir Alman şirketine ihâle edilmiş. Yer gösterecekler, ama "yer göstermede gecikmesi hâlinde bir ilave tazminat ödennmez" diyor. Peki. Şimdi, Alman şirketi de bekliyor; çağırmuşlar Alman şirketini: "Buyurun, yeri göstereceğiz" demişler. Onlar da gelmiş, Ağustos sığağıydı, kurmuşlar şantiyeleri, bir ay geçmiş, iki ay geçmiş, üç ay geçmiş, yer gösteren yok. Ama onlar personeli, mühendisi, makineleri her şeyini koymuşlar oraya. Ondan sonra, üç ay sonra mu ne, yer gösterilmiş, Alman şirketi dava etti. Ben de hakem kurulunday-

TARTIŞMA

dım. Baktık, herkes, çok güzel bir köprü, bilmem ondan sonra giden oldu mu oraya, ... Köprüsü, Keban Barajı'nın ortasından geçmesi lâzım. Sözleşmede şöyle bir hüküm var, sözleşme de çok açık değil, Borçlar Kanunu'nun 99. maddesi galiba. Biz, *"adalet ve nasafet bir tazminat verilmesini gerektirir"* diye karar verdik. Yargıtay, *"Mahkemelerde olsaydı bu dava, kazanılmazdı, 99. maddeye aykırı düşerdi"* diye bozdu. Şimdi, orada adalet duygusuna şey yapıyor...

Bir Katılımcı: Nasıl bir hüküm vardı Tahkim Sözleşmesi'nde efendim?

Prof. Dr. Baki KURU: Onu şimdi tam hatırlamıyorum... Şey, yer göstermede gecikmesi hâlinde...

Bir Katılımcı: Yani, hiç hüküm mü yoktu tahkimle ilgili kanuna bağlılık bakımından hiç hüküm yoktu değil mi?

Prof. Dr. Baki KURU: Yoktu, o zaman konulmuyordu. O zaman konulmadığı için eski içtihatlar biliyorsunuz, 1994'ten önce *"adalet ve nasafet kurallarına göre hakemler karar verebilirler"* diyordu. Biz de, çok da şey yapmadık ama, adamların asgari masraflarını hükmettik. Yani, oraya çağırmışsın, çağırdukları sabit, *"biz çağırдық"* diyor. Ama neden yer gösteremediniz? *"Baraj yeri belli olmadı, köprüünün nereden geçeceği belli olmadı"* diyor. Ee, artık o adamı çağırmışsınız, gel demişsiniz, sözleşmedeki yetkinizi, yer gösterme yetkinizi kullanmışsınız.

Olaydan çok geçtiği için bazı hususları hatırlamıyorum, o zamanki Yargıtay üyelerinin belki büyük bir kısmî hayatta bile değiller. Ama böyle bir yerde adalet, nasafet esaslarına göre karar vermek gerekebilir. Zaten tahkime bunun için gidilir. Eğer böyle bir hüküm koyarsanız, Türk hukukunda milletlerarası tahkimde de, sözleşmede hüküm olmasa bile, *"Türk hukukuna göre karar verilecektir"* derlerse, Nevis Hanımın bahsettiği cazibeye hiç c'sini bile artık şey yapamazsınız, kimse gelmez Türkiye'ye tahkim için.

Oturum Başkanı: Buyurun.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Efendim, bu düşüncelere karşı benim iki mütalaam olacak. Birincisi, kişiler tahkim sözleşmesi yaparken hakemler maddî hukukuna bağlı olmaksızın akıllarına estikleri gibi, kendi doğru saydıkları çözüm şudur diye bir çözüm verebilirler derse mesele yok. Böyle şey caiz olsun, batıl olsun falan dediğim yok. Ama, böyle bir şey denmedi, hiçbir şey söylenmedi; böyle bir faraziyyede hakemler kendi akıllarına esen türde ve maddî hukuka hiç uymayan türde bir karar vermeye mezun sayılmışlar diye farz edebilir miyiz? Bence asla edemeyiz. Şurada bakın, bu kadar insanız, size getirdiler bir tahkim sözleşmesi yapmak teklif etti ihtilâfta bulunduğunuz bir insan...

Tahkim Sözleşmesi'nin yapılması kaçta kaç serbest irade eseri? Yüzde 80 belki, önünüzde bir mukavele yazarsalar, orada bir madde vardır, falan falan kişilerin tahkim kurulunu oluşturmasını ve aranızda bu sözleşmeden dolayı çıkabilecek ihtilâfın onlar eliyle çözümlenmesini kabul ederim... Bu kadar! Hiç gık bile diyemezsiniz, oraya imza atmak zorunda kalacaksınız. Ahvalin çok büyük çoğunluğunda tahkim sözleşmeleri böyle yapılıyor. Serbestçe insanlara, Ahmet akli başında adam, Mehmet âdil adamdır, doğru adamdır, aptesli, namazlı adamdır, doğruluktan ayrılmaz, haydi onları hakem yapalım; böyle demesiyle olmuyor. Hayal aleminde yaşamayalım, gerçek bu, dediğim gibi, önünüze dayatılıyor tahkim sözleşmesi.

Öyleyse, kitleleri böyle tahkim sözleşmelerine karşı korumak lâzım. Hele hele böyle tahkim sözleşmelerinin hukuka aykırı düşen sonuçları getirip size dayatmasına karşı çıkmak lâzım.

Oturum Başkanı: Sayın Hocam, konuyu tartıştık etraflı olarak. Tartışmaları hakem müessesesinin içine hapsetmeyelim, birçok konuyu tartışacağız, bunu burada kapatalım. Ben de Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşlerini açıklamak istiyorum ama, zaman darlığından ve bildiğinizi de düşünerek o konuya hiç girmiyorum. Başka konularda sorular alalım?..

Buyurun Sayın Ermenek.

TARTIŞMA

Arş. Gör. İbrahim ERMENEK: Benim sorum öncelikle Yavuz Alangoya Hocama olacak, sonra onunla bağlantılı Baki Hocama bir soru soracağım.

Kısmî davaya ilişkin olarak: Şimdi, görev bakımından çekişmeli çekişmesiz ayrımı kaldırılmış, yani bir kısmî dava edilirse son kısım hariç olmak üzere tamamına göre görevli mahkemeyi belirliyoruz. Bu tamam, görev bakımından olabilir. Çünkü, ileride ıslah yoluyla veya ... arttırmak yoluyla görevli mahkeme değişebilir, o yüzden bu yerindedir. Fakat, istinafa ilişkin 345. maddede ve temyize ilişkin 366' da yanılmıyorsam, orada şöyle bir hüküm var: *"Eğer alacağın bir kısmî dava edilmişse, ilkinde istinaf bakımından 1 milyarlık kısım, temyiz bakımından 5 milyarlık kısım alacağın tamamına göre belirlenir"* diyor. Şimdi, mahkemenin karar vermediği bir kısım bakımından nasıl alacağın tamamına göre belirliyoruz bunu? Çünkü, özellikle istinaf bakımından ıslah ve iddiayı değiştirme girişimleri... yasa yok, hâkim re'sen dikkate alıyor orada. Kaldı ki, bu arada kısmî dava açıldığında zamanaşımuna da uğramış olabilir. Çünkü, dava kısmî dışında bırakılan kısım bakımından zamanaşımı kesilmiyor. Dolayısıyla zamanaşımuna uğramış olabilir veyahut dava dışında bırakacağım kısmî benim dava edeceğimi kim garanti edebilir? Bu birincisi.

İkinci kısım, Baki Hocama soracağım kısım: 1 milyarın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından, özellikle de hâkimlere karşı açılacak sorumluluk davasında, bu 1 milyarın altında kalan kısımları, benim görebildiğim kadarıyla, uygulamada hâkimler bir yargılama faaliyeti gibi algılamıyorlar. Bunu bir norm koyma görevi gibi algılıyorlar. Yani, burada biz istediğimizi yaparız, nihayetinde bir denetim yok. Dolayısıyla bu anlamıyla hâkimlere karşı açılacak sorumluluk davası da, son derece önemli bir hâle geliyor. Dolayısıyla hani burada devlete karşı açılmış olması, pek yerinde değil. Hâkimler üzerindeki caydırıcılığını ortadan kaldırıyor.

İkinci olarak da, bu, hâkimlik teminatını zedeliyor diye yarın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse, büyük bir boşluk doğacak. Aynı şekilde, hâkime karşı açılan sorumluluk

davası bakımından deniyor ki: Davayı kaybeden taraf –yani davacı oluyor doğal olarak, tazminat davası- 500 milyon liradan 5 milyar TL'ye kadar tazminata mahkum... Böyle bir şeyi, ben %20 de davayı kaybetme ihtimâlim olsa, niye dava açayım? Bu benim Anayasa'da öngörülen... hakkıma aykırılık oluşturuyor.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Birinci bölümü için, ister istemez çok kısa özetleyeceğim, belki üç satırda. Diyorsunuz ki: *"Görev bakımından kısmî davada açılan kısma değil, tamamına bakılır. Burada benim bir itirazım yok"* değil mi? *"Görev bakımından bu pek önemli değil, ama buna mukabil istinaf ve temyiz saflıklarında yine tamamına bakılacaktır. Bu doğru bir çözüm müdür?"* Çünkü, diğer kısmın ne olacağı, öbür kısmın dava edilip edilmeyeceği meselesi, o an itibarıyla belli değildir, mahkeme kararında yoktur...

Şimdi bakınız, çok önemli bir şeye değiniyorsunuz. Bu sabah bu meseleyi dolaylı yoldan, başka bir mesele dolayısıyla gündeme getirdim, dedim ki: Kesin hüküm... Biliyorsunuz, bizim Yargıtay'ın başka bir düzenlemesi daha var, kısmî dava için alınan hükümde eğer hukukî ilişkinin bütünüdürün tespiti yolunda bir hüküm varsa ve bu kısmî dava kesinleşmişse, bizim Yargıtay ne diyor: Artık bu hukukî ilişki kısmî mütebaki için de kesin hüküm kabul edilmelidir...

Şimdi, buna ben biraz sayın arkadaşlarımıza da söyledim, bu çerçevede kesin hükmün sırrlarının bu şekilde genişletilmesinde çok mütereddidim.

Meseleye kanun yolları bakımından gelince: Şimdi, burada biraz işin amacına bakarak hareket etmek lâzım. Doğru, tamamına karşı istinaf tâyin edilir. Ben bunun doğru olduğunu düşünüyorum şahsen. Buradaki durum nedir? İstinaf tamamına bakılarak tespit edilir... Halbuki 1 milyarlık kısımdan sonra, ikinci dava açılmazsa burada ilk yapılan istinaf tetkikatı ve temyiz tetkikatı boşa gitmiş tetkikatlar olacaktır.

TARTIŞMA

Eğer ikinci kısımların açılmadığı bilinseydi, ilk kısımda istinaf ve temyiz yolu kapalı olacaktı. Değil mi, söylediğiniz budur bize?.. Benim kanaatimce, belki böyle bir ihtimâl vardır. Ama böyle bir ihtimâl vardır diye, kısmî dava bakımından bu hükümden feragat edilmesi doğru olmaz. Yani, kısmî davada görev buna göre tayin edilecektir, istinaf yolu ve temyiz yolunun da yine tamamına ilişkin olarak kabullenilmesi doğrudur. Dediğim gibi, çünkü bu bir kısmî davadır, belirlenmiştir kısmî dava olması. Bunun da bir denetime tâbi tutularak, bütünüün değeri dikkate alınarak denetime tâbi tutulmasında ben mahzurlu bir yol görmüyorum. Çünkü bir imkânı ortadan kaldırmıyorsunuz, tam tersine, bir imkânı ekstradan getirmiş oluyorsunuz. Bilmem anlatabildim mi? O bakımdan, benim böyle bir düzenlemeye karşı çıkmam söz konusu değil. Ben doğru buluyorum.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Kuru.

Prof. Dr. Baki KURU: Hâkimlere karşı sorumluluk davasıyla ilgili bana da bir soru yönelttiniz sanıyorum.

Orada söylediğiniz hususlar benim Tasarı'daki sisteme karşı oluşumu destekliyor. Onun için, Tasarı'da getirilmek istenen hâkimlere karşı tazminat davası hükümlerine karşı idim ve bunu da görüşünüz destekliyor. Yani, benimle bir çelişki yok aramızda.

Sayın Başkanım, izin verirseniz kısmî davaya da değineyim. Sayın Alangoya'ya katılıyorum, tamamına göre belirlenmeli. Bugün 427. maddede de var. Ama bunun gerekçesi Sayın Alangoya'nın demin katılmadığı kesin delil meselesi. Yani, dava edilmeyen kısım hakkında da kesin delil teşkil etme ihtimâli olduğu için temyiz ve istinaf sınırı kısmî dava edilmemiş bölüm de nazara alınarak belirleniyor. Yani, benim kanaatim de tutarlı ama, sizin bir önceki görüşünüzle, yani kesin delil teşkil etmesine karşı olma görüşünüzle tamamı üzerinden temyiz sınırının belirlenmesi görüşü sanıyorum biraz birbirine yan bakıyor gibi Sayın Alangoya, ne dersiniz?

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Vallahi bugün hep yan bakılmakla suçlanıyorum! Ama esas itibariyle kısmî davadaki görüşlerimi bildiğiniz için fazla yormak istemiyorum. Ama kısmî davadaki görüşlerim bunların hepsini muhafaza ediyorum, ama kısmî davadaki kesin hüküm meselesini, kısmî davayla sınırliyorum. Ama bu sınırlama, açılmış olunan, bütünü itibariyle, bütünüün değeri itibariyle açılmış olan istinaf ve temyiz yollarına gidilmesini engellemek gerekir diyorum.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Karayalçın.

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN: Efendim, konuşmalar çok dağıldı. Şimdi, 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nu ben, Birinci Hakem Heyeti Başkanı olarak; Baki Kuru arkadaşım ise, bizden sonraki hakem heyetinin –zannediyorum– başkanı olarak olayları değerlendiriyoruz. 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı altında bizim enstitümüzde çok uzun tartışmalar yapılmıştır.

Şimdi, tahkim hukukunun iki temel kuralı vardır: Bir, eğer tarafların sözleşmesi ile hakem kurulunun hakkâniyete göre hüküm verebileceği konusunda özel bir hüküm yoksa, hakem heyeti maddî hukuka göre karar verir. Maddî hukukun ne olacağını taraflar belirtmemişler ise, hakem heyeti hangi maddî hukukun uygulanacağını tespit eder ve ona göre karar verir. Bu itibarla, 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı, kanaatimce temelden yanlıştır.

İkincisi, şimdi olayda ne olmuştur? Biz Birinci Hakem Kurulu olarak maddî hukuka göre karar verdik, Borçlar Kanunu'nun bilmem kaçınıcı maddesine göre karar verdik.

Yargıtay'a gitti konu, birkaç sene bekledi, İçtihadı Birleştirme Kurulu'na gitti, İçtihadı Birleştirme Kurulu bu kararı verdi, döndü bizim verdiğimiz kararı bozdu. Olabilir. Bizden sonraki heyet, bizim verdiğimiz kararın doğru olduğuna karar verdi, fakat 15. Hukuk Dairesi'ne gitti, 15. Hukuk Dairesi dedi ki: "Hakem Kurulunun bu konuda bir karar verme yetkisi yoktur, ... kararı veremez" ve böylece işte doğru karar verme... Yani, konu

TARTIŞMA

Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmeden ve bu özellikler tartışılmadan bu dava maalesef bir tarafın aleyhine sona erdi.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Başka sorusu olan? Buyurun Sayın Öztekin.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Şimdi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, benim kanaatimce çok uzun zamandan beri bir günah keçisi oldu. Ne zaman bizim adalet sistemi yavaş işlese ya da bazı sorunlar ortaya çıksa, siyasî iktidarlar en kolay çözüm olan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nu değiştirme yoluna hep gitmişlerdir. Benim hesabıma göre 28, fakat bir başkasının belirttiğine göre Usûl Kanunu'nda 26 değişiklik yapılmıştır. Bir türlü çevresel sorunlar görülmek istenmemiştir. Tebligat sorunu, adli polis gerekli mi değil mi, hâkimlerin bilgi yönünden kalitesi, avukatların kalitesi gibi daha bir sürü sorun. Fakat şunu da itiraf etmek gerekir ki, bu değişiklikler nedeniyle Usûl Kanunu gerçekten bir yamalı bohçaya dönmüştü. Bunun bir derlenip toparlanmasına, muhtemelen bir insicama kavuşturulmasına ihtiyaç vardı ve dili bakımından çok aksıyordu, bazı yerlerde son derece Türkçe sözcükler, diğer yerlerde ağdalı Osmanlıca. O itibarla böyle bir değişiklik fikri kanaatimce, her şeye rağmen, uygun olmuştur.

Burada Komisyon, yine kanaatimce çok uygun olan bir yöntemi benimsemiş ve bizim 75 yıllık müktesebatımıza bir ölçüde sadık kalmıştır. Bu müktesebatın bir kenara silinip atılması için ben bir neden göremiyorum. Bir de gerekçelerinde önemli bir tespit yapmışlar, aslında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun değiştirilmesi yönünde bir tazyik, bir tespit yoktur diyorlar. Dolayısıyla işin özünü muhafaza etmek suretiyle yeni hükümler getirmeleri son derece iyi olmuş.

Benim şahsî kanaatim, detaya girmeden, iyi bir Tasarı olduğu, derli toplu, kendi içinde tutarlı, bir reform niteliğinde değil, fakat tabii reform yapabilmek için çok değişik çalışma yöntemleri benimsemek lâzım. Yani, bu çalışma yöntemleri

komisyonların nasıl çalışma yaptığını hepimiz biliyoruz. Hafta sonları gelip iki saat, üç saat, beş saat çalışmakla bir reform yapmak pek mümkün değil gibi görünüyor bana.

Bu bağlamda, gündeme gelen bir konuya değinmek istiyorum, o da ADR olarak ifade edilen ve Türkçeye “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*” diye tercüme edilen konu. Bu konuda çok dikkatli olmak lâzım geldiğine inanıyorum. Çünkü bu bir ideolojik konudur. Küreselleşme adını verdiğimiz ideolojinin bir aracıdır bu ADR dediğimiz sistem. Ha, şimdi bu küreselleşme dediğimiz sistem, ideoloji benimserir, ben kabul ediyorum bunu, yani o zaman anlarım, yani buna saygı duyarım ancak görüş olarak. Fakat bunun bir ideoloji olduğunu bilmek lâzım ve küreselleşmenin başlıca hedefi: Bir, milli savunmayı küçültmek; iki, adaleti küçültmektir. Yani, mümkün olduğu kadar fazla şeyi, devletin adliye mahkemelerinin görev alanından çıkartıp özel kişilere vermektir. O itibarla o ADR konusunda çok dikkatli olması lâzım geldiğine inanıyorum. Çünkü, bu küreselleşme ve ona bağlı araçlar... Yani, öyle zannediliyor ki, böyle Yunan Türkiye’ye gelecek, sarılacak, öpüşecek herkes, Türk Yunanistan’a gidecek; o sevgi pıtırıcıları falan... Herkes sarılacak, kol kola, el ele... Ama kanaatimce bu hiç böyle değil. Bunu bildikten sonra, “*Ben buna rağmen kabul ediyorum*” denilirse de o görüşlere tamamen saygı duyuyorum.

Görev sınırını sabitlemiş Komisyon. Bu sabitleme, tabii enflasyon şimdilik Türkiye’de düşük gidiyor da, inşallah eski günlere dönüş olmaz. Biz neler gördük çünkü, sabah çıkıyorduk etiket başka, akşam giriyorduk etiket değişmiş. O itibarla bu sistem böyle devam ederse, bu yapılan doğru gibi.

Grup davaları -hemen hemen bütün konuşmacılar ifade ettiler- gerçekten biraz muğlak kalmış. Bizde zaten Ticaret Kanunu’nda özellikle vardı haksız rekabet konusunda. Bu konuya girilmişken, acaba biraz daha ileri gidilemez miydi? Örneğin, o konuda böyle biraz mütereddit de olsa adımlar atmış bir Fransız hukuku var, acaba oradan yararlanılamaz mıydı? Bu grup davası biraz daha yaygın hâle getirilemez miydi diye düşünüyorum.

TARTIŞMA

Ses ve görüntü naklinden yararlanma son derece yerinde. Ses ve kayıt cihazlarının duruşma salonuna alınmaması son derece yerinde.

Bilirkişilik kurumuna gelince; tabii şimdi burada deveye sormuşlar: "Boynun neden eğri" diye, "Nerem doğru ki" demiş. Yani, o bilirkişilik kurumuna girdiğimiz zaman sabaha kadar konuşabiliriz. Burada yalnız, yine konuşmacılar ifade ettiler, şimdi bir ticaret mahkemesi hâkimini düşünün. Bu ticaret mahkemesi hâkimi, haksız rekabetiyle, carî hesabıyla, ticarî işletme hukukundan tutun anonim şirketleri, limitet şirketleri, kooperatifleriyle işte şirketler hukuku, kıymetli evrak hukuku, bankacılık hukuku, itirazın iptali davaları vesilesiyle icra hukuku, iflâs, konkordato vesilesiyle iflâs hukuku, konkordato hukuku... Yani, şimdi bizim önümüze dosya bilirkişi olarak geliyor, üç gün, beş gün uğraşyoruz, İsviçre doktrinine giriyoruz da işin içinden çıkamıyoruz neredeyse. Yani, hâkimden bunu beklemek, bu konuda bu derece ölçüsüz bir yasaklama getirmek, bu ne ölçüde doğru bilemiyorum. Yani, neden Fransızlar mahkeme dostu adı verilen bir kurum ihdâs ettiler. Yargıtay'da, gerçi temyiz mahkemesinde sadece bu uygulanıyor ama, Yargıtay toplumun o alanda uzmanlaşmış, örneğin hukuk fakültesi profesörlerinden kişiler çağırıp bundan bilgi alabiliyor çok yeni konularda, kendisinin inceleyemediği konularda. Yani, bunlardan neden hâkimler yararlanmasın? O konuyu ben de pek paylaşamıyorum doğrusu.

Bazı noktalarda biraz iyimser. Sayın Hocam, iyimser buluyorum Komisyonu. Sayın Baki Kuru Hocam ön inceleme konusunu belirtti, "Gayet yerinde olmuş" dedi. Hakikaten gayet yerinde olmuş. Yalnız ben Sayın Hocama ilk olarak şu soruyu yöneltmek istiyorum: Şimdi, bu sulha teşvik denildiği zaman, şimdi hâkim ne yapacak? Gerçi, Hocama göre "İsviçre'de ve Fransa'da grefiye denilen hâkim yardımcılığı kurumunu ihdâs edilirse ancak bu işler" diyor haklı olarak da. Biz, hâkimin bunu işleteceğini, iş yükünün... Yani, İstanbul'da falan bunun bir ticaret mahkemesi, bir asliye hukuk mahkemesinin falan bunu işletebilmesi söz konusu değil. Şimdi yalnız şu: İhsası rey konusu

ne olacak Hocam? Sulh acaba, yani hâkim bir şeyler diyecek. Diyecek ki: *"Yahu kardeşim, sen biraz haksızsın, yoksa bunları bir araya getirip orada öyle hâkim baktığı zaman bundan sulh falan çıkmaz yani."* Hâkim diyecek ki: *"Kardeşim, sen biraz zayıf gibi görünüyorsun"* vesaire. Yani, diyecek mi daha doğrusu, ne yapacak?! O konuda ne düşünüyor, Değerli Hocamın görüşlerine başvurmak istiyorum.

Bir de, Değerli Hocam görev konusuna değindi demin. *"Bu görev konusunu fazla abartmamak lâzım"* dedi. Yani, kamu düzenine ilişkin olması hususunu, *"özellikle karar verildikten sonra görev yönünden Yargıtay veya üst mahkeme tarafından bir bozma olmasın"* dedi. Şimdi, ben doğrusu Hocama katılamıyorum bu noktada. Gerçi kimliğine ve birimine çok büyük saygı duyuyorum, haddim değil ama, Hocam taze olmadığımı da artık ifade ettiniz zaten, kös kös gideceğiz... Zaman hükününü icra ediyor Hocam, haklısınız.

Değerli Hocam, bir ihtisas mahkemesi kuruluyor, örneğin Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi diyelim. Kanun koyucu bunu neden kuruyor? Diyor ki: *"Ben, hakkın, fikrî ve sinaî mülkiyet alanındaki hakkın bu şekilde daha iyi tecelli edeceğine, gerçekleşeceğine inanıyorum. Onun için bu mahkemeyi kurdum."* Şimdi, asliye ticaret mahkemesinde de taraf avaz avaz bağıyor, diyor ki: *"Yahu kardeşim, görevsizsin, benim davamı fikrî ve sinaî haklar hukuk mahkemesine gönder."* Mahkeme de dikkate almıyor, *"ben görevliyim"* diyor, kararı veriyor. Şimdi bu karar, yani Yargıtay, buna üst mahkeme karışamayacak mı? Benim kanaatimce, görev son derece temel direk gibi görünüyor. O itibarla oradaki, belki başka şey ifade etmek istediniz bilemiyorum, ama ona katılamadığımı arz etmek istiyorum.

Komisyonadaki değerli arkadaşlarıma tekrar teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN: Enstitümüzün yakın bir sürede yapmayı düşündüğü *"Tahkim Sempozyumu"*nun ama-

TARTIŞMA

cı, meslektaşımızın temas ettiği gibi, ısrar hakkıyla ilgilidir. Bugün yaşayan Türk hukukunun tahkim açısından en önemli konusu, hakem heyetinin ısrar kararı hakkı konusudur. ... nasıl değerlendirilmiştir şu anda kesin bir şey söyleyemeyeceğim, hatırlayamıyorum, ama orada bol bol bu konuyu tartışmak imkânını bulacağız.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz.

Buyurun efendim.

Prof. Dr. Baki KURU: Sayın Selçuk Öztekin sorusundan başlayayım: Şimdi, ihtisas mahkemesi, fikrî ve sınaî haklar mahkemesi kuruldu. Onun da görevine giriyor, ticaret mahkemesi karar veriyse ne olacak? Ben diyorum ki, ticaret mahkemesinin verdiği karar doğruysa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na, vesaireye uygunsa, artık sırf görevsizlik nedeniyle bozulmamalı. Neden? Yakın zamana kadar ticaret mahkemeleri bakıyordu bu davaya. Hele şimdi sizin verdiğiniz misâle göre, ticaret mahkemeleri üç hâkimden oluşuyor, Fikrî ve Sınaî Haklar Mahkemesi bir hâkimliğe indi ve öyle bunaldı ki bütün davalara görevsizlik kararı veriyor... Altı ay sonraya duruşma veriyor. Şimdi, görevsizlikten bozdunuz, fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesine gitti, o da hazıra kondu, Ticaret Mahkemesi kararı esastan doğruysa, aynı kararı verecek. Yani, Yargıtay sonuca etkili olmayan usûl yanlışlıklarını nasıl olsa bozma sebebi yapamıyorsa, bu da bir usûl yanlışlığıdır, görev yanlışlığıdır; bunu da bozma sebebi yapmasın diyorum.

Eski kaldırılması düşünülen Kanun'daki, Usûl Kanunu'nun 7. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünü daha genişleterek uygulayalım diyorum, usûl ekonomisi bakımından. Yani, bu görev çok büyük bir şey değil. Bir de, özel mahkememiz hâlini doğru verdiniz. Fikrî ve Sınaî Haklar Mahkemesi kaç yerde var Türkiye'de; ya üç yerde ya beş yerde. Öteki yerlerde buna zaten genel mahkemeler bakıyor. Bu kadar görev konusunu bir bozma nederi yapmayalım diyorum.

Ondan önceki sorunuz, sulha teşvik: Tabîî, bu çok nazik bir konu. Hâkimi sulha teşvik ederken ihsası reyde bulunmaktan kaçınması lâzım. Ama sadece sulh olun, sulh olun demek yeterli değil. Yani, onlara, Almanların dediği gibi, çiçek sunarak bunu anlatması lâzım. Çok nazik bir konu. Bugünkü Kanun'da da var ama, uygulanmıyor. Fakat, ön inceleme sırasında karşılıklı konuşuracak, şeyleri tespit edecek ya, "*Buyurun, ne diyorsunuz*" der gibi, biraz mimikleriyle falan hareket ederek belki yapacak. Artık o hâkimin becerisine kalmış bir şey diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Cem Budak.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Sorumu aslında doğrudan doğruya yöneltme değil ama, kıymetli Hocam Prof. Yavuz Alangoya'nın temas ettiği bir konu vesilesiyle gündeme getirmek istediğim ve bugün de aramızda iken Hocalarımız konuşulmasını arzu ettiğim bir konu var. Senetle ispat konu. Hocam konuya değindiler ve yalancı şahitliğin de bir mesele, tatbikatın bir sorunu olduğunu söylediler ve bir defa bir sınırın belki gözden geçirilmesi lâzım, sembolik seviyede kalmış olan parasal sınırın. Bir de, yazılı delil başlangıcına ilişkin hükümlere yeniden bir bakmak lâzım dediler.

Bu vesileyle ben Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yapılmak istenen bir yenilikten bahsetmek ve o konuda Hocalarımızın kıymetli görüşlerini almak istiyorum. Malum, Ticaret Kanunu Tasarısı, ticarî defterlerle ispat usûlünü tamamen kaldırmaktadır ve ticarî defterleri tamamen bir takdiri delil olarak dikkate alınabilecek delillere de indirgemektedir deyim yerinde ise. Halbuki, gene kürsü tecrübesi olan hâkimlerimiz, Yargıtay üyelerimiz belki yanlışım varsa düzelterekler, tatbikatta senetle ispat mecburiyetinin, yahut tanık dinlenmesi yasağının fazla mahzur yaratmaması yahut yumuşatılması konusunda ciddi bir fonksiyon görüyor ticarî defterlerle ispat konusu. Bilhassa birbirleri arasında muntazam ticarî ilişki olan tacirler, meselâ bir fabrikaya mal sevk eden bir yan sanayi yahut bir tacirden

TARTIŞMA

muntazam olarak mal alan bir perakendeci -diyelim- aralarında her seferinde meblağı ifade edecek sözleşmeler yapmıyorlar, sadece faturalaşmayla ve ticarî defterlerine bunları kaydetmekle yetiniyorlar. O yüzden de, tatbikatta ticarî defterlerle ispat usûlü sıkça kullanılıyor ve senetle ispat mecburiyetinin de yerini tutuyor. Deyim yerinde ise önemli bir istisnasını oluşturuyor. Bu bakımdan, bir defa, öyle zannediyorum ki, Ticaret Kanunu'nda yapılacak bu önemli değişikliği de dikkate almamız lâzım. Senetle ispat konusundaki hükümlerimizi değerlendiren ve belki Ticaret Kanunu'nda yapılmak istenen değişikliklerle Usûl Kanunu'ndaki senet bahsinin düzenlenmesi konusunda çalışan Komisyonumuz arasında bir iletişim de kurmak gerekli. O konuda Hocalarımla görüşlerini almak istiyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Buyrun Sayın Alangoya.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sayın meslektaşım Doç. Budak'ın söyledikleri benim görüş açımı uygun. Çünkü, ben dediğim gibi, sabahleyin belirttiğim gibi, kategorik olarak senetle ispat yasağının kaldırılmasını benimsemiyorum şu anda, bu durumda. Yani, o bakımdan onu muhafaza etmek istiyorum, senin söylediğin sebeplerle.

Benim söylediklerimin dışında bu noktada o senetle ispat mecburiyetinin büyük ölçüde elastikiyet kazanması bakımından iyi bir durum olur ama, şimdi orada düzenlenmedi ticarî defterlerle...Kaldırıldı...

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Kaldırıldı...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Şimdi, bence bu gerekçe yanlış. Esas itibarıyla bu gerekçe çok isabetli değil. Çünkü, başka yerde uygulanıp... Bu çok kolay bir gerekçe de. Efendim, iki türlü kolay: Dünyanın hiçbir yerinde yoktur dersiniz. Mümkün değil kolay kolay onu... İki: Efendim, birçok kanunlarda bu hüküm vardır dersiniz. Ee, o bir ölçüde kontrol edilip denetlenebilir. Ama, şimdi o gerekçe bir yana, bence ticarî defterlerin

-Profesör Moroğlu da bizim toplantımızda söyledi- bir şekilde belki bizim kanunda düzenlenmesi ve buna bağlı uygulamanın bu konudaki yoğunluğu, bu konudaki alışılmışlığının biraz yol göstermesi lâzım tabii kanun koyucuya. O bakımdan, ben Sayın Budak'a katılıyorum.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Umar.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Ticarî defterle ispat imkânının kaldırılması sanırım pratikte fazla bir şey değiştirmeyecek. Şundan dolayı: Ticarî defteri delil diye ibraz etmeniz neye bağlı? Bunların usûlüne uygun tutulmuş olması. Usûlüne uygun tutulması da neye bağlı? Müstenidatı olmasına. Ee, müstenidat? Muhasebeci kendi kendine yazmış: "*Sattığımız malın bedelidir*" diye bir kâğıt sokmuş oraya, müstenidat o diye bir kayıt geçiyor. Bu müstenidat mı? Değil. Demek ki, bir yazı çizi olacak. Kimden? Hasımdan... Ancak o zaman müstenidat vardır diyebilirsiniz. Demek ki, o müstenidat teşkil edebilecek belgelerin kendi başına, delili melili sunmadan, delil diye sunulması imkânı yok, yine de bâki kalacağına göre yeni sistemde, ticarî defterlerle ispat diye bir kural olmasa bile, o müstenidatı sunarsın hasmuna karşı, ispatını yapmış olursun. Demek ki, fiilen fazla bir değişiklik olmayacak. O belgeleri sunmak imkânı saklıdır ve o belge olmadan zaten de ticarî defter ...

Bir Katılımcı: Budak bir şey söylüyor: Müstenidat karşıdan sâdır olmak gerekmez. Müstenidat ve fatura dedi. Fatura kesip gönderiyor. O fatura sekiz gün içerisinde de cevaplanmıyor. Ha, eğer buna itiraz... Eğer bu bir müstenidattır, bizim anladığımız mânada bir senet değildir bu. Senetle ispat bununla olmaz. Onun için, ister istemez ya bunun bir yazılı delil başlangıcı gibi düşünülmesi veya bunun bir şekilde düzenlenmesi lâzım. O bakımdan, ben yine de, yani böyle bir düzenlemenin... Ticarî hayat, çünkü biraz bunun şeyinde dolaşılıyor. Böyle bir düzenlemeden tam feragat edilebileceği hususunda bir düşünce sahibi olamıyorum.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Kuru.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Baki KURU: Efendim, ben de Sayın Alangoya'ya katılıyorum. Şu gerekçeyle özellikle, Bilge Bey'in söylediğinin aksine: Bir de, yalnız müstenidat değil, yani sahibi lehine delil olması değil, aynı zamanda birbirini teyit ediyorsa ticarî defterler, artık senede gerek yok. Onun için, herhâlde Ticaret Kanunu'nda hiç değilse böyle bir düzenlemeye gerek var. O vakit tabii senetle ispat mecburiyeti de bu olayda uygulanmayacak.

Bizim Usûl Kanunu'nda -maddesini hatırlayamadım ama- 290'lı civarında, Ticaret Kanunu'nun ticarî defterlere ilişkin "ispat ve hükümleri saklıdır" diye bir madde vardı. Ona benzer bir madde, tabii Ticaret Kanunu'nda o kaldırıldığı için, Tasarı'da yer verilmemiş. Gerek de yok belki, çünkü bu Usûl Kanunu'nun konusu değil, Ticaret Kanunu'nun konusu. Ticaret Kanunu'nda nasıl başka usûl hükümleri varsa Ticaret Kanunu'nun 5. maddesi fatura vesaire gibi, bu da Ticaret Kanunu'nun hâlledeceği bir sorun. Orada ticarî defterlere, sınırlı da olsa, delil kuvveti tanıyan hükümler konulursa -Ticaret Kanunu'nun eski 80, 81. maddeler- bizim Usûl Hukuku Kanunu'nda da bu senetle ispat mecburiyetinin bir istisnasını oluşturabilir, özel hüküm olması nedeniyle diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı: Buyurun efendim.

Bir Katılımcı: Ticaret Kanunu Taslağı'nda çok önemli bir madde yer alıyor. O da, muhasebe standartlarıyla ilgili kurallar bağlayıcıdır ve Türkiye'de eğer muhasebe standartlarıyla ilgili çalışmalara bakacak olursak, koskoca bir cilt yayınlanmıştır. Hâтта küçük sayılabilecek işletmelere kadar kamu kesiminde de, özel muhasebe kuralları yayınlanmaktadır.

Şimdi, muhasebe kurallarında, yani bir kaydın bir deftere işlenebilmesi için müstenidatı lâzımdır, başka türlü mümkün değildir. Bu itibarla o hüküm o kadar önemli değildir. Yani, bizi yanlış bir yoruma -kanaatimce- sevk etmemelidir. Bu açıdan incelemek lâzımdır.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Hakan Bey, buyurun.

Bir Katılımcı: Bir tek cümle arz edeceğim Hocam.

Çoğu zaman devam eden ticarî ilişkilerde, muntazam ticarî ilişkilerde müstenidat, yapılan her bir hukukî işlemin müstenidatını teşkil etmiyor. Örneğin, mal tedarikine ilişkin yahut hizmet tedarikine ilişkin, deyim yerinde ise, bir çerçeve sözleşme yapılıyor ve onun içinde, hâtta Damga Vergisi'nden filan da kaçmak için, çoğu zaman bir rakama yer verilmiyor. Dolayısıyla müstenidat tek başına ticarî defterlerle ispatın yerini tutmuyor. Çünkü faturalaşmayla ondan sonra hukukî ilişki devam ettiriliyor.

Oturum Başkanı: Bir iki kelime de ben ilave edeyim; tatbikatın içinde olan bir kişi olarak ifade etmek istiyorum. Ticarî defterlerle ispat yolundaki düşünceleriniz maalesef pratikte pek gerçekleşmiyor. Çünkü, bir kere bizim tacirimizin usûlüne uygun defter tutma alışkanlığı yok. Bir yerlerden kaçma çabası ve düşüncesini taşıdığı için, usûlüne uygun defter tutma çok nadir, tesadüf ediyor. Onun da ilkeleri var malum aliniz. Ticarî defterin usûlüne uygun tutulması ve delil kabiliyeti taşınması mümkün değil. Uygulamada bu, bir oran vermeye kalksanız, % 20'yi geçmez usûlüne uygun defter tutulması ve delil kabiliyetine kavuşması % 20'yi geçmez. O itibarla ticarî defterlerin Ticaret Kanunu'ndan çıkarılması delil fonksiyonunu zayi etmesi çok çok ehemmiyetli bir durum değil. O itibarla endişelerinizi bu şekilde belki izah edebiliriz.

Oturum Başkanı: Hakan Beyefendi, buyurun.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben Yavuz Hocama bir soru soracağım, çünkü gitmeden önce öğrenmek istiyorum.

Bu kendiliğinden ihbarla ilgili. Basılı hâldeki kitapta, bu konuyla ilgili çekişmesiz yargı konusundaki görüşlerini açıklıyorlar, tamamen katılıyorum. Çünkü çekişmesiz yargıda bunu düzenlemesek de aynen söz konusu olabilir. Ancak, bunu düzenlememizin sebebi, yani kendiliğinden ihbarı düzenlememizin sebebi şu: Bu müessese bizim hukukumuzda

TARTIŞMA

hiç düzenlenmiş değildi. Ben ilk defa tezimde bunu yazdım, sonra Ali Cem Budak arkadaşım yazdı, arkasından Muhammet Özekes arkadaşım yazdı. Bunu belki düzenlememizin sebebi şuydu: Medenî Kanun'daki bir hüküm, zaten kendiliğinden ihbarı bizim hukukumuzda getirmiş durumda. Orada diyor ki: *"Sadece anaya açılırsa çocuğa kendiliğinden ihbar eder veya sadece çocuğa açılırsa anaya kendiliğinden ihbar eder."* Bu şekilde hüküm sonucundan doğrudan etkilenen kişiye kendiliğinden ihbar müessesesi maddî hukukta düzenlenmiş durumda. Biz usûl hukuku bakımından bu eksikliği hissederek böyle bir düzenleme yaptık. Nitekim, Alman hukukunda da -galiba 629/a maddesinde zannediyorum- bu konuda bir düzenleme mevcut. Yani orada da...

Bir Katılımcı: Özel bir meselede.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Aile hukukuyla ilgili. Keza yine aynı şekilde. Ama, bizde onlardan farklı olarak, özellikle bu meselâ, Ticaret Kanunu'nda getirilen hükümlerin ne yönde olacağını bilemiyorum ama, meselâ kollektif ortaklıkta ortaklığa karşı aldığınız hükmün, ortaklar hakkında da uygulanması konusunda da bir kendiliğinden ihbarın düşünülmesi ve bizim hukukumuzda da uygulanması gerekir veya bunun dışında diğer maddî hukukla ilgili durumda böyle bir söz konusu olabilecek hâllerle karşılaşabiliriz. Bu nedenle, ihbarı düzenledik.

Sizin düşünceniz, ben çok iyi anlamadım, kendiliğinden ihbarın, çekişmesiz yargı dışında düzenlenmesini mahzurlu mu görüyorsunuz? Yoksa bu konuda herhangi bir şekilde karşı olmadığınızı mı anlamalıyım?

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Belki ikisi arası. Zaten dediğim gibi, orada çok kesin bir şey söylemedim ama, şunu söylüyorum: Bakınız, sizin de işaret ettiğiniz gibi, çok spesifik konularda bu söz konusu olabilir. Zaten eğer hükmün birden fazla kişiyi ilgilendirmesi söz konusu ise, o takdirde, birden fazla kişi aleyhine alınıyorsa, zaten zarurî dava ortaklığına gidilir.

Şimdi, beni burada tereddüde sevk eden, Usûl Kanunu'nda bu kadar geniş, hiçbir sınırlama konulmaksızın hâkimin re'sen ihbar edebileceği imkânıdır. Şimdi düşününüz, bir alacak davasında veya belirli bir gayrimenkul veya menkul davasında birtakım ayıplar, vesaire dolayısıyla bir kaza yapılmış, bir zarar ortaya çıkmış. Davalının rücu edebileceği bir kişi var, fakat davalı ona ihbar etmek istemiyor. Daha sonra o bir rücu meselesidir. Şimdi, hâkimin elinde bir imkân var, diyor ki: *"Kardeşim, ben buraya senin rücu edebileceğin ihbarda bulunabileceğin kişiyi de ihbar etmek istiyorum bu davaya."*

Şimdi, demek istediğim şu: Meseleyi bu spesifik konularda, biliyorum tezinde ben bulunduğum için, üçüncü kişilerin ilgilendiren hususlarda birtakım çözümlere ihtiyaç var. Fakat bunların iki şekilde düzenlenmesi mümkün: Bir, sizin yaptığınız gibi, bir genel hüküm. Hâkime tam anlamıyla bir yetki veren, sınırı olmayan bir hüküm. Her davada bu ihbarı yapabilir. Ben, doğrusunu isterseniz, bunu çok isabetli görmüyorum, şahsen. Dediğiniz özel... Meselâ, Alman hukukunda da, ihbarı okuduğunuz zaman, ihbarı düzenleyen maddelere baktığınız zaman, doğrudan doğruya, yani ihbarı düzenleyen maddelere baktığınız zaman hâkime böyle bir yetki verilmiş değildir. Taraftır ihbarı yapan kişi.

Şimdi, çok özel birtakım meselelerde bu çok ciddi bir ağırlık taşıyabilir. Buyurduğunuz Alman hukukundaki aile hukuku bakımından. Oralarda -hep ben onu da söylüyorum- o hükümlere böyle bir şey konulabilir. O hükümlerin içine bu şekilde bir ihbarın yapılabileceği hükmü konulabilir. Ama bu kadar geniş, bütün davaları kapsayacak bir şekilde hâkime ihbar imkânının verilmesi, bana biraz da -sabahleyin söylediğim gibi- hâkimin re'sen bir şeyi başlatması sistemi gibi geliyor. Tarafların tasarruf hakkına bu kadar müdahâle etmek doğru değil. Yani, taraf eğer ihbar etmek istemiyorsa, hâkim: *"Hayır, ben ihbar ediyorum"*, geldi o da, *"Peki, ben seni temsil etmek üzere geliyorum"* veya *"müdahil olarak geliyorum"* dedi. Bunlar o kadar bana şey görünmedi. Dediğim gibi, bu konuda çok derinlemesine bir araştırma yapmış değilim. Ama

TARTIŞMA

bu çerçeveden baktığımda, bana biraz bu yetki fazla bir yetki, mahzurlu bir yetki gibi görünüyor.

Oturum Başkanı: Buyurun hanımefendi.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM: Şimdi, tabî bu meselenin sanıyorum hükmün üçüncü kişilere yönelik etkisiyle ilgisi var.

Unsur etkisi gibi hüküm etkileri, inşaî tesir gibi hüküm etkilerinde söz konusu. Dolayısıyla hep doktrinde savunduk, ben de doktora tezimde, “*Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları*”nda savundum. Kesin hükmün sübjektif sınırlarının genişlediği hâllerde Türk hukuku yeterli korumayı sağlamıyor. Hep bu alanda çalışanlar kendilerine şu soruyu sordular: Üçüncü kişilerin dinlenme hakkını nasıl koruruz? Hangi kurumları Türk hukukuna getirerek koruruz? Bu çerçevede, birtakım önerilerde bulunuldu. “*Notwendige Beiladung*” ki, Alman İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nda mevcuttu. Sanırım biraz ondan esinlendi Komisyon. İdare hukuku alanında geçerli bir kurumdur bu. Onun dışında, hep söylediğimiz bir konu vardı: Neden Türk hukukunda, dava arkadaşlığı biçiminde ferî müdahale imkânı yok. Bence, re’sen ihbar müessesesi gibi, Alman doktrininde de sınırlı alanda uygulanan, fakat benim elimde olan bir tez, medenî usûl hukukuna da bunun yansımaları önermiştir. Fakat azınlıkta kalan fikirdir. Bir tek doktora tezinde ben bunu gördüm Almanya’da.

Sayın Pekcanitez, fer’î müdahâleyi yazdı. Dava arkadaşlığı biçiminde fer’î müdahâlenin de olmadığını, bir yoksunluk olduğunu ifade ettiler. Ben bu komisyondan, açıkçası bu kurumun getirilmesini beklerdim. Bu şekilde üçüncü kişilerin... Üçüncü kişinin itiraz davası hakkı yok, çünkü bizde –Yunan hukukunda olduğu gibi, İtalyan hukukunda olduğu gibi– bari bizde de Alman usûl hukukunda olduğu gibi, kesin hükmün sübjektif sınırlarının genişlediği alanlarda bu olsaydı. Bence yani bu sonradan eklenebilir diye düşünüyorum, hiç fena olmaz diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Karslı.

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: Sabahtan beri dinlediğimiz kadarıyla Tasarı'da birçok yeni kurum var, bu bizim için sevindirici. Ama mevcut Usûl Kanunu'nda bir hüküm var ve biz biliyoruz ki -hepimizin malumu- yargılama usûlü işlemler manzumesi, baştan sona bir usûlü işlemler manzumesi. Usûlü işlemlerle ilgili de şu anda mevcut Kanun'da 82. madde var. Bir de bir tefrik yapıyor, esaslı merasime uyulan, uyulmayan hâllerde usûlü işlemlerin tashihi, düzeltilmesi ve iptali. Ben bu Tasarı'da, 82. maddeye tekabül eden bir düzenleme görmedim. Acaba bunu diğer hükümler içinde mi mezcettiler, yoksa usûlü işlemlerle ilgili problemleri başka türlü mü halletmeyi düşünüyoruz? Hocalarımın ve heyetteki arkadaşların o görüşünü öğrenmek istiyorum.

Oturum Başkanı: Bu soru zannediyorum Komisyon'a yönelik bir soru. Cevaplamak isterlerse buyursunlar.

Bir Katılımcı: Ben öyle bir hüküm görmedim, benzer bir hüküm görmedim.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Tercan.

Prof. Dr. Erdal TERCAN: Sorumu Yavuz Hocama yöneltmek istiyorum. Yavuz Hocam Tasarı'yı farklı bir yönden değerlendirdi, usûlün amacı ve sosyal boyutu açısından değerlendirdi. Bu bağlamda Tasarı'nın bazı hükümlerine değindi. Özellikle yetki sözleşmesi açısından zayıfın korunması bağlamında neler düşünülebilir, neler yapılabilir; kısmen ona değindi.

Yine bununla bağlantılı olarak, belki yetki sözleşmesi kadar önemli, yetki sözleşmesinden belki biraz daha - taraflar açısından- etkili ve önemli: Delil sözleşmesi var. Takip edebildiğim kadarıyla usûlün sosyal boyutu açısından bu delil sözleşmesine değerli görüşlerini serdetmediler. Acaba bu konuda ne derler? Yetki sözleşmesindeki gibi, delil sözleşmesi açısından da sosyal boyutu dikkate aldığımızda bir sınırlama düşünülebilir mi? Düşünülebilirse, bu sınırlama nasıl olabilir?

TARTIŞMA

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sabahleyin söyledim, yetki anlaşmalarıyla ilgili. Çok doğru söylüyor sayın meslektaşım, delil anlaşmaları bakımından bu mümkün. Ama delil anlaşmalarının varlığı senetle ispat hükümlerinin mevcudiyeti çerçevesinde ele alınmak gerekecek. Ve orada, siz hemen hatırlayacaksınız, başka bir vesileyle buna değindim, yine yetki dolayısıyla. Yetki anlaşmaları sebebiyle itirazsız yargılamaya devam etmek, yetkisizliği ileri sürmeden itirazsız yargılamaya devam etme hususunda bir hüküm getirilebilir diye düşündüğümü söyledim. Ve o vesileyle ve biraz belki yakından, bizde böyle bir hatırlatmanın başka bir yerde kabul edilmiş olduğunu, zannediyorum 289. maddedir, orada şöyle bir düzenleme var: Taraflar bir delil sözleşmesi yapabilirler veyahut yargılamada mutabık kalmak suretiyle senetle ispatı ancak mümkün olan hâllerde şahit dinletilebilir. Ama hâkim bu şekilde bir mutabakat, sarih mutabakat yok da doğrudan tartışmaya girilme durumu varsa, o zaman tarafa bunu hatırlatır, böyle hükümler vardır. Yani, senetle ispat edilnesi şeklinde bir durum var, şahitle ispat edeceğim diyor delillerinde, sen buna ne diyorsun? Böyle bir hatırlatma var.

Şimdi, ben buradaki bu hatırlatmadan kıyasen yetkide de itirazsız devam etme hâlinde böyle bir hatırlatmanın oraya da getirilebilmesini söyledim.

Doğrusu delil sözleşmeleri ile ilgili doğrudan bir şey söylemedim. Ama, size hak veriyorum. Senetle ispat mecburiyeti kaldığı sürece delil sözleşmeleri gündeme gelebilecektir ve delil sözleşmeleri, bugün üstelik de çok sık yapılan bir sözleşme şekli. Ama eğer yazılı bir sözleşme yapılmaksızın katılma hâlinde bu husus gerçekleşecekse, o zaman hâkim hatırlatacak. Hâtta, gene bugün muhtelif vesilelerle Sayın Hocamız, Rahmetli Hocamız Postacıoğlu'nun bir görüşünü belirtmek istiyorum. Profesör Postacıoğlu, bu hükme dayanarak, yani bu hatırlatma hükmüne dayanarak dışarıda yapılmış olan bir delil sözleşmesinin mahkemeye getirilmesi hâlinde dahi "*Sen böyle bir şey söylemişsin, şahitle ispat edilebileceğini kabul etmişsin ama bu senetle ispat edilmek gerekir. Bunu biliyor muydun bu sözleşmeyi*

yaparken?" diye bir hatırlatma yapılması gerektiğini söylemiştir, "Senetle İspat Mecburiyeti" kitabında. Bizim müşterek kitabımıza bakacak olursanız, ben buna işaret etmekle yetindim, çok tavır almaksızın. Ama çok da yanlış bir şey olduğunu zannetmiyorum. Yani, demek ki, belki bunun üzerinde durmam lâzımdı.

1. Hatırlatma hükmü muhafaza edilmelidir. Yani, senetle ispat edilecek bir durumda taraflar gelmişler, aralarında bir anlaşma yok, devam ediyorlar, karşı taraf itiraz etmiyor, hâkim burada hatırlatacak bugünkü kanun hükmüne göre. Bu hüküm muhafaza edilmelidir.

2. Mahkeme dışında yapılmış bir delil sözleşmesinde senetle ispatı gereken bir hususun şahitle ispat edilmesi kararlaştırılmamışsa, mahkemenin burada dahi tarafa bunun sonuçlarını hatırlatması meselesi üzerinde bu durum üzerinde de durulmak gerekir.

Böyle bir tamamlama yaptığınız için size teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Özekes.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Benim sorum üç Hocama da. Özellikle iş bölümü meselesiyle ilgili. Bilge Hocam "dinlemedin" demesin diye söylüyorum, Baki Hocam bu konuya biraz değindi. Ben biraz daha açarak soruyu sormak istiyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Yok ben varım, senin için tehlike yok, bana söylüyor bu sözleri hep.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Sağ olun Hocam, destek olduğunuz için.

Ticaret hukukuyla da bağlantı bir mesele olarak, ticarî defterler gibi iş bölümü meselesi, üyesi olduğum kanun Komisyonunda da oldukça tartışıldı.

Asıl soruya gelmeden, müsaadenizle burada bir hususa değinmekte de yarar var. Her ne kadar İstanbul Barosu'nun baştağı Tasarı'yı değerlendiren kitabın ön sözünde Sayın Baro

TARTIŞMA

Başkanı “*Temel yasa ve Tasarılarla bağlantı kurulmamıştır*” şeklinde genel bir eleştiri getirmişse de, bunun tamamen bilgi eksikliğinden veya yeterince araştırmamaktan kaynaklandığını düşünüyorum.

Tasarı'nın genel gerekçesinde dahi bu konuda bilgi var. Komisyon olarak, başta Komisyon Başkanımız olmak üzere, özellikle Ticaret Kanunu Komisyonu ve onun Sayın Başkanı ile çok sıkı bir işbirliği hâlinde olduk. Hâtta Komisyonumuzda da beş tane maddî hukukçu yer aldı. Maddî hukukçuların bu Komisyon'da yer alması, başlangıçta özellikle Komisyon üyelerince istenmiştir. Bunun, kanun komisyonları bakımından bir ilk olduğunu ve usûl hukukçularının bu konuda da örnek olduğunu düşünüyorum. Genellikle, maddî hukuka ilişkin kanunlar yapılırken usûl hukukçuları neredeyse unutulur, sonra bu kanunlarda birçok usûle ilişkin hüküm yer alır. Ancak, gerekli araştırma yapılmamış olduğundan, daha sonra bu usûl hükümleri uygulamada birçok sorun doğurmaya başlar ki, bunların bir kısmının da gerçek anlamda çözümü yoktur. Bunun en iyi örneği, Medenî Kanun'dur, bu Kanun'da birçok -neredeyse usûl kanunundakilerin üçte biri kadar- usûl hükmü var; daha sonra İş Kanunudur ki, meselâ işe iade davalarındaki yargılama usûlü tam içinden çıkılmaz bir denklemdir. Nitekim bu konuya, yaptığımız ilk usûl hukukçuları toplantısında da birçok Hocamız değinmiş, sitemlerini ortaya koymuşlardı. Bu vesileyle konuyla da bağlantılı olarak, haklı bulmadığım bu önsöze değinmek istedim. Yani, İstanbul Barosu'nun çıkardığı kitabın önsözünde belirtildiğinin tam aksine, diğer temel kanunlar ve o sırada bitmiş veya çalışması devam eden Tasarılar dikkate alınmış, ilgili komisyonlarla gereğinde görüşülmüş, hem komisyon üyesi olan maddî hukukçulardan hem de komisyon dışındaki uzmanlardan bilgi alınmıştır. Şunu da belirtiyim ki, bu Tasarı'nın ortaya çıkartıldığı Komisyon'da, üyeler dışında konunun uzmanı olan kişilerden de zaman zaman hem hukukî hem de teknik bilgi alınmıştır. Şimdi asıl iş bölümüne gelince, bu konuda Komisyon'da ciddi bir tereddüt oldu. Hâtta, en son benim hatırladığım görüş şu idi, denildi ki: “*Biz bunu ilk itiraz olarak Tasarı'ya koyalım, fakat tartışmaya açılın,*

daha sonra değerlendirelim". Ben üç Hocamdan da görüşlerini özellikle lütfederlerse, öğrenmek istiyorum.

Ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasında iş bölümü gerçekten kalmalı mıdır veya ilk itiraz olmalı mıdır? Bunu da biraz belki açarak söylemekte fayda var. Şöyle düşünüyorum: -kesinlikle yanlış anlaşılmasın küçümsemek için değil- Bir iş mahkemesinin önüne kıdem ihbar tazminatı davasının gittiğini düşünelim, bir standart işçinin, 3-5 milyarı, -şimdi 3-5 bin yeni türk lirasını- geçmez bu tazminatları. Ancak, iş mahkemesi ile ilişkiyi biz görev ilişkisi saymışız, ayrı bir mahkeme kurmuşuz, bu mahkeme de tek hâkimli. Diğer yandan, trilyonlarca liranın görüşüldüğü bir asliye ticaret mahkemesi kurmuşuz, çok da önem vermişiz, toplu mahkeme olarak üç hâkimli oluşturmuşuz.

Şimdi, bu kadar önem verip üç hâkimli kurulan mahkemeye iş bölümü diyoruz ki, yani olsa da olur, olmasa da olur. Burada, ilk itiraz olarak ileri sürülmezse, asliye hukuk hâkimi baksa da olur bu işe. Bu kadar önem verip, üç hâkimli yaptığımız, miktar olarak yüksek miktarlarda davaya bakan ticaret mahkemesine iş bölümü gibi daha basit bir ilişki ağı öngörmüşüz. Diğerleriyle ilgili olarak ise, görev ilişkisi gibi daha önemli bir ilişki ağı kurmuşuz.

Baki Hocam da söyledi, fikri sınaî haklarla ilgili hususlar ayrı bir mahkemede, aslında ticaretin içinden çıkan özel bir mahkemede görülüyor. Deniz Ticaret Mahkemesi de keza aynı şekilde ticaretin içinden çıkan bir mahkeme.

Şimdi, bütün bunları değerlendirdiğimiz zaman, acaba iş bölümü gerçekten ilk itiraz olarak mı kalmalı? Yoksa, asliye ticaret mahkemelerini ayrı görevli ihtisas mahkemesi mi saymalıyız? Üçünün de görüşlerini lütfederlerse memnun olurum. Benim kanaatim bunun görev ilişkisi olmasından yanadır.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederim Sayın Muhammet Özekes, bir fırsat verdiniz bana. Ben, görev ilişkisinin de iş bölümü, bugünkü Ticaret Kanunu'nun 5. maddesindeki iş bö-

TARTIŞMA

lümü ilişkisi gibi olmasını düşünüyorum. Orada ilk itiraz. Ama görevde de ona daha yakın. Taraflar ileri sürsünler, mahkeme ön inceleme sırasında bu konuyu karara bağlasın, olumlu veya olumsuz... Zaten olumsuz karar verirse görevsizlik kararı verecek gidecek, ama görevliyim deyip de davaya bakmışsa artık bu bozma sebebi teşkil edememeli. Yani, biraz iş bölümüne doğru yaklaşıyorum konuyu. Fakat biraz geriye gidersek -sizin ifadeniz bunu çağrıştırdı- çok gerileri, Sayın Hocam Prof.Karayalçın hatırlayacaklar, yeni Ticaret Kanunu'ndan önce bu husus ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak değerlendiriyordu. Tıpkı bugün iş mahkemesi, asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki gibi.

O zaman bir reform niteliğinde sayılabilir Prof. Hirch'in otoritesiyle belki de. Bu o kadar da önemli değil. İlk itiraz olsun, sonuca etkili değilse temyiz sebebi, bozma sebebi de yapılamasın... Ben bu sisteme yakın bir şey, çünkü bu görev diyorsunuz. Bakın, fikrî ve sınaî haklar mahkemesi, çok doğru söylediniz, ticaret mahkemesinin içinden çıktı. İstanbul'da 10 tane Ticaret Mahkemesi vardı, 9'a indirdiler, 10. Ticaret Mahkemesi'ni Fikrî ve Sınaî Haklar Mahkemesi yaptılar. Birden neler değişti yani? Orası Yunan mahkemesi, burası Türk mahkemesi olmadı, ikisi de Türk mahkemesi. Kanunları doğru uygulamışlarsa artık bu "sen görevsizsin" diye bozulamasın. Olaylar daha da gelişti, ticaret mahkemesinde yine Fikrî ve Sınaî Haklar Mahkemesi'nin aleyhine, tek hâkimliğe indi. Ticaret Mahkemesi bakmış bir davaya, görevsiz, ama verdiği karar doğru da, kanuna uygun, artık bunu "fikrî ve sınaî haklar görevlidir" diye bozamamak lâzım. Usûl ekonomisine aykırı. Çabukluk, ucuzluk, basitlik ilkesine aykırıdır diyorum.

Oturum Başkanı: Buyurun...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Genel çerçevede Sayın Hocama katılıyorum. Bir kere şunu söylemek istiyorum. Biraz kuvvetlendirilmiş bu görev ayrımı meselesi. O da şuradan: Hiç olmazsa eski 7. maddenin üçüncü fıkrasını muhafaza edin. Yani, düşününüz, Asliye Mahkemesi bakmış, kimse bir şey

söylememiş... Artık burada görev hususu ileri sürülmez diye, 7. maddenin üçüncü fıkrası vardı, onu bence muhafaza edelim, yani asgari olarak. Tek hâkim... Ben buradaki çok yetenekler bakımından, çünkü oraya inhisar etti iş artık, tek hâkimli asliye, sulhta. Yani, Asliye Mahkemeleri daha bilgilidire inhisar etti, başka bir ayrımı yok. Heyet olsa, evet bir şey var, yani meşveret var, karşılıklı konuşma... Ama burada aynı hâkimler. Üstelik bazen asliye hâkimlerinin daha kıdemsiz bile olduğu söyleniyor sulh hâkimlerinden. Bu birinci söylediğim, o hiç olmazsa asgari onu muhafaza edelim, yani bu eğilimi biraz tersine çevirmek.

İki, hep söylerim -şimdi Hocamın söylemesi beni memnun etti- biraz şuradan da mesele gündeme gelmeli belki: Hatırlayacağınız üzere, bizim bugünkü mevcut Kanunumuzun 2. maddesinde, tarafların görev meselesinde -2'nin ikinci fıkrası mıdır, tam hatırlamıyorum- tarafların mutabakatından... Eğer aralarında ihtilâf olursa gibi -değer itibariyle- bir hüküm vardı. Şimdi, Sayın Hocam bunun bir tercüme yanlışı olduğunu söyler. Ben biraz farklı bir şekilde, bunun bir tercüme yanlışıdır diye itilmesi doğru değildir derim. Çünkü İsviçre'nin bazı kantonlarında bu imkân tanınmıştır. Şimdi, bu vesileyle baktım -orada bunu söylemedim- Avusturya hukukunda görev anlaşmalarına imkân veriliyor. Tabii, bazı kısıtlamalar var, vesaire. Hâtta Alman hukukunda, şimdi ünlü bir Alman hukukçusu var, genç ve çok değerli, Schilken diye, o dahi bazı hususlarda görevde anlaşma yapılabileceği hususunu söylüyor.

Şimdi, doğrusunu isterseniz ihtisas mahkemeleri bakımından çok iddialı olmak istemiyorum ama, sulh ve asliye hukuk arasındaki görev ayrımında böyle bu kadar: Hayır... Aman... Sakın ha... Olmaz... şeklindeki bir yasaklama bugün için ağırlığını büyük ölçüde kaybetmiştir gibi geliyor. O bakımdan, ben de aynı şekilde, ama herhâlde 7. maddenin üçüncü fıkrasını bir şekilde asgari olarak tekrar dercetmek gerekir diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Bilge UMAR: Birincisi, eğer mahkemenin iş bölümü yönünden davanın gitmemesi gereken mahkemenin verdiği karar hukuka uygun ise, doğru mahkemeye gitmiş olsaydı aynı karar çıkacak idiyse bunun bir bozulma sebebi teşkil etmemesi gerektiği konusunda arkadaşlarımla aynı fikirdeyim.

Görev anlaşması yapılması imkânı verilsin mi verilmesin mi meselesine gelince: Neuchâtel’de –şimdi o konu üzerinde çalışıyorum, Neuchâtel içtihatlarının tercümesine kaldığım yerden yeniden başladım filan- gördüm ki, Neuchâtel’de bu konuları Neuchâtel Adli Teşkilat Kanunu düzenliyor. Yani, mahkemelerin arasında görev ayırımı, iş bölümü ayırımı ve görev ayırımı konusuna dahi sözleşme olmasına cevaz veriyor... Ama doğru mu bunu verme... o ayrı bir hikâye, yani bu bir tercih meselesi. Bu imkânı verirsiniz, vermezsiniz. Yalnız, herhâlde iş bölümü konusundaki kurallar muhafaza edildiği sürece hâkimin bunu görev ayırımı kuralları gibi re’sen nazarı itibara alması gerektiğini kabul etmek bana tutarlı görünmüyor. Yani, bu konuda Baki Kuru Hocamdan biraz daha katıyım. Yani, mantık aynı mantık. Madem ki ayrı mahkeme kurmuş bu iş için, yanlış mahkemeye getiriyorlar, ilk itirazın öne sürülmesini beklesin hâkim; bu bir çelişki ifade eder. Öbür mahkemenin işidir diye gönderme kararını re’sen vermeli.

Prof. Dr. Baki KURU: Sayın Başkanım, bir yanlış anlama olmuş. Ben, re’sen de mahkeme ilk itiraz demiyorum, mahkeme de re’sen incelesin ama, ön incelemede incelesin bitirsin. Zaten Tasarı da öyle, dava şartı bu. Görevliyim dedikten sonra, artık devam etsin. Ama davanın ortasında da “*Ha, ben görevsizmişim*” deyip, görevsizlik kararı verebilir. Ama görevsizlik kararı vermeden işi esasa bağlamış ve karar doğru ise artık Yargıtay’da bozulasın.

Bir şey ilâve edeceğim, konuyla ilgili değil ama, yeni bir müjde aldım, Bilge Umar arkadaşımın. Şimdi, Bilge Umar arkadaşımız Neuchâtel kararlarını tercüme etti, birçoğunuz belki bilmeyorsunuz yayınlandı bu 1960’lı yıllarda. Şimdi duyuyorum ki, ona devam ediyormuş, çok güzel yapıyorsunuz. Ba-

şarılar diliyorum. Çünkü, Neuchâtel' de kitap yok, bir şey yok. Bir tane doktora tezi vardı. Ha, bir tane de yeni kanun hakkında küçük bir şerh çıktı. Neuchâtel Kanunu bizim kaynağımız, ama uygulamasını bilmiyoruz. Uygulamayı bize, bende var o ciltlerin Fransızcası ama, ben işime geleni kitabıma koyuyorum, işime gelmeyeniyi koymuyorum. Bilge Umar hepsini yayınlıyor. Başarılar diliyorum. Çok büyük bir hizmet olacak.

Oturum Başkanı: Buyurun...

Bir Katılımcı: Efendim, hâkimlerin mahkemelere tayinlerinde onların uzmanlıkları birinci derecede önemli olan bir husus olsa vazife konusu çok önemli olur. Ama, yani bugün uygulamada, ben bildim bileli, bir ceza hâkimi rahatlıkla başka bir yere gönderilip ticaret hâkimi oluyordu. Ticaret hâkimi başka oluyordu bir.

İkincisi, işi başından aşmış zor bir konuda, birkaç önemli davayla karşılaşmış olan hâkim, kendisini bu davadan kurtarmak için, konuyu: "*Efendim, bu ticaret konusudur*" deyip veyahut da "*Hukuk konusudur*" deyip başka bir tarafa atıyordu. Yani, uygulamada bu konunun içtihatla düzeltilmeye çalışmasının bir sebebi de, böyle vazifeden, yani pratik bakımdan, kaçma olayı da olmuştur diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Efendim, zamanımızı doldurduk. Katılımlarından dolayı değerli Hocalarımıza; hepinizin adına çok teşekkürler ediyorum.

Yine toplantıda değerli fikirleriyle katkıda bulunan katılımcılara da ayrıca teşekkür ediyorum ve yarın sabah saat 10.00'da buluşmak üzere oturumu kapatıyorum, hepinize iyi akşamlar diliyorum.

ÜÇÜNCÜ OTURUM
9 Eylül 2006 (Sabah)

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tebliğ Sunan

Prof. Dr. Ejder YILMAZ
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı
Üzerine Bazı Notlar

III. OTURUM

Oturum Başkanı: Değerli meslektaşlarım, günaydın.

Bugün Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Komisyonu'nun büyük bir titizlikle ve uzun süre çalışarak hazırlayıp bizlere sunduğu Taslak hakkında, değerli meslektaşım Prof. Dr. Ejder Yılmaz, düştüğü bazı notları bize aktaracak. Kendi tebliğinin adı olduğu için söyledim. Bu tabii not olmakla kalmayacak, ben ondan eminim. Bu konudaki önemli değerlendirmelerini bize aktaracak. Kendisine, baştan başarılar diliyorum, teşekkür ediyorum ve sözü veriyorum.

Buyurun.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ: Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Muhterem Hocalarım, değerli meslektaşlarım, Adalet Bakanlığı'nun sayın yöneticileri, sayın konuklar; iyi bir çalışma günü diliyorum. Dün keyifle birbirinden değerli tebliğler dinledik, Hocalarımızdan çok şey öğrendim ben kendi adıma. Bir anlamda benim bir şansım var, çünkü konuşulanları toparlayarak, belki öğleden sonraya yahut da bu tebliğin sunumundan sonra başlayacak olan genel tartışmalara da faydalı olabilir diye değerlendiriyorum.

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

Ben, önce bir teşekkür borçluyum, onu ifade etmek istiyorum, geciken bir teşekkür: Biz, asistan olduğumuzda, Ramazan arkadaşımınla aşağı yukarı aynı dönemlerde -Baki Kuru Hoca'nın yanına kapılanma kısmet olmuştu- usûlcülerin sayısı çok azdı. Monografi sayısı fevkâlade azdı. Yıl 1972'den bahsediyorum, epey bir zaman geçti. Neredeyse iki elin parmakları kadar az monografi vardı. Hemen aklıma geliverenlerden, Bilge Hocamın *İptal Davası, İspat Yükü*, Baki Hocamızın doktora, doçentlik tezleri, Rahmetli Postacıoğlu Hocamızın, Necmettin Hocamın kitapları, monografileri. Yavuz Hoca'nın daha basılmamıştı o zaman eserleri, son zamanlarda gerçi tahkim çıkmıştı ama. Sözün kısası, çok az eser vardı. Sonra yurt dışına gittik, çeşitli kütüphanelere. Kütüphanelerde çalışırken, dissertasyonlar, habilitasyonlar ürküntü verirdi, yüzlerce böyle arka arkaya ve kıskançlıkla bakardık. Zaman geçti, çok şükür usûlcülerin sayısı, şu anda salonda bulunanlar da bunu gösteriyor, sayımız gittikçe arttı. İnşallah daha da artacak. Buna paralel olarak monografilerin sayısı arttı. Benim iyi bir kütüphanem olduğunu sanıyorum. Şuna lütfen samimi olarak inanınız: Herbirinizin kitaplarını orada neredeyse her gün okşayarak böyle bakar dururum ve gurur duyarım.

Dört nesil usûlcü var şu anda. Bir, bizim nesli yetiştiren muhterem Hocalarımız var. Dün bazıları buradaydı ama, bugün Bilge Hocam var aramızda. Sonra gelen nesil, işte ben, Ramazan bey, belki Selçuk Hoca, sonra bizim yetiştirdiğimiz Hocalar var üçüncü nesil ve sonra onların yetiştirmekte olduğu güzel, gepgenç, yepyeni bir nesil var. Ben inanıyorum ki -ben Hocamı henüz geçemedim, hedefim geçmek, nasip olur bir gün geçerim- gençler bizleri çok geçecek. Gençlere o açıdan ümidim var. Özellikle yazdıkları tezler, mastır tezleri, doktora tezleri bunun çok güzel birer göstergesi diye değerlendiriyorum. Onun için bütün usûlcüleri teker teker burada saygıyla ve sevgiyle selamlıyorum.

Efendim, bugün benim de görüşlerimi söyleyeceğim Usûl Tasarısı, aslında şimdi söylediğim üçüncü ve dördüncü neslin eseridir. O açıdan da gerçekten gurur duyuyorum. Belki şahsî

olarak ben dışarıdan -amiyane tabirle- hariçten gazel okumak der ya Anadolu halkı, onunla ilgili bir anlamda bu açıdan Kanun Tasarısı'nu baştan sona kadar, bana ayrılan süre içerisinde değerlendirmeye çalışacağım.

Usûl Kanunumuz aşağı yukarı 80 yaşına geldi, artık ihtiyarladı. Biliyorsunuz, zaten Usûl Kanunu, İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'ndan sonra, onun tamamlayıcısı olarak kabul edilmişti. Medenî Kanun çıktığına göre, Borçlar Kanunu da onu takip etmek üzere, artık şekil hukukunu da değiştirmemiz lâzım geliyor.

80 yıl içinde Usûl Kanunumuz aslında oldukça değişti. Hakan Hoca 26 kez yahut 28 kez diyor, dün Selçuk Hoca 22'ye indirdi, ben, izin verirseniz 35'e çıkarayım. Üşenmedim, dün saydım, bir liste var bizim Kanunumuzun ekinde, 35 kez değişti. Tabii, bunun içinde diyebilirsiniz ki: Bu kadar fark neden? Örneğin, para cezalarını değiştiren kanunları da ben bunun içine ilâve ettiğim için sayı böyle 35'e çıkıyor.

Kanunlar topluma ayak uydurmak zorunda, gelişmelere ayak uydurmak zorunda. O nedenle değiştirilecek. İşte, Usûl Kanunumuzun da değişme zamanı geldi.

Aslında, zaman zaman bu tür, daha evvel tasarılar üzerinde çalışıldı, hâтта belki 10-12 yıl evvel ben de böyle bir Tasarı'da Ramazan Bey, Saim Hoca, Baki Hoca bir Tasarı üzerinde uzun süre çalışmıştık, ama beceremedik. Neden? Çünkü kanun tasarısı hazırlamak kolay bir iş değildir. Kollektif çalışma ruhu gerektirir ve baştan sona kadar sabır ister. İşte, bu Kanun Tasarısı'nın bir özelliği bu sabrın sonucudur, kollektif çalışmanın sonucudur. O nedenle Komisyon, başta Başkanı Hakan Pekcanıtez kardeşim olmak üzere, Komisyon'un üyelerini ve Tasarı'ya katkı veren herkesi canı gönülden kutluyorum. Her şeyden önce bir Tasarı'yı ortaya koyma başarısının elde etmişlerdir.

Onun dışında, genel olarak şöyle ifade edeyim: Aslında, iyi bir Tasarı hazırlanmıştır, ben bu fikirdeyim, çağdaş bir

Tasarı hazırlanmıştır. Ancak, hiç şüphesiz bunda herkesin görebileceği bazı eksiklikler bulunabilir. Zaten burada bulunma nedenimiz de bu.

Ramazan Bey'in de değindiği gibi, ben aslında Tasarı'yı yazın alınca üzerine düştüğüm notları bir anlamda bir metin hâline getirdim. Onun için, bunlar gerçekten birer not. Bunlar zaman içerisinde daha mutlaka ayrıntılandırılacaktır. Bir de, bu toplantının özelliği, Hakan Hoca'yla daha evvel konuşmamızda, herkese belli bir bölüm verme yerine, tümü üzerinde görüş almak daha isabetli olduğunu söylemişti. Ben de katılıyorum. O nedenle açıklamalarım sizleri sıkmadan, sıkılmaya çalışarak genel açıdan olacak.

Kanun'un tümü değişecek, elbette maddeleri de değişecek. Aslında bazı hukukçular buna karşı çıkabilirler, muhtemeldir: "Efendim, maddeleri ezbere biliyorduk, 8. maddenin ne olduğunu, 427'yi biliyorduk, şimdi ne olacak?" diyebilirler. Ee, zahmete katlanıp biraz onlar da yeni maddeleri öğrenirler diye düşünüyorum. Maddelerin değiştirilmesi isabetlidir. Dün Hakan Hoca'nın da söylediği gibi, aşağı yukarı bu 80 yıllık dönem içerisinde, malumunuz bazı bölümler çıktı, işte tebligat çıktı, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi çıktı, temhir usûlü hiç şey yapılmayan, muhasebeye has ihzarî muameleler gibi, böyle bir sürü müesseseler vardı, bunlar Kanun'dan çıktığına göre, artık yeniden bir silsile ile madde numarası yapmak lâzım geliyordu. O nedenle, bu yöntem maddelerin tümünün değişmiş olması isabetli bir yöntemdir.

Ben de Kanun'un adına takıldım. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, sanıyorum Ceza Muhakemesi Kanunu'na bir paralellik olsun diye kabul edilmişti. Aslında, Tasarı'da ve özellikle Kunter Hoca ile onu takiben Yenisey, usûl kelimesini nedense pek sevmiyorlar. O nedenle usûl kelimesini kullanmamak için Tasarı'ya da koymuş. Ben hâтта Feridun Hoca'yla da konuşmuştum, usûl kelimesine yer vermemek için, Ceza Muhakemesi Kanunu diye çıktı. Adalet Bakanlığı da buna izin verdi. Aslında, muhakeme kelimesi, bugünkü yargılamayı veya ikisi beraber yargılama usûlünü karşılıyor diye düşünüyorum dil

açısından ve muhakeme kelimesini kullanmanın doğru olmadığı kanısındayım. Hukukçu bile zorluk çekiyor, muhakeme derken. Ve biliyorsunuz, halkımız, sade vatandaşımız, muhakeme ile mahkemeyi karıştırır. Genellikle halkın ağzında: Bugün mahkemem var, falanla mahkemeleştirdim der. “Özel mahkemeler de oluyor demek ki” diye kendi içimden geçiririm. Onun için, muhakemeyi Türkçeleştirmek lâzım, Kanun’un sadeleşme diline uygun olarak. Muhakemeyi, yargılama veya yargılama usûlü diye değiştirmek lâzım. Nitekim, malumunuz, İdari Yargılama Usûlü Kanunu var. Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun var. Askerî Mahkemeler için, Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usûlü Kanunu var. Yine bizim bir parçamız, medenî yargılamanın bir parçası olan Aile Mahkemeleri’nin Kuruluş ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun var. Gördüğünüz gibi, alışılmışı artık Türk insanı da buna alıştı, yasa koyucu da hep “yargılama usûlü” dediğine göre, benim kişisel önerim, adını Medenî Yargılama Usûlü Kanunu olarak değiştirmektir. Tabii, bu tamamen tercih meselesidir.

Bu arada şunu da söyleyeyim, her ne kadar Kunter ve onu izleyerek Yenisey “Ceza Muhakemesi Kanunu” tabirini benimsemişlerse de, Tasarı’da da buna ilişkin açıklamalar yer almışsa da, örneğin Erdener Yurtcan, CMUK şerhinde bu ada o da karşı çıkıyor.

Dün de gördük, zaten hepimiz de daha evvel okumuştuk. Aslında Kanun’un amacı ne? Bugün içinde bulunduğumuz sorunların, medenî yargılamadaki, medenî davadaki sorunların çözümü, davaların daha iyi bir biçimde, daha âdil, daha çabuk, vatandaşı daha az yorar biçimde görülmesi. Bir anlamda, moda deyişle -bizim eski usûl ekonomisinden alıştığımız- âdil yargılanma hakkına hizmet eden bir kanun çıkarmak. Hiç şüphesiz kanun çıkarma amacı da bu. Ama ben, bu toplantı vesilesiyle şunları müsaade ederseniz, öncelikle bir kez daha dile getirmek istiyorum.

Ülkemizde adalet hizmetleri tıkalıdır. Özellikle ben, belki biliyorsunuz fakülteadaki bilimsel yaşamımın dışında, dışarıda

da hayatımı idame ettirebilmek için, üniversiteden aldığım ücret yetmediği için, ben de dışarıda çalışıyorum. Belli bir grubun akıl danışmanlığını yapıyorum, bir hukuk bürosu yönetiyorum. Önemli bir grubun, hâтта iki önemli grubun.

Adalet hizmetleri, gerçekten tıkalıdır sevgili arkadaşlarım. Hemen basit bir şey söyleyeyim: Hâkim dosya okumuyor! Bir daha söyleyeyim isterseniz: Hâkim dosya *okunmuyor!*.. Diyeceksiniz ki: Hâkim nasıl karar veriyor? Okumadan karar veriyor! Kötü bir şey söylüyorum. Benim gözlemim. Ben koridor avukatlığı yapmıyorum; ama, iki ayda, üç ayda bir âdeta havayı koklamak için gidiyorum oralara. Hâkimler dosyayı yıllar sonra okuyor. Yani, dosyalar geliyor, lâyhalar yığılıyor, hemen zaten otomatik keşfe gidelim, bilirkişiye gidelim, bunlar otomatik çıkıyor. Aradan bir zaman geçiyor, artık hâkinler -aramızda yüksek hâkimler vardır, beni bağışlasınlar böyle basite indirgediğim için, egzajere ettiğim için beni bağışlasınlar- bir zaman geliyor, bu arada bir iki yıl geçiyor, "*artık şu dosyayı okuyayım*" diyor. İşte belki o arada şöyle bir gözden geçirme fırsatı oluyor ve hâkim bir karar veriyor, Yargıtay'a geliyor. Dün burada Yargıtay Sayın Başkanları da vardı, Bilge Hocamla beraber sohbet ediyorduk. Yargıtay da dosya okumuyor!.. Diyeceksiniz ki: Karar nasıl veriliyor. Tetkik hâkimlerinin yaptıkları fedakârane çalışmalar, her hafta 50-60 dosya okuyorlar. Onlar kurula getiriyorlar ve 5 kişilik Kurulda şeklen mahkemede, dairede dosya okunuyor ve bir karar veriliyor.

Sevgili arkadaşlarım, istatistikler belli. Her yıl *Yargıtay Dergisi'nin* 3. sayısında, bir yıl önceki Yargıtay'a gelen iş yükü sayısı belli. Aşağı yukarı 550-600 bin dosya geliyor. Bunu dairelere böldüğünüzde, daire başına böldüğünüzde, tatilleri, vesaireyi çıkardığınızda, dosya başına 2-3 dakikacık kalıyor bir dosya başına.

Düşününüz, bir tarafta davacı, bir tarafta davalı. Hiç davanız oldu mu bilmiyorum. Davacı için bir dünya, davalı için başka bir dünya. Bir mücadele... Hâkim karar vermiş, Yargıtay'a geliyor, Yargıtay dairesi, Kurul 2 dakikada sonuca varıyor. Böyle adalet olmaz. Ben, şunu ifade edeyim, daha

basite indirgeyerek: Ben hangi davayı kazanacağımı, hangi davayı kaybedeceğimi bilemiyorum. Bana soruyor iş sahipleri, çalıştığım yerin sahibi: "Hocam, bu davayı kazanabilir miyiz?" diyor, "kazanırız" diyorum, davayı kaybediyoruz. Davayı soruyor: "Bu davayı kazanır mıyız?" diyor, "bu davayı yüzde yüz kaybederiz" diyorum, tesadüfen davayı kazanıyoruz. Demek ki, şuraya gelmek istiyorum, adalet sistemimizde bir sakatlık var. Adalet devletin temeli; mülkün diyoruz ama. Malumunuz, Latince kökünde devletin temeli. Korkum odur ki -beni bilenler iyimser olduğumu bilirler, iyimserim- bu devlet çökecek! Bakın, çok kötü şeyler söylüyorum galiba sabah sabah, çökecek!.. Neden? Adalet çöküyor çünkü!.. Daha düne kadar İstanbul'da adaletin başka türlü cereyan ettiği, "avukat tutma hâkim tut" denilmesi dedikodu olarak yaygınlaşıyordu, Ankara'da da bu gittikçe yaygınlaşıyor. Bugün aramızda olmayan, rahmetli olan bir Yargıtay başkanı, eğer "Hâkim vicdanla cüzdan arasına sıkışmıştır" diyorsa, korkmak lâzım. Tarihsel bir kötü sözdür: Hâkim cüzdanla vicdan arasına sıkışmıştır...

Buradan nereye geleceğim, müsaade buyurursanız: Demek ki, kötü bir tablo var. Usûl hocaları olarak bizim bu gidişe dur dememiz lâzım geliyor; elimizden geldiği kadarınca. Bunun çözümü kolaydır. Bunun çözümünü, yani ülkemizin içinde bulunduğu adalet sıkıntılarının çözümü çok kolaydır. Bunu 1940'lardan beri, biliyorsunuz adli yıl konuşmalarında -Yargıtay yayınladı bunları-Yargıtay başkanlarımız bunları devamlı olarak dile getiriyorlar, iki gün evvel de dile getirildi. Devlet büyüklerinin önünde dile getirildi. Bunların çözümü kolaydır. Çok şükür bu ülkede iyi hukukçular var, iyi hâkimler var. Bizim sıkıntımız, özellikle benim gözlemlediğim, kanunların değişmesinden önce, ilk yapacağımız iş, hâkim seçimidir.

İnsan çok önemli, insan unsuru çok önemli. İyi hâkime ihtiyaç var. Artı, iyi avukata ihtiyaç var. Özellikle avukat tutma zorunluluğunu getiriyorsak, avukatın da iyi hukukçu olması lâzım geliyor. Eğer avukat vatandaştan daha kötü hukuk biliyorsa, o zaman tehlike var demektir. Demek ki, sorunların çözümü insandan geçiyor.

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

Benim şahsî kanaatim şudur: Bugünkü sorunların başında, hâkimin dosyayı okumamasının başında veya okuyamamasının başında, hâkim başına düşen dosya sayısı fevkâlâde çoktur. Yaklaşık -beni düzeltsinler hâkim üstatlarım- 1.000-1.200 dosya düşüyor bir asliye hukuk hâkimine. Bunu güne böldüğümüzde, klasik laf, her gün, yani bir duruşmada 50-60 dosya görülüyor. Ben de, dediğim gibi, iki üç ayda bir adliyeye gidip geliyorum. Zaten tarafların girip çıkmasıyla duruşma hemen bitiyor. Hâkim tarafı da dinlemiyor zaten. Taraflar geldi... Kâtip zaten otomatik yazmış oluyor. Hâtta bazen bilirkişide dosya bekliyorsa, ben kapıdan girerken elime tutanağı tutuşturuyorlar. Duruşma olmuş, bitmiş de benim haberim yokmuş. Neden? Gelmediği görüldü, bu nedenle duruşmanın filan tarihe ertelenmesine... Hâkim başına düşen dosya sayısının Batı standartlarında olmak üzere, otomatik düşürülmesi gerekiyor. Bir hâkimin 300-400 dosyadan fazlasını kaldırabilme imkânı yok. Dosya sayısını mutlaka bizim indirmemiz gerekiyor. Davayı azaltamayacağımıza göre, dava uyuşmazlık sayısını azaltamayacağımıza göre, hâkim başına düşen dosya sayısını azaltmalıyız. Ben onun için çoğu yerde söylemişimdir, belki bu bazılarınız için tekrar olabilir: Hâkim sayısını hemen üçe katlamak lâzım geliyor. Ki, 1.200 dosya 300-400'e inebilsin diye.

Hâkimin sayısını arttırmak yeterli değil. Hâkim maaşını da otomatik üçe katlamak gerekiyor. Bir hâkim 5 milyarla başlar, 10 milyarla yürür, yüksek yargıç olunca 15 milyar ücret alır. Standart bu olmalıdır. Bu neyi sağlar? Bu, rekabeti sağlar, mesleği özendirir ve iyi hukukçuların hâkim olmasını sağlar. Ben hep şöyle algılamışım: Hâkimin beyni büyük olmalıdır. Hâkim çok büyük düşünmelidir. Hâkimin büyük düşünmesi için, hâkimin kimseye ihtiyacı olmaması gerekir; özellikle maddî ve manevî açıdan. O nedenle, hâkim, oturduğu yerin en iyi evinde oturmalıdır, özel şoförü olmalıdır, iyi arabası olmalıdır.

Mahkemelere, hâkimlere itibarını kazandırmamız lâzım gelir ki, ondan iş bekleyelim. Bence işin püf noktası buradan başlamalıdır.

Buradan şuraya gelmek istiyorum, lafı uzatmamak için şuraya geleyim izin verirseniz: Kanunun olması, güzel bir kanun yapılması adaletin iyi yürüyeceği anlamına gelmez. Bizim öncelikle bu işi yapacak olan hâkimlere ve avukatlara öncelik vermemiz lâzım gelir. Ki, hâkim dosyayı okusun, özellikle ön soruşturmada -biraz sonra üzerinde duracağımız- ön inceleme safhasında rahat rahat bunlara zaman bulabilsin, rahat edebilsin. Hâtta yine hâkim rahat olacak ki, taraflara zaman ayırabilecek, uyuşmazlıkları sulh yoluyla çözmeyi teşvik edebilecek. O da hep zamansızlık. Yani, önemli olan hâkimin zamansızlığını ortadan kaldırmak, hâkime bir nefes kazandırmak. Biraz evvel *"Yargıtay 2 dakika ayırır"* dedim, sakın Yargıtay üyelerimiz bundan alınmasınlar, aslında şunu söyleyeyim -öğrencilerim bilirler, her zaman söylerim- bu ülkede en çok çalışanların başında hâkimler geliyor, Yargıtay üyeleri geliyor. *"İş bitirmek için onlar günde 24 saat değil, 26-30 saat çalışırlar, öbür günden de yiyerek"* derim. Ama, sıkıntı, iş çokluğu. O nedenle devletin buna mutlaka çözüm bulması lâzım. Bugün, yaklaşık 8-9 bin yargıç kadrosu var. 30 bin kadroyu bu ülke çok rahat kaldırır. Çöpçü alıyorsunuz, imam alıyorsunuz 50-60 bin, 100 bin bilmem ne alıyorsunuz, 20 bin hâkim daha alıverin ve ücretlerini de üçe katlayıverin. Bu ülke bunu rahat kaldırır. Aksi takdirde, dediğim gibi, devletin temeli göçüyor, çöküyor, bundan haberdar olalım.

İzin verirseniz, bu genel açıklamadan sonra, şimdi biraz ayrıntılara doğru gelmek istiyorum.

“HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI” ÜZERİNE BAZI NOTLAR

(Eserlerinden çok yararlandığımı
Prof.Dr.Sabri Şakir ANSAY, Prof.
Dr.Mustafa Reşit BELGESAY, Prof.
Dr.İlhan POSTACIOĞLU ve Prof.
Dr.Necmeddin BERKİN'e,
teşekkür ve hayranlık duyularınıla)

Cumhuriyetimizin ilk yıllarında başlatılan Türk hukuk reformu çerçevesinde, İsviçre Federal Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun alımı ile özel hukuk alanında yapılan düzenlemenin hemen ardından Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu'nun, bazı küçük değişikliklerle yapılan çevirisinden yararlanarak hazırlanan metnin 1927 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce benimsenmesi ile 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu kabul edildi.¹

Mahkemelerimiz hukuk davalarını, Kanun'un kabulünden bugüne kadar geçen neredeyse seksen yıl boyunca bu Kanun'daki kurallar çerçevesinde gördüler. Zamanla ortaya çıkan ihtiyaçların etkisiyle 1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, seksen yıl zarfında, küçük veya büyük çapta 35 kez değişti.² Bugün yine değişikliğe ihtiyacımız var.

Fiilen içinde olmamakla birlikte çalışmalarını yakından izlediğim, konularının uzmanı üniversite öğretim elemanları ile işlerinin ehli uygulamacılardan oluşan Komisyon,³ uzun süren titiz çalışmalarının sonucunda hazırladığı “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı”nı bitirdi ve tartışmaya açtı.

¹ Ejder Yılmaz, *Dünden Bugüne Hukuk usûlü Muhakemeleri Kanunu (Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, Sempozyum, Ankara 2003, s. 243-278).*

² Bkz., Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Hukuk usûlü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2006, s.22-23.*

³ Bkz., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Genel Gereğe.

Yıllarca, çeşitli kanun değişiklikleri çalışmalarına katılan bir bilim adamı olarak kanun tasarısı hazırlamanın ne denli zor bir iş olduğunu bildiğimi sanıyorum. Zorlukların en büyüklelerinden biri, ülkemizde ortak çalışma ruhunun bulunmamasından veya verimsiz çalışmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, yıllar önce Adalet Bakanlığı nezdinde oluşturulan "*Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Komisyonu*", benim de içinde bulunduğum birinci alt kurulun hazırladığı ilk bölüm üzerinde iki yıl çalışıp tartışıp bu bölümü bitirmiş ve ancak daha sonraki ikinci alt kurulun başkanının izlediği farklı yöntem sebebiyle ikinci bölüme ait çalışmaların başlamasından hemen sonra Komisyon, çalışmalarını tamamlayamadan dağılmıştı.

Tartışmaya açılan Tasarı'yı hazırlayan Komisyon üyelerini öncelikle başarılı ortak çalışmaları ve hazırladıkları metin nedeniyle kutlarım. Tasarı'nın bir an önce gerekli yasal prosedürlerden geçtikten sonra yasalaşmasını temenni ederim.

Büyük bir Tasarı'nın verilen kısa bir zaman içerisinde okunup incelenmesinin ve hele hele değerlendirme sonuçlarının "*bir konuşma süresi*" içerisinde sığdırılabilemesinin olanaksızlığı ortadadır. Ben bu konuşmamda, Tasarı'yı okurken metin üzerine düştüğüm notlardan bazılarını, satırbaşlıkları ile sizinle paylaşmak istiyorum. Bu konudaki ayrıntılı görüş ve düşüncelerimi, uzun süredir hazırlamakta olduğum ve ileride yayımlamayı plânladığım bir kitap çalışmasında dile getireceğim.

Konuşma konusunun Tasarı'nın belli bir bölümü ile sınırlandırılmayıp, bütün Tasarı ile ilgili olması sebebiyle; aşağıdaki açıklamalarım bilimsel bir sistematik dahilinde değil, Tasarı'nın kendi sistematığı çerçevesinde olacaktır.

1. Hazırlanan Tasarı ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun adı da dahil olmak üzere *tamamının değiştirilmesi* yöntemi tercih edilmiş ve buna bağlı olarak *kanununun maddeleri de farklılaşmıştır*. Bundan önce kabul edilen Türk Medenî Kanunu ve Türk Ceza Kanunu gibi temel yasalarda da izlenen bu yöntem, çoğu kanun maddesini ezbere bilen bazı hukukçuların

eleştirilerine neden olabilir. Ancak Kanunumuzun seksen yılda geçirdiği evrim⁴ ve çeşitli müesseselerinin (örneğin, tebligatla ilgili m. 114-148; sulh hâkimleri kararlarıyla ilgili m. 394-397; gıyapla ilgili m. 398-408; haczi caiz olmayan şeylerle ilgili m. 460-464; boşanma işlerinde sulh teşebbüsü ile ilgili m. 494-500; mahcuz mallara istihkak davası ile ilgili m. 512-515; ecnebi mahkemelerinden verilen ilâmların sureti tenfizi ile ilgili m. 537-545 gibi hükümlerin) Kanunumuzdan çıkartılmış olması; 5236 sayılı kanun'la, 426/A-426/U gibi mükerrer maddelerin getirilmiş bulunması; uygulamada hiç karşımıza çıkmayan ve çoğu hukukçunun varlığından dahi haberi olmadığı "*mu-hasebeye muhtaç davalarda ihzarî muameleler*" ile ilgili m. 226-229, "*temhir usûlü*" ile ilgili m. 546-552; "*tahrir*" ile ilgili m. 553-560 hükümlerinin mevcudiyeti ve Tasarı ile getirilen yeni müesseselere ihtiyaç bulunması nedenleriyle, ben Tasarı'nın madde numaralarını da değiştirmiş olmasını isabetli bir yöntem olarak değerlendirmekteyim.

Bu husus, gelişen ve değişen dünyaya ayak uydurmaya çalışan ülkemizde yaşamakta olduğumuz yeni bir yabancı hukukun alımının (resepsiyon) bir sonucu olarak değerlendirilmelidir.

2. Tasarı'da *kanunun adı*, "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*" olarak değiştirilmektedir. Bu ada katılamamaktayım.

Bilindiği ülkemizde farklı yargı dalları, ayrı ayrı kanunlarla düzenlenmiştir. Örneğin idari yargı için "*İdari Yargılama Usûlü Kanunu*"; ceza yargısı için "*Ceza Muhakemesi Kanunu*";⁵ anayasa yargısı için "*Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun*"; askerî yargı için "*Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usûlü Kanunu*"; medenî yargının bir parçası olarak aile yargısı bakımından, "*Aile Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun*"; yürürlüktedir.

⁴ Bkz., Yılmaz, yuk. dn. 1'de anılan makale.

⁵ Bu ad konusunda bkz., Ceza Muhakemesi Kanunu'na ait Adalet Komisyonu Raporu; ayrıca bkz., Erdener Yurtcan, *CMK Şerhi*, İstanbul 2005, s.3 5-36.

Eğer Kanunumuzun adı değişecekse, benzeri diğer Kanun adlarına da bakarak, bu adın "*Medeni Yargılama Usûlü Kanunu*" olmasını tercih ederim.

3. Tasarı'nın Genel Gerekçesinde ve madde gerekçelerinde, sıklıkla ülkemizde hukuk davaları bakımından içinde bulunulan durum eleştirilmekte ve *adaletin gerçekleştirilmesini temin edici çeşitli öneriler* getirilmektedir.

Aşağıda yeri geldikçe belirteceğim üzere, bu önerilerin büyük kısmına ilke olarak katılmaktayım ve bu önerilerin yasa koyucu tarafından da benimsenerek yasalaşması hâlinde, bunların davaların teorik düzeyde âdil, hızlı ve düzenli yürütmesine katkı vereceği tartışılmazdır.

Ancak kanımca, hukuk davalarının arzu edildiği şekilde yürüyebilmesi, hak arayanların beklentilerine hizmet edebilmesi ve günümüzün (moda) deyişiyle "*âdil yargılama hakkı*"nın gerçekleştirilmesi için Tasarı'nın yasalaşması tek başına kesinlikle yetmeyecektir. Çünkü, ülkemizde "*aksak*" yürüten⁶ ve bundan dolayı yaygın bir şekilde şikâyet edilen adalet hizmetlerinin bugünkü durumunu etkileyen pek çok faktör vardır.⁷ Bunların çoğu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile ilgisi olmayan nedenlerdir.

Adalet hizmetlerinde yaşanan sıkıntıların resmî kanıtı (belgesi); her adli yılın başında Yargıtay Başkanları'nın ve Türkiye Barolar Birliği Başkanları'nın, "*devlet büyüklüğü*" önünde hem sözlü olarak hem de broşürler hâlinde basıp dağıttıkları "*bıkmış usanmadan tekrarladıkları*"dır!

Demek istediğim odur ki, yalnızca Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun değiştirilmesi ile adalet hizmetlerimizdeki aksaklıklar, kesinlikle sona ermeyecektir. Adalet

⁶ Ejder Yılmaz, "Aksayan Adaletten İşleyen Adalet", *Yeni Türkiye*, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s. 470-493; Ejder Yılmaz, "Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler", *Şakir Berki'ye Armağan*, Konya 1996, s. 55-76).

⁷ Örneğin bkz., Baki Kuru, *Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri*, Ankara 1970 s.31-49; Baki Kuru, *Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler* (İBD 1984/4-6, s. 166-186).

hizmetlerindeki aksamaların en aza indirilebilmesi, toplumda adalete olması gereken inancın yeniden tesis edilebilmesi ve yargı dışı yollardan hak aramaya yönelmenin sona erdirilebilmesi için, kanun değişikliğinin yanı sıra, ondan daha da önemli olan pek çok tedbirin derhal alınarak yürürlüğe konulması zorunluluğu vardır.

Bunun için, çeşitli yayınlarımda⁸ da belirttiğim üzere, bu konuda kısa, orta ve uzun vadeli tedbirlere ihtiyacımız bulunmaktadır. Bu sebeple, hukuk davalarının maddî gerçekliğe ve adalete varır şekilde en çabuk, en ucuz ve vatandaşı en az yorar şekilde sonuçlanabilmesi için, kanımca kısa vadede öncelikle bilgili, çalışkan, ahlâklı, kültürlü, adil, hümanist ve diğer yüksek niteliklere hâkim istihdam edilmelidir. Bunun için mesleğin özendirilmesine yönelik olarak, hâkim maaşları (cumhurbaşkanı dahil) herhangi bir kamu görevlisi emsal alınmaksızın belirlenerek bugünkü seviyelerinin en az üç katına çıkartılması ve hâkimin bağımsızlığı en üst düzeyde sağlanmalıdır.

Hâkim başına düşen dava sayısı, çağdaş ülkelerde olduğu gibi yılda 250-300'e indirilmeli ve bunun için hâkim sayısı en az üç katına çıkartılmalıdır. Hâkimlik mesleğinin özendirilmesi sayesinde, yetişmiş olan iyi hukukçuların özellikle deneyimli avukatların hâkimlik mesleğine yönelmelerinin, adalet hizmetlerinin kalitesini arttıracığını düşünüyorum.

Eğer bir hâkim bugün ülkemizde olduğu üzere yılda 1000-1200 davaya bakmaya mecbur edilir ve buna bağlı olarak sayıları az da olsa Fakültede öğrendikleri ile yetinerek gelişen hukuka ayak uyduramayan az çalışkan, yorgun, bıkkın ve adalet fikrine yeterince ayak uyduramamış hâkim istihdamına göz yumulursa, "devletin temeli olan adalet" yara almaya devam edecektir. Tarih, "adaletin yürümediği hiç bir devletin yaşadığını göstermemektedir"!

Bu vesileyle, teorinin ve uygulamanın içindeki bir bilim adamı olarak konunun önemine ve ülkemizde adalet hiz-

⁸ Bkz., yuk. dn.6'da anılan makaleler.

metlerinde gittikçe genişleyip derinlik kazandığını üzülerək gözlemlediğim aksaklığa, bir kez daha dikkat çekmeyi görev sayıyorum.

4. Tasarı'da esas itibariyle, *mevcut* Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz *büyük çapta korunmuştur*. Bununla birlikte:

Kanun'un dilinin günümüze göre oldukça eskidiği düşüncesiyle, yerinde olarak, metnin tümü yeniden yazılmıştır. Tasarı'da genellikle günümüz Türkçesinin (başka bir ifadeyle: Anayasa dilinin) benimsenmiş (kullanılmış) olması yerindedir. Ancak bazı kelimelerin eski hâlinde kaldığı gözlemlenmektedir. Örneğin, m. 14'deki "*mutad*"; m. 30'dan önce yer alan ikinci bölüm başlığındaki "*hâkim*"; m. 52;I/d'deki "*tahrif*"; m. 68'deki "*tevali*" (karş. Tasarı m. 67, II) gibi. Sayıları az da olsa bu tür kelimelerin tüm Tasarı metninde taranarak yeniden değerlendirilmesi uygun olur.

Ayrıca Tasarı'nın, gerek kendi içerisindeki gerek mevzuat çerçevesindeki *terim birliğinin* önemini hatırlatmak gereği duymaktayım. Bu anlamda örneğin, Tasarı m. 17'de kullanılan "*alikoyma hakkı*", mevcut m. 13'deki "*hapis hakkı*"nın karşılığını oluşturmaktadır. Bunun yerindeliliğinden şüphem vardır. Belirtmek isterim ki (yeni) Türk Medenî Kanunu (m. 950 vd.) da, "*hapis hakkı*" tabirini kullanmaktadır.

Kanun metninin günümüz Türkçesine uydurulması konusunda yapılanların bir kısmı, madde gerekçelerinde ayrıca açıklanmaktadır. Gerekçe gösterilerek yapılan değişikliklerin bir bölümüne ben de katılmaktayım. Bununla birlikte, tüm Tasarı gözden geçirildiğinde; zaman zaman *gereksiz ve gerekçesiz bir şekilde mevcut metinden ayrıldığı* görülmektedir. Üzerinde seksen yıldır tereddüt bulunmayan bu tür konularda belki de fark edilmeden yapılan değiştirmeler, ileride yersiz duraksamalara ve "*kanun koyucunun neyi kastettiğini arama iltiyacı*"na yol açabilir. Bu sebeple, üzerinde tereddüt olmayan konularda değiştirmeye gidilmemesini ve bilinçli olarak yapılan değişikliklerin gerekçelerinin ise daha ayrıntılı hâle getirilmesinde büyük yarar olduğunu değerlendirmekteyim.

Kanun'un (Kanun Tasarısı'nın) *genel ve madde gerekçeleri-* nin, Kanun değişikliklerinin neden yapıldığının anlaşılmasını sağlayıcı ve özellikle uygulamada karşılaşılabilecek olan tereddütleri ortadan kaldırıcı işlevi vardır. Ancak her şeyden önce önemli olan, *kanun metni ile gerekçenin paralellığıdır*. Kanunların gerekçesinin metinle birlikte hazırlanması esas ise de, pratikte genellikle gerekçe kanun metninin kesinleşmesinden sonra yazılır veya en azından daha önce yazılmış olsa bile kanun (tasarı) metninin kesinleşmesinden sonra nihai hâle gelir. Gerekçe bu anlamda, bazı durumlarda, hazırlanan metin üzerinde "*sağlamın*" olanağını tanır.

İncelenen Tasarı'da, gerekçe yazma tekniği bakımından göze çarpan ve düzeltilmesi gereken bazı hususlar vardır. Örneğin, Tasarı'nın m. 12, I/cümle 2'de "*Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, dava o yer mahkemesinde bakılır*" denilmiş olmasına rağmen; bu maddenin gerekçesinde yapılan açıklamaların ardından aynen: (Ayrıca, "*...davaya, ancak o yer mahkemesinde bakılır*" denilerek, ortak yetkili mahkemesinin yetkisi, kesin hâle getirilmiştir) cümlesi kurulmuştur. Gerekçede, konuyu vurgulamak için kullanılan ve metnin doğru anlaşılmasına yardımcı olan "*ancak*" kelimesi, Tasarı metninde bulunmamaktadır.

Yine bu çerçevede, anlaşılmak uğruna gereksiz ifadelerin kullanılmış olması da, kanun yapma tekniği bakımından tartışılabilir. Örneğin, mevcut m. 11, II'deki, "*Terekeden bir mal hakkında istihkak davası ... mal nerede bulunur ise orada dahi ikame olunabilir*" ifadesi yerine, Tasarı m. 16/2'de kullanılan, "*Terekede bulunan bir mal hakkında açılmak istenen istihkak davası, ... mal nerede bulunuyorsa, orada da açılabilir*" ifadesindeki "*açılmak istenen*" kelimeleri gereksizdir. Ayrıca bu kullanım, benzeri yetki kurallarında kullanılan ifadelere göre de yabancıdır.

Bu sebeplerle, Tasarı metninin ve gerekçesinin yeniden dikkatli bir şekilde gözden geçirilmesi gereklidir.

5. Tasarı'da, "*sulh hukuk mahkemesi-asliye hukuk mahkemesi*" ayrımının korunmakta olduğu görülmektedir. Tasarı'nun aynen yasalaşması ve asliye hukuk mahkemesi ile sulh hukuk mahkemesinin ilerideki uygulamadaki işleyişleri, (Tasarı'da) amaçlandığı gibi gerçekleşecek olursa, söz konusu ayrımın bir anlamı olabilir ve bugünkü uygulamadaki istenmeyen durumlar ortaya çıkmayacağı için, "*asliye-sulh ayrımı*"nın muhafaza edilmiş olmasına da bir itiraz olmaz. Buna karşılık Tasarı'nun aynen yasalaşmasına rağmen, ilerideki uygulamada sulh hukuk mahkemesi de (bugünkü gibi) asliye hukuk mahkemesi gibi çalışacak olursa, "*asliye-sulh ayrımı*" bugün olduğu gibi örneğin gereksiz görevsizlik kararları verilmesine ve davaların uzaması nedenlerinden biri olmaya devam edecektir.

Bu sakınca sebebiyle, öteden beri savunduğum üzere, "*asliye-sulh ayrımı*"ndan yana değilim. Hatta bugün bu ayrıma karşı çıkmamın daha da önemli bir sebebi daha var. Zira bugünkü yargı örgütü düzenimizde, klâsik bir şekilde genel mahkemeler olarak adlandırılan "*asliye ve sulh*" mahkemeleri dışında, yeni yeni uzmanlık mahkemeleri ortaya çıkmıştır. Özellikle aile mahkemelerinin iş yükü düşünülüp kıyaslandığında ve sulh hukuk mahkemesinin görevlerine bakıldığında, bir anlamda "*sulh hukuk mahkemesi*"nin de genel mahkeme olmaktan çıkıp, belli konulara bakan özel mahkeme statüsüne kavuştuğu bile söylenebilir.

Bu nedenlerle Komisyon'un bu ayrımı yeniden değerlendirmesini önermekteyim.

6. Süre, şekilcilik yanı ağır basan yargılamanın en önemli özelliklerinden biridir ve Kanunumuzdaki çoğu süre, hak düşürücü niteliktedir.

Kanunumuzda süreler çok çeşitlidir. Örneğin üç, beş, yedi, on, on beş, yirmi, otuz günlük; üç, altı aylık ve yıllık süreler vardır. Sürelerin bir kısmı tefhimden bir kısmı tebliğden başlamaktadır. Süre çokluğu (ve hatta "*bolluğu*"), bırakınız sade va-

tandaşı, uzman hukukçuları bile zaman zaman yarultabilmekte ve bundan dolayı hak kayıpları ortaya çıkabilmektedir.

Kanun koyucunun her bir durumu (olayı) değerlendirerek ve menfaatleri ele alarak süre belirlediği düşünülebilirse de; örneğin temyiz taleplerinin fiilen Yargıtay'daki bekleme süresi dikkate alındığında, temyiz süreleri bakımından Kanun'un öngördüğü (duruma göre) yedi, sekiz, on, on beş gün ayırımını, gerçekten kavrayabilmek mümkün değildir. Başka bir ifadeyle temyiz dosyası, Yargıtay'da sözgelimi zaten altı ay-bir yıl bekliyor ise, temyiz taleplerinin tamamının on beş gün (ve hâтта olması gereken hukuk bakımından sözgelimi bir ay) içinde yapılmasının bir sakıncası olmayacağını düşünüyorum. En azından, temyiz dilekçesinin sekiz gün içinde yazılmasının yararına inanmıyorum. Hâтта bu düzenlemenin, sürenin kısalığı nedeniyle adaletli olmadığını değerlendiriyorum.

Bundan daha da önemlisi, gerekçeli kararın yazılmadığı ve çoğu kez hangi tarafın hangi sebeplerle davayı kazandığının ve/veya kaybettiğinin bilinemediği bir aşamada; iş davalarında temyiz süresinin, hangi hukukî menfaat sebebiyle, neden tefhimle başladığını da anlayamadığımı ve öğrenciye anlatamadığımı itiraf etmeliyim.

Özetle, süreler bakımından bu tür eleştirileri ilerletmek ve çoğaltmak mümkündür.

Bu nedenlerle kanımca, Tasarı vesilesiyle Kanunumuzdaki *süre karmaşasına son verebilme şansını* iyi kullanmamız gereklidir. Aslında, Tasarı'nın tümüne bakıldığında sürelerde genel bir arttırım olduğu ve bu arada süre çeşitlendirmesinde azaltma yapıldığı gözlemlenmekte ise de, tüm Tasarı'nın yukarıdaki eleştirim doğrultusunda tekraren gözden geçirilmesi şarttır. Bu husus, özellikle Tasarı'da aynen korunmuş bulunan "*istinâf*" ve "*temyiz*" bakımından geçerlidir.

Buradaki somut önerim, mümkün olduğu kadarınca "*süre yeknesaklaştırılması*"na gidilmesidir. Örneğin, çok istisnaî durumlar dışında, Kanun'daki bütün süreler (sözgelimi), yirmi

gün (veya bir ay) olmalı ve herkes bunu böyle ezberlemeli, bilmeli ve anlamsız "süre sürprizleri" ile karşılaşarak hak kaybına uğramamalıdır.

7. Tasarı'nın yetki ile ilgili hükümlerinde (m. 10-25), bazı yetkiler bakımından, "kesin yetki" olduğunun açıkça belirtilmesi yolu tercih edilmiştir. Bu bir yöntemdir; ancak, ileride bazı tereddütlere yol açmamak bakımından, diğer kesin yetki hâlleri bakımından da Kanun'da aynı ifadenin kullanılması yerinde olur. Örneğin, mirastan doğan yetki ile ilgili Tasarı m. 1, 1' de olduğu gibi...

8. Tasarı m. 14' de yeralan hükümlerle, *Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlarla ilgili yetki kuralının*, mevcut 14. maddeden ayrıldığı görülmektedir. Mevcut m. 14, Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlar bakımından, "mutad mesken" in de bulunmaması hâlinde, davalının mallarının veya teminatının bulunduğu yeri de esas alarak yetki yaratmaya yönelik bir hükümdür ve kanımca yerindedir. Bu sebeple, Tasarı m. 14'e ve gerekçesine katılmamaktayım.

9. Tasarı m. 17'nin ikinci fıkrası, bu madde metnindeki birinci ve üçüncü fıkralarının ikisini de kapsamı itibariyle, mantık silsilesi bakımından, üçüncü fıkra ile yer değiştirmelidir. Nitekim mevcut m. 13'te de durum böyledir.

10. Tasarı'da mevcut bazı düzenlemeler, ihtiyaçlara ve çağdaş gelişmelere göre yer yer ayrıntılandırılarak kaleme alınmıştır. Örneğin *yetki sözleşmesinin*, Tasarı m. 22' de "Tacirler ve kanu tüzel kişiler arasındaki" ve Tasarı m. 23' de ise "Diğer kişiler arasındaki" şeklinde çeşitlendirilmiş olması gibi.

Bu gibi durumlarda, farklı olan veya olması gereken hususlar dışında ortak olan hususların, aynı (benzer) şekilde ifade edilmesi beklenir. Aksi hâlde, düzenleme yeterince açık olmadıktan gereksiz tartışmalara yol açabilir. Bu açıdan, yetki sözleşmesiyle Tasarı m. 22' de "*bir veya birkaç malikeme*" nin yetkili kılınmasına rağmen Tasarı m. 23' de "*başka bir malikeme*" nin yetkili kılınması farkını anlayamadığımı belirtmek isterim.

11. Görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesi üzerine yapılacak işlemlerle ilgili 15 günlük sürenin, mevcut m. 193, III' de olduğu gibi, "kesinleşme tarihi"nden başlatılması yerine, "kesinleştiğinin tebliği"nden itibaren başlatılması daha doğru olur. Zira, işlem yapacak olan taraf için önemli olan kesinleşmenin kendisine bildirilmesi tarihidir.

Bu vesileyle, m. 193, III hükmünün 5236 sayılı Kanun değişikliğinden önceki hâlindeki "...onama kararının tebliğ edildiği tarihten başlayarak on gün içinde...." ibaresinin daha doğru olduğunu ve istinaf sisteminin kabulü nedeniyle 5236 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sırasında, sanıyorum ki "tenyiz" ve "Yargıtay" kelimelerini kullanmamak düşüncesiyle, konunun inceliğinin ayırdayına varılmadığından bugünkü hüküm kaleme alınmıştır. Komisyon'un dikkatini bu hususa çekmek isterim.

12. Yargı yeri belirlenmesi ile ilgili Tasarı m. 27' de (mevcut m. 25, I' in aksine), "hukukî ve fiilî engel" tabiri yerine, madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, mevcut hükümdeki ayırımın muhafaza edilmeyerek "herhangi bir engel" ifadesinin yeterli görüldüğü belirtilmiş iken; Tasarı m. 28' de neden "fiilî veya hukukî engel" kelimelerinin kullanıldığını anlayamadığımı belirtmek isterim. Genel olarak gerekçe hakkında yukarıda da söylediklerime atıf yaparak, Tasarı m. 28 gerekçesinin gözden geçirilmesi gereğine değinmek isterim.

13. Tasarı'da m. 30-39 arası, yargılamaya egemen olan ilkelere ayrılmıştır. Böyle bir düzenleme yerinde olmuştur. Bu düzenleme, aslında mevcut m. 72-79'un genişletilmiş hâlidir. Ancak, mevcut m.73 hükmünün düzenlemiş olduğu, "duruşma yapılması kuralı"nın Tasarı'da yer almaması kanımca bir eksiklik. İlk bakışta, Tasarı m. 33'ün mevcut m. 73'ü karşıladığı düşünülebilirse de, mevcut 73. madde (Kanun'daki istisnalar dışında) duruşma yapılmasını şart koşmakta iken; Tasarı m. 33 hukukî dinlenilme hakkını düzenlemektedir.

Çok önemli olduğunu düşündüğüm bu somut örnek vesileyle, işbu konuşmayı hazırlama amacıyla kısa sürede yapmak zorunda kaldığım incelemede, mevcut Kanun hükümlerinin

den (üzerinde hiçbir tereddüt olmayan) bazılarını Tasarı'da bulamadığımı ifade etmek isterim. Herhangi bir "atlama"ya neden olmamak için, mevcut hükümleri Tasarı hükümleriyle karşılaştıran bir metne ve hâtta Gerekçeye eklenebilecek bir *karşılaştırma listesine* ihtiyaç bulunduğum kanısındayım. Böyle bir metin ve liste, Tasarı'nın ve yasalaşması hâlinde yeni Kanun'un anlaşılmasında büyük yarar sağlayacaktır.

14. Tasarı m. 35'de yeni getirilen "*düriüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü*"nün yaptırım konusunda Kanun'da bir ifadeye yer verilmesinin yararlı olacağı düşüncesindeyim. Eğer yaptırım konusunda somut bir düzenleme yapılmasının yerinde olmayacağı düşünülmüşse, en azından uygulamacıya yol gösterebilmek bakımından bu husustaki madde gerekçesi daha açıklayıcı hâle getirilmelidir.

15. Tasarı m. 40/d'de hâkimin yasaklılık (memnuiyet) sebepleri arasında sayılan akrabalık tanımı ile Tasarı m. 42/ç'de sayılan hâkimi red sebepleri arasında sayılan *akrabalık tanımı*, paralel şekilde kaleme alınmalıdır.

Bu arada, Tasarı m.41/ç'deki (ki, mevcut m. 29/4'de de böyledir) "*dahil*" kelimesi, yeniden gözden geçirilmeli ve kanımca metinden çıkarılmalıdır. Böylece ilk üç derece yasaklılık; dördüncü derece red sebebi olarak kalmalıdır.

16. Hâkimin sorumluluğu konusunda getirilen (Tasarı m. 52-55) öneriyi ilke olarak aynen destekliyorum. Ancak *mevcut m. 573/7* deki sebebin Tasarı'ya alınmamasını, âdil yargılama hakkı adına bir eksiklik olarak değerlendirmekteyim.

17. Tasarı m. 56'daki "*taraf ehliyeti*" ile Tasarı m. 57'deki "*dava ehliyeti*" tanımları şekil olarak paralel biçimde ifade edilebilir.

18. Tasarı m. 77 ile getirilen "*avukat tutma zorunluluğu*" ilkesini, adli yardım müessesesinin yeterince işlemediği ülkemizde, adaleti pahâlılaştıracağı sebebiyle benimsememekteyim. Bu arada bu ilkeyi kabul eden ülkelerden olan Almanya'da da bu konuda önemli eleştiriler olduğunu belirtmek isterim.

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

19. Tasarı m. 108, *adlî tatil süresinin bitimi tarihini* mevcut m. 176' da olduğu gibi, "*eylül ayının beşine kadar*" şeklinde belirlemektedir. Buradaki "*kadar*" kelimesi yanıltıcıdır ve sanki 5 Eylül gününün adlî tatile dahil olmaması gibi bir yoruma müsaittir. Oysa uygulamadan da bilindiği üzere, adlî tatilin sonu, 5 Eylül günü mesafî saati bitimidir ve (çalışma günü olması şartıyla) 6 Eylül, adlî hayatın başladığı ilk gündür. Bu sebeple, Tasarı' da bu hususun düzeltilmesi fırsatı kullanılmalıdır.

Tasarı m. 110, *adlî tatil süresinin uzaması* ile ilgili olarak mevcut m. 177'ye paralel bir hüküm içermekte ve bu düzenleme gerekçede de örneklerle açıklanmaktadır.

Örneğin, 18 Temmuz' da verilip de 02 Ağustos' ta tebliğ edilen bir karara karşı on beş günlük temyiz süresinin 12 Eylül' e kadar uzaması, ilgilinin tatilde olması gibi nedenlerle mantıklı gelebilirse de; ayrı mahkemece 29 Temmuz' da verilip 22 Ağustos' ta tebliğ edilen bir karara karşı on beş günlük temyiz süresinin 6 Eylül' de bitip 12 Eylül' e kadar uzamamasının mantığını bulabilmek mümkün değildir. Kanımca Tasarı' da bu "*anılaşılmaz*" durum düzeltilerek, Tasarı m. 110 (mevcut m. 177), "*Bu kanunun tayin ettiği sürelerin başlaması ve bitmesi, adlî tatile tesadüf ederse bu süreler ayrıca bir karar vermeye gerek kalmaksızın 22 Eylül' e kadar uzar*" şekline getirilebilir.

20. Tasarı m. 119' da, "*dava şartları*"nın tanımını verilebilir. Bunun için, sözgelimi madde gerekçesindeki tanımın metne alınması düşünülebilir.

Derdestliğin dava şartı hâline getirilmiş olması isabetlidir.

21. Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği' nin 35. maddesinde, kolaylık olmak üzere tarafların *yargılama giderleri için avans* yatırabileceği öngörülmesine rağmen, uygulaması olmayan bu konuda, Tasarı m. 125 ile yargılama giderlerinin (ve bu arada özellikle tebligat giderlerinin) avans olarak yatırılmasının zorunluluk hâline gelmesi, basit gibi görünen ve ancak uygulamada davaların uzaması nedenlerinden biri

olarak karşımıza çıkan bir soruna çözüm getirmesi bakımından yerindedir.

22. Uygulamada *dava dilekçesinin* (benzeri şekilde cevap dilekçesi ile diğer dilekçelerin) *ekleri*, yeterli sayıda fazla nüsha verilmemesi gibi sebeplerle, çoğu zaman *karşı tarafa gönderilmemektedir*. Oysa, savunma hakkının kullanılabilmesi ve dosyaya giriş hakkı bakımından, eklerin önemi çok büyüktür. Kanımca eklerin karşı tarafa tebliğe elverişli olmayacak şekilde az sayıda verilmesi, en azından dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Bu sebeple Tasarı'nın 127. maddesine, dilekçe ile birlikte *dilekçe eklerinin de karşı tarafa mutlaka tebliğ edilmesi gerektiği* yolunda bir hüküm eklenmeli ve buna uyulmaması hâlinde cevap süresinin işlemeyeceği yaptırımını getirilmelidir.

Bu yöndeki düzenleme, cevap dilekçesi ve diğer dilekçeler bakımından da yapılmalıdır.

23. Tasarı'nın 128. maddesi, mevcut 185. maddenin karşılığıdır ve ancak mevcut m. 185, II'deki "*iddianı değiştirme yasağı*" metne alınmamıştır.

Benzeri şekilde, Tasarı'nın 136. maddesinin mevcut 202. maddenin karşılığı olduğu söylenebilir ve ancak mevcut m. 202, II'deki "*savunmayı değiştirme yasağı*" metne alınmamıştır.

Bunların nedeni, aşağıda yeri geldikçe belirtileceği üzere, konunun Tasarı m. 146'da yeniden düzenlenmiş oluşudur.

24. Tasarı m. 124, II'de dava dilekçesindeki eksikliklerin tamamlanması için davacıya verilen yedi günlük süre "*kesin*" olarak nitelenmiş iken; Tasarı m. 135'de cevap dilekçesindeki eksikliklerin tamamlanması için davalıya verilen yedi günlük süre "*kesin*" olarak nitelenmemiştir. Bu farklılığın mantıklı herhangi bir açıklaması olamaz. Bu husus gözden kaçmıştır.

Gözden kaçan bu çelişki, yukarıda çeşitli vesilelerle genel olarak anlatmaya çalıştığım, "*metnin yeniden gözden geçirilmesi zorunluluğu*"na somut başka bir örnektir.

25. Tasarı m. 142-147 arasında düzenlenen "ön inceleme", kanımca, Tasarı'nın yeni getirdiği en önemli müesseselerin başında yer almaktadır. Ön inceleme aşaması bitmeden ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilememesi, hâkimlerin davaya hazırlanmaları için bir vesile olması amaçlanmaktadır.

Konunun önemi sebebiyle, ön incelemenin fiilen işlemesi için, ön incelemeye ilişkin hükümlere uyulmaması hâli, gerekirse *hâkimin sorumluluğu sebeplerinden biri* olarak da Kanun'da yer alabilir.

Tasarı'nın 145. maddesinde düzenlenen "ön inceleme oturumu"nun işlerliğinin sağlanabilmesi ve özellikle *tarafların sulhe özendirilmesi için*; hâkim bu aşamada tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde önüne gelen uyuşmazlık hakkında objektif olarak hukukî açıklamalarda bulunabilmeli, tarafların avukatı bulunması hâlinde onları Avukatlık Kanunu m. 35/A hükmünün işletilebilmelerine özendirmeli ve hâkimin bu davranışının, hâkimi red sebebi olmayacağı Kanun'a yazılmalıdır.

Uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesinin; ön planda taraflar ve geri plânda da toplumsal barış açısından büyük önem taşıdığı muhakkaktır. Ancak bugüne kadarki uygulamada sulh, çeşitli nedenlerle istisnâ hâller olarak karşımıza çıkmaktadır. Gözlemlediğim kadarı ile bunun nedenlerinin başında, hâkimlerin gerek (iş çokluğuna bağlı olarak) zamanlarının darlığı, gerek yapacakları girişimin m. 29 uyarınca hâkimi red sebebi oluşturabileceği çekincesi, gerek bu konuda bilgi ve deneyim eksikliği gibi nedenler gelmektedir.

Oysa günümüzde alternatif uyuşmazlık çözümü açısından, gelişmiş ülkelerde uyuşmazlıkların uzlaşma (sulh) yoluyla çözümlenmesi üzerinde önemli bir şekilde durulmaktadır.

Bu açıdan Tasarı m. 145, amaca uygunluk bakımından daha da ayrıntılı hâle getirilmeli ve örneğin Tasarı m. 145, III'te öngörülen tutanağa, " *somut bir şekilde tarafların hangi nedenlerle sulh olmak istemedikleri*" nin de yazılması sağlanarak hâkimin bu konudaki etkinliği arttırılmalıdır.

26. Tasarı m.146, *iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağını*, dilekçeler aşamasından sonra başlatarak mevcut sistemden ayrılmıştır.

Kanımca, iddia ve savunma yasağı ilke olarak Kanun'dan tamamen çıkartılmalı ve tarafların hâkim tarafından uygun görülmesi hâlinde her zaman değiştirilebilmesine olanak tanınmalıdır. Bugün Anglosakson ülkeleri dışında, batı ülkeleri yargılama yasalarında bizdeki gibi katı bir iddia ve savunmayı değiştirme yasağı bulunmamaktadır. Bunun nedeni, yargılamanın amacının maddî gerçekliğe ulaşılması olduğu düşüncesidir. Eğer taraflar şu veya bu nedenle, iddia ve savunmalarını eksik veya yanlış yapmışlarsa; görülmekte olan dava nedeniyle taraflar arasında ortaya çıkmış bulunan uyuşmazlığın sonsuza kadar doğru bir şekilde çözümlenebilmesi açısından, taraflara başlangıçta yaptıkları yanlışlıkları düzeltme bakımından kendilerine olanak tanınmalıdır.

Bununla birlikte buradaki tehlike, tarafların kötü niyetli bir şekilde davayı gereksiz bir şekilde uzatma eğilimidir. Ancak yapılacak olan değişikliği, "lûâkimin uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi bakımından uygun görmesi" (Alman ZPO §. 263) şartına bağladığımız takdirde, davayı uzatma eğilimin önüne geçilmiş olur. Doğal olarak bu önerimin kabulü, hâkimin dosyayı çok iyi bilmesi ön şartına bağlıdır.

Eğer önerime iştirak edilmeyip Tasarı m. 146'daki düşünce bu hâliyle benimsenecek olursa, bu durumda m. 146, 1'in birinci cümlesindeki "...ön inceleme aşamasında ise..." ibaresinin "...ön inceleme aşamasında ve yargılamanın daha sonraki aşamalarında.." şeklinde değiştirilmesi uygun olur.

27. Tasarı m. 152'deki "duruşma" ile, Tasarı m. 142'deki "ön inceleme duruşması" nı birbirleriyle karıştırdığımı itiraf etmeliyim. Benim gibi başkalarının de karıştırmaması için bu husus, açıklığa kavuşturulmalıdır. Aksi hâl, bizi mevcut uygulamanın tekrarı ile karşı karşıya getirir.

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

28. Yukarıdaki önerim çerçevesinde, "*iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı*"nın kaldırılması hâlinde, Tasarı m. 180-186'daki *ıslah* müessesesine gerek de kalmayacaktır. Zaten Anglosakson ülkeleriyle İsviçre'nin 2-3 kantonu dışında batı ülkelerindeki yargılama yasalarında "*ıslah*" müessesesi yoktur.⁹

29. Tasarı'nın 191 ve devamı maddelerinde, "*ispat ve deliller*" konusu, günün ihtiyaçları çerçevesinde yeniden ele alınmıştır.

Kanımcı Tasarı'da bu konudaki en önemli eksiklik, batı ülkelerinin çoğunda olduğu gibi, "*hertürlü delilin serbestçe değerlendirilmesi*" olanağının getirilmemiş olmasıdır.

30. Tasarı m. 228-242'de yeniden düzenlenen yemin müessesesi bakımından, *hâkimin tarafa teklif ettiği (re'sen) yeminin* (mevcut m. 355 vd.) neden kaldırıldığını anlayamadım.

Re'sen yemin, bugüne kadarki uygulamada hâkimin bazı durumlarda karar vermesine yardımcı olan, sorunsuz bir müessese olarak görünmekte idi.

Eğer bu konuda batı ülkeleri örnek alınacaksa, yemin müessesesinin tümüyle delil olmaktan çıkartılması akla gelebilirdi. Ancak, ülkemizin sosyolojik ve kültürel yapısı dikkate alındığında ben yemin müessesesinin devamından yana olduğumu bu vesileyle bir kez daha belirtmek isterim.¹⁰

31. Tasarı m. 270-291 arası "*bilirkişi incelemesi*"ne ayrılmıştır. Bilindiği gibi bugünkü uygulamada bilirkişilik, adaletin en çok eleştirilen konularından biridir ve bilirkişilik uygulaması, hâk olarak, "*kanayan yara*" şeklinde tanımlanmaktadır.

Tasarı'nın bilirkişilikle ilgili hükümleri, bu konudaki eleş-

⁹ Bkz., Ejder Yılmaz, *Medenî Yargılama Hukukunda İslah*, İstanbul 1982, s. 65 vd.

¹⁰ Bkz., Ejder Yılmaz, *Medenî Yargılama Hukukunda Yemin*, Ankara 1997, s. 7-8.

tirilere¹¹ büyük ölçüde yer verilerek hazırlanmıştır. Bunlara prensip olarak katıldığımı belirtmek isterim.

32. Tasarı'nın 297. maddesi ile getirilen "uzman görüşü" düzenlemesi, batı ülkelerinde de bulunan bir düzenlemedir. Uygulamada ortaya çıkan bazı tereddütlere son vermesi açısından bu düzenleme yerindedir.

33. Tasarı'da yargılama usûllerinin, "yazılı yargılama usûlü" (Tasarı m. 123 vd) ve "basit yargılama usûlü" (Tasarı m. 320 vd) olarak ikiye indirilmiş olması ve zamanla "ne idüğü belli olmayan" bir hâle gelen sözlü yargılama usûlü ile seri yargılama usûlünün ortadan kaldırılması isabetli olmuştur. Bu düzenleme, benim öteden beri ifade ettiğim, "bir buçuk yargılama usûlü" esprisine uygundur. Bu sayede, davalarda esas itibarıyla "tam yargılama usûlü" olan yazılı yargılama usûlü; buna karşılık, "tam" usûlün uygulanmasını gerektirmeyen çabuk karara bağlanması gereken veya nispeten küçük uyuşmazlık ve işlerde "yarım yargılama usûlü" uygulanacaktır.

Hazırlanan metne ve gerekçesine bakıldığında Tasarı'nın da benzeri bir düşünceyle kaleme alındığı anlaşılmaktadır.

Kanımca bu düzenlemenin de başarıya ulaşabilmesi, uygulamaya bağlı olacaktır.

34. Tasarı'nın 335. maddesinde, esastan sonuçlanmayan davada yargılama giderleri düzenlenmektedir. Yargılama giderlerinden olan avukatlı ücretinin, bu durumda *nispi mi yoksa maktu mu olacağı*nun Kanun'da açıkça belirtilmesi yararlı olur. Önerim, bunun maktu olmasıdır.

35. Tasarı, *kanunyolları* bakımından yeni bir düzenleme yapmak yerine, 5236 sayılı Kanun'la Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik hükümlerini aynen

¹¹ Bkz., Ejder Yılmaz, "Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu" (Yaklaşım, 1996/42, s. 26-31); Ejder Yılmaz, Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları (Mali Hukuk, 1996/62 s. 12-31); Ejder Yılmaz, "Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı", (Bilirkişilik Sempozyumu, Ankara 2002, s. 538-550).

korumuştur. Bu hükümler bakımından yaptığım eleştirileri ve önerilerimi, burada tekrardan kaçınmak için, bunlar hakkında daha önce yayımladığım bir kitabıma¹² atıf yapmak isterim.

36. Tasarı'ya (m. 386-392) *çekişmesiz yargı* ile ilgili olarak hükümler konulmuş olması ilke olarak yerindedir. Ancak, m.386'da benimsenmiş bulunan olaycı (*kazuistik*) sistemi, yanılıcı olabileceği sebebiyle doğru bulmadığımı belirtmek isterim.

37. Geçici hukukî himaye tedbiri olarak "*ihtiyatî tedbir*", çok önemli bir yargılama müessesesidir. Ancak uygulamada, her mahkemeden kolaylıkla alınabilmesi veya haklı taleplerin gerekçesiz kolaylıkla reddedilmesi ve esas kararlar birlikte yasayoluna gitme dışında, etkin ve özellikle çabuk bir şekilde denetlenememesi, haklı eleştirilerin yapılmasına neden olmaktadır.

Kanımca Tasarı m. 398 hükmü daha da genişletilerek, ihtiyatî tedbir kararına karşı (ceza yargılamasındaki tutuklama; idarî yargıdaki yürütmeyi durdurma kararı örneklerinde olduğu gibi) başka bir mahkemeye itiraz edebilme olanağı getirilmelidir.¹³ Hukuk davaları bakımından itiraz yeri, istinaf (bölge adliye) mahkemesi olabilir.

38. Tasarı m. 411-448 hükümleri arasında "*tahkim*" müessesesini düzenlemiştir. Bu yeni düzenlemede, uygulamanın ortaya çıkardığı ihtiyaçların büyük ölçüde karşılandığı söylenebilir.

Bilindiği gibi, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kabulünden sonra, tahkim konusunda mevzuatımızda "*iç tahkim - milletlerarası tahkim*" şeklinde iki ayrı düzenleme ortaya çıkmıştır. Aslında bu ayırımın gerçekçi bir ayırımdan ziyade yapay olduğu da söylenebilir.

¹² Bkz., Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Ankara 2005.

¹³ Bkz., Ejder Yılmaz, *Geçici hukukî Himaye Tedbirleri*, Cilt 1, Ankara 2001, s. 925 vd.

Esas olarak Birleşmiş Milletler'in üye devletlere tavsiye ettiği (uncitral) model Kanun çerçevesinde hazırlanan 4686 sayılı Kanun'un kabulü aşamasında gündeme getirdiğim,¹⁴ tahkim konusunda Alman modelinde olduğu gibi tek kanunun kabul edilmesi önerisini, oluşan şartlar çerçevesinde bugün yeniden gündeme getirmek isterim.

Zaten Tasarı'da tahkim konusunda getirilen yeni hükümlerle, iç tahkim diye adlandırılan mevcut m. 516-536 hükümleri, oldukça Milletlerarası Tahkim Kanunu'na yaklaştırılmıştır.

Tasarı m. 418'de, diğer ülke kanunlarında olduğu gibi isabetli bir şekilde, hakemlerin de ihtiyatî tedbir (geçici koruma tedbiri) kararı verebileceği belirtilmişse de, hakemlerin (hâkimlerden farklı olarak) yetkileri sınırlı ve bağımsızlıktan ve teminattan yoksun özel kişiler olması hasebiyle, icra dairelerine emir verememeleri nedeniyle hakemlerin verecekleri ihtiyatî tedbir kararının icrasında sorun çıkabilecektir. Tasarı m. 418'in bu açıdan yeniden kaleme alınmasında yarar vardır.

Sulh müessesesinin önemi ve tahkimde bunun daha kolay gerçekleştirilebileceği düşüncesiyle Tasarı m. 438 hükmünün ayrıntılandırılmasından yanayım.

Tasarı m. 442, tebligat açısından 7201 sayılı Kanun'a atıf yapmaktadır. Bu düzenlemenin tahkim müessesesiyle bağdaşabileceğinden şüpheliyim. Bugüne kadarki uygulamada hakemler daha çabuk ve daha pratik yollarla tebligat yapmakta ve bundan da önemli sorun çıkmamaktadır.

Evet, ben sonuç olarak, Taslağı beğendiğimi, iyi bir Taslak olduğu sözlerimi yinelemek istiyorum. Başta, Komisyon Başkanı Hakan Pekcanitez Hocam olmak üzere, bütün Taslağa emeği geçen Hocalara, Yargıtay üyelerine, Adalet Bakanlığı çalışanlarına ve bütün herkese şükranlarımı arz ediyorum ve ben heyecanla Kanunumuzun Meclisten geçip yasalaşmasını bekliyorum. Hepinizi sevgiyle selamlıyorum.

¹⁴ Bkz., Ejder Yılmaz, *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II*, Ankara 1999, s. 7 vd.

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

Oturum Başkanı: Evet, şahsım ve sizler adına değerli arkadaşımıza teşekkür ediyorum; bu ayrıntılı notları aşan sunumu için. Saniyorum Komisyonumuz bu önerileri, görüşleri değerlendirecektir. Bizler de yararlandık. Komisyon Başkanı'ndan acaba sorabilir miyim; programla ilgili öneriniz nedir?

Komisyon Başkanı: Saat 13.30'a kadar devam edecek...

Oturum Başkanı: Söz isteyenler var; acaba Taslak'la ilgili görüşleri hepsini sonradan mu alalım, yoksa şimdi alıp...

Komisyon Başkanı: Yarım saat daha devam edelim.

Oturum Başkanı: Tamam.

Tebliğle ilgili olarak yarım saat kadar, eğer talep olursa, görüşleri, değerlendirmeleri alacağız, sonra ara vereceğiz.

İzninizle ben kısaca önce kendime söz vereyim. Ejder arkadaşım Baki Hoca'ya çok atıf yaptı, ben de yapmış olayım. Bu şekilde ben önce kendime söz verdim.

Ben ayrıntıya girmek istemiyorum, sadece düz okumuştum, bir hazırlık da yapmadım, zaten bu şekilde bir çalışma yapamayacağımı da Sayın Başkan'a söylemiştim bazı nedenlerle. Ama, kısaca okumuştum, arkadaşımın sunumu sırasında da bazı hususlar dikkatimi çekti. Komisyona yönelik olarak söyleyeceğim birincisi, bu asliye-sulh ayrımı konusu çok eski bir tartışmanın da konusudur biliyorsunuz. Dünden beri de konuşuluyor. Bu konuda hazırladığı gerekçeye baktım, gerekçe gerçekten yetersiz. Şöyle diyor, izninizle kısaca hatırlatayım: *"Bu sulh-asliye ayrımıyla ilgili olarak, işte bu ayrımın kaldırılması görüşünü Komisyonumuz benimsememiştir, kabul etmemiştir. Çünkü bu ayrımın tarihi nedenleri yanında, uygulanan yargılama usûlü ve bu mahkemelerden verilen kararlara karşı Kanun yollarına başvurulma yollarının farklı oluşu"...* Bu ayrım olduğu için bu tabii ayrı usûl var ve farklılık var. Bu ayrımın korunması zorunlu. Sonuçtan hareketle müessesenin varlığı savunuluyor. O gerekçe bence yeterli değil. Burada vurgulanması gereken, bu ayrımın tarihî nedenler... Tarihte kendiliğinden mi böyle ayrı

doğmuş? Bu, tarihî nedenleri burada öne çıkarmak gerekiyor. Ben bu ayırmadan yanayım. Komisyon'un sonuç olarak vardığı sonucu paylaşıyorum. Ama bunun buraya alınması gereken başka nedenleri var. Sözlü ifade edildi burada, Hakan Hocamızın sunumu sırasında. Fakat gerekçede yok, onun yazılmasında fayda var. Ben, vaktinizi almamak için, bu gerekçeleri çoğunuz bildiği için tekrarlamıyorum.

Ön incelemeyle ilişkin getirilen yeni kurallar benimseriyor. Dün de değerli Hocalarımız, konuşmacılar dile getirdi, Ejder arkadaşımız da bunun doğru olduğunu söyledi. Ben de katılıyorum. Ama müeyyide konusunda tartışmamız lâzım. Buna hâkim uymazsa ya da uyamazsa ne olur? Arkadaşımız, hâkimin işte hukukî sorumluluğundan söz etti. Bildiğiniz gibi, hukukî sorumlulukla ilgili kanun hükümlerini bugüne kadar uygulayamadık. Bir iki örneği dışında hiç uygulama örneği yok. Onun için, böyle hukukî sorumluluktan söz etmenin pratikte bir sonucu olmayacağını düşünüyorum.

Ben, bilirkişilikle ilgili olarak da daha önce, bir vesileyle bir makalemde belirtmiştim, tebliğlerimde de vardı. Belki iyi düzenlenmiş bir nispi bozma sebebi yapılırsa, bu hâkim için önemli bir müeyyidedir. Daha da önemlisi, hâkimlerimize bu not verme sistemi devam edecek ise, bu kurallara gereği gibi uyulmaması notun düşürülmesi sebebi olarak ilgili yönetmelikte düzenlenirse, bu hukukî sorumluluktan çok daha etkin bir müeyyide olur diye düşünüyorum.

Usûl kanunlarının yürürlüğe girmesi konusunda Ejder arkadaşımızın Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu örnek vererek dile getirdiği hususa ben de çok önem veriyorum. Bunun mutlaka çok ayrıntılı düzenlenmesi gerekir. Çünkü bu hem bir tartışmaya konu oluyor, bu iyi düzenlememe tereddütlere yol açıyor. Sayın Handan Surlu üstadımız da biliyor, böyle bir düzenleme yapılmadığı veya eksik yapıldığı zaman Yargıtay'ın ne kadar meşgul edildiği, farklı yönlerde veya yorumlara yol açtığını biliyor, kendisi de belki söyleyecektir. O nedenle, bu yürürlük maddesinin, gerekiyorsa her madde için, gerekmiyorsa belli

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

bölümler için ayrı ayrı ve açık bir biçimde düzenlenmesinde fayda olacaktır.

Diğer konularda değerli konuşmacılarımızın tabîi ki görüşleri olacak. Onun için, ben olabildiğince kısa kestim.

Sayın Hocam söz istemişti, önce izninizle Yaşar Karayalçın Hocamıza söz veriyorum.

Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN: Uzun konuşmayacağım, fakat bir, iki, üç diye bazı noktalara temas etmek istiyorum.

Bir defa, bizim akademik hayatımızda Roma hukukçuların birbirleriyle ilgileri, toplantı yapmaları çok meşhurdur. Şimdi, biz de ticaret hukukçuları biraz bunu gerçekleştirmeye çalıştık ama, görüyorum ki Usûl ve İcra Hukuku Hocaları ve konuyla ilgilenen diğer meslektaşlar bu konuda çok gelişmiş bir uygulama içindeler; candan kutlarım. Birinci nokta bu.

Şimdi, ikinci nokta, aslında bu gibi toplantıların artık burada değil, Adalet Akademisi'nde yapılması lâzımdır. Kanun'da Adalet Akademisi'nin vazifeleri çok açık bir şekilde belirtilmiştir ve bizler de Adalet Akademisi'ni bu yönde hizmet vermeye teşvik etmemiz lâzımdır kanaatindeyim.

Şimdi, ben genç bir Ticaret Hukuku Hocası olarak, 1953 senelerinde ilk defa ticarî işletme kitabını yazarken, işte ticarî davalar vesaire konusunu inceledim ve bu arada şunu belirttim: Türk usûl hukukunda, uygulamasında yazılı muhakeme usûlü kuralları uygulanmamaktadır. Aradan zaman geçti, ben metot dersini de veriyorum ve aşağı yukarı bu konuyu hâla öğrencilerimle tartışmaya mecbur oluyorum. İşte, değerli arkadaşım Ejder Yılmaz, yarı zaman bakımından bazı görüşleri belirtti. Aslında, davaların uzamasının sebebi, yazılı muhakeme kurallarına tâbi davalarda bu kuralların uygulanmamasıdır. Davanın asıl uzama sebebi, kanaatimce budur. Adalet Bakanlığı'nın bir tamiminden bahsederler, bu tamimi bizim usûl kitaplarında da pek bulamadım. Ama, bence uygulamanın en ciddi konusu

yazılı muhakeme kurallarının uygulanmaması, dava lâyihası gelir gelmez duruşma gününün tespit edilmesi. Olmaz böyle şey!.. Bunun sebebinin usûlcüler tarafından incelenmesi ve uygulamanın da tenkit edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Ben bunu yapmaya çalıştım, fakat aradan elli küsur sene geçti bir netice alamadık.

Son bir nokta: Dün ve kısmen bugün, elimde mevcut olan ayrı baskılardan getirdim, meslektaşlarıma tanıtmaya çalıştım. Şimdi konu, Anayasa Mahkemesi'nin önemli kararı, İcra - İflâs Kanunu'nda "*Devlet malları haczedilemez*" konusyla ilgili. Şimdi, bütün usûl hukuku Hocalarına ve diğer ilgili meslektaşlarıma hitap ediyorum: Bu konu bütün hukukçuların, ama özellikle usûl ve icra iflâs hukukundaki meslektaşlarımla zimmetindedir. Türkiye'yi bu hükümden kurtarmak lâzımdır. Devlet bu hükümle kendi borçları için gerekeni yapmayacak olursa, ödeme ahlâksızlığı içinde bir uygulamaya devam edecek olursa, bunun ciddi bir mesele olarak tartışılması ve kanaatimce, eğer bir İcra - İflâs Kanunu yakında hazırlanacak ise, bu hükmün kesin olarak yasadan çıkarılması lâzımdır. Bu devam ettiği müddetçe, Türkiye'deki alışkanlıkları, borçlanmaları belediyelere sirayet etmiştir, önlemeye imkân yoktur. Yani, çok önemli gözükmeyen bu hüküm, ülkemizde devletin bugünkü borca batık siyasetinin devam etmesinin bence en önemli sebebidir. Usûl ve İcra hukukundaki arkadaşlarımla bilhassa bu konuda ilgilenmeye teşvik etmek istiyorum, rica ediyorum. Bu belayı, Türk hukukundaki bu utanılacak hükmü kaldırmak için gayret sarf etsinler. Bunu belirtmek istedim.

Oturum Başkanı: Ben teşekkür ederim Sayın Hocam.

Tahir Alp Bey'e söz vereceğim, ama mikrofon Tahir Bey'e gidinceye kadar, biraz önce kendime söz vermiştim, bilirkişi incelemesiyle ilgili de bir iki söz söyleyecektim, onu da izninizle söyleyeyim.

270. maddede "*hukuk dışında*" ibaresi oraya sıkıştırılmış. Bence ona hiç gerek yok, son cümle zaten eskiden olduğu gibi yeterli.

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

Bir de, bilirkişinin başkasından yardımına ihtiyaç duyarsa, bunu raporunda bildirebileceği... Aman, bence bu çok tehlikeli. Bilirkişiyi önce onun yardımını alacak, raporunu yazacak, ondan sonra "Ben böyle birinden yardım aldım, haberinizi olsun" diyecek! Bu, çok yanlışlara gidebilir, sonra dönüşü zor olabilir. O açıdan endişe duyuyorum.

Bir de, "bilirkişinin görevden alınması" denilmiş. Bu, daha çok idare hukuku terimi. Burada görevden alma değil de, "görevlendirmeden vazgeçme" veya "görevden azletme" belki Usûl Kanunu'na daha uygun bir terim olur.

Teşekkür ederim.

Tahir ALP (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı):
Sayın Yılmaz'a iki sual soracağım müsaadenizle.

Şimdi, ben de kendi konuşmasının başından başlamak istiyorum. Doğrusu, "hâkimler dosyayı okumuyor, Yargıtay'da dosyalar okunmuyor" söylemini pek şık bulmadım. Alınmadığımı söylersem doğru olmaz. Şimdi, bendeniz Yargıtay'a gelmezden önce yirmi sene mahalli mahkemede çalıştım. Yirmi sene duruşmanın olduğu bir önceki günü mutlaka dosyaların hepsini okudum. Tabii, Sayın Ejder Yılmaz'ın fikirlerini, bu yargı hayatım içinde birçok olayın çözümünde güvenle kullandım. Ejder Yılmaz test edilmiş bir bilim kişisidir. Benim indimde büyük itibarı, büyük doğruluk güvencesi vardır. Sayın Yılmaz'ın bu sözleri, muhakkak bir müşahedeye dayanmaktadır. O bakımdan, o müşahedelerinin münferit olduğunu söyleyebilirim.

Yargıtay'da dosyanın okunmasına gelince: Kendileri de söylediler, Yargıtay'da tetkik hâkimleri büyük bir fedakârlıkla dosyayı okuyorlar. Ben Yargıtay'da dosyaların tüm heyet tarafından okunması yönündeki görüşlerine katılıyorum. Fakat, Yargıtay Kanunu böyle değil. Yargıtay Kanunu'nun değiştirilmesi yönündeki temennilerine de katılıyorum.

Şimdi, önemli olan halkın bu yöndeki anlayışı, inancı önemli bence yargı yönünden. Yani, dosyalar okunmuyor şeklindeki bir inancın yaygın olduğuna ben de katılıyorum.

Şimdi burada somut önerileri en küçük teferruatına kadar yargının içinde bulunduğu zorlukları gidermek babında arıyoruz. Bu cümleden olarak ben, dosyaların alenî incelenmesini, müzakerelerin alenî yapılmasının gerekli olduğunu, halkın güvencesinin bu suretle kazanılabileceğini düşünüyorum.

İkincisi de, hâkimin yılda veya ayda muayyen zaman süresi içinde, muayyen sayıda davaya bakmasını öneriyorum. Bu iki konuda Sayın Yılmaz acaba ne düşünürler, onu öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederim.

Buyurun Sayın ...

Bir Katılımcı: Ben, ... oğluyum, babam raportörlük yaptı Yargıtay'da, üyelik yaptı, başkanlık yaptı. Tanık oldum, raportörlerin nasıl çalıştıklarını, ne kadar emek verdiklerine şahsen tanık oldum ve Sayın meslektaşına katılıyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim Hocam.

Buyurun Sayın Tanrıkulu.

Cengiz TANRIKULU (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı Tetkik Hâkimi): Ben, özellikle Ejder Hocamızın başta söylediği "*Kanunlar zamanla ihtiyaçlara cevap vermiyor, dolayısıyla değiştirilmek zorunda kalıyor*" cümlesinden hareketle, bildiğiniz gibi, aynı zamanda Ejder Hocam uygulamanın içinde olduğunu da söyledi.

2000 yılından bu yana Ulusal Yargı Ağı Projesi UYAP devrede ve şu aşamada. Gerçi ben bunu arada Sayın Komisyon Başkanımız ve Üyeleriyle de görüştüm, kendilerinin bu konudaki görüşlerini de aldım. Ulusal Yargı Ağı Projesi konusunda birçok kâğıt ortamında işleyen dava dosyaları elektronik ortamda verilmesi, bütün işlemlerin elektronik ortamda yapılması ve nihâyet bütün dosyaların elektronik ortamda saklanması ve elektronik imzanın da kullanılması öngörülmüyor. Elektronik

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

imza, 5070 sayılı Kanun'la yasallaşmış olmasına rağmen, yakın zamana kadar uygulanmasına geçilemedi birtakım teknik nedenlerden dolayı. Ama, şu son günlerde, birkaç ay içerisinde yoğun bir şekilde kullanılmaya başlayacağı yönünde duyumlarımız var ve bu konuda bizim Bakanlığımız da şu anda birtakım sertifikalar almaya başladı.

Bu bağlamda, özellikle böyle Hukuk Usûlü Kanunu'nun değiştiği bir ortamda bu fırsattan faydalanarak UYAP'ta yaşanan birtakım sıkıntılar var. Biz bu zamana kadar özellikle kalem yönetmelikleri konusunda birtakım değişiklik talepleri var ve bu değişiklik talepleri hep bu zamana kadar yasada bir değişiklik yapılacağı ve dolayısıyla elektronik ortamda yapılacak işlemlerin bu yasada ana ilkelerinin yer alması ve buna göre yeni yönetmeliklerin tekrar gözden geçirilmesi gerektiği konusunda bize Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü olsun, diğer genel müdürlükler, sürekli yaptığımız görüşmelerde görüşlerini bize söylediler. Bu fırsattan istifadeyle...

Oturum Başkanı: Tasarı'da bu konularda eksik var diyorsunuz öyle mi?

Cengiz TANRIKULU: Evet, Tasarı'da bu konuda bir şeyler yapılmış, Sayın Komisyon üyelerimizle de görüştük. Bizim UYAP sunumu da yapılmış; ancak, yeterli olmadığını düşünüyorum.

...

...şeklinde değiştirmiş ki elektronik ortamda aktarmaya müsait olsun diye. Yine avukatlarımız için testleri bitti, yazılım bitti. Elektronik ortamdan internet üzerinden dava açma aşamasına gelmiş bulunmaktayız. Ama Ankara Tevzii Bürosu'na gittiğimizde, oradaki veznedar arkadaşlar haklı olarak dediler ki: "*Bunun yasal bir altyapısı yok, biz bu internet üzerinden ödenecek harçları, masrafları nasıl tahsil edelim*". Gerçekten haklılar. Bu konuda engellerimiz var.

Birtakım komisyon üyeleri bunun henüz erken olduğunu söylediler. Yani, daha vakit var, biraz zaman geçsin. Ama,

Almanya'da henüz bizim anlamda, UYAP anlamında bir network yok, sadece 4 eyalette savcılıklar arası işlemlerin elektronik ortamda olduğunu biliyoruz. Onun haricinde bir mültecilerle ilgili genel bir network var. Fakat, mahkemeler daha çok bireysel çalışıyor. Ama ona rağmen 2005 yılında böyle bir ihtiyaç duyulup Kanun değişikliği yapılmış. Onun için, UYAP gibi, artık 91 ağır ceza merkezinde işleme alınmış, ... ve yıl sonuna kadar bütün ağır cezaların işleme alınacağı, bir networke sahip ülkenin Usûl Kanununda da bu konunun ana ilkelerinin mutlaka olması gerektiğini düşünüyorum.

Saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Buyurun Kamil Bey.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Öncelikle Hocamıza çok teşekkür ediyorum. Buradaki konumum, bir yandan meslektaşlarıma tabii katkıda bulunabilmek, diğer yandan da tabii Komisyon üyesi olarak da ayrı bir sorumluluk taşıyorum.

Ejder Hocama çok teşekkür ediyorum. Kendisi her zamanki gibi bize detaylı ve somut konularda açıklamalarda bulundular, sağ olsunlar. Kendisine soru olarak değil ama, bir yardım babında mümkün olursa, bazı sorular oluşmuştu kendisinde, o açıdan yardımcı olmak istiyorum.

Birincisi, duruşma yapılması Kanunumuzun 73. maddesinde olup da Tasarı'daki 33. maddeye aktarılmamış olması konusunda. Bunu yalnız tek başına düşünmemek lâzım belki. Şimdi bizim önerdiğimiz ön inceleme kurumu söz konusu. Bu, ön inceleme kurumu ve onun dışında tabii aslında tahkikatı bir alt ayrıma tâbi tutmuş olmamız söz konusu. Buna bağlı olarak ayrıca -heyetin dikkatini çekmek istediğim kavram- yeni bir Üçüncü Kısım açıldı, başlığı "*Yazılı Yargılama Usûlü*". Bütün bunlar bir arada düşünülürse şöyle başlayabilirim, sonundan başa doğru: Artık yeni Tasarı'da, eskiden olduğu gibi "*Murafaa Usûlü*" isimli bir başlığımız yok. O murafaa belki işte Hocamızın yine o beklediği ifadedir, murafaayı duruşma olarak

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

algılayabiliriz, yani sözlü yargılama kastediyoruz, artık o yok. Onun yerine, Yaşar Karayalçın Hocamızın da belirttiği “Yazılı Yargılama Usûlü” bir başlık olarak Tasarı’ya alınmıştır. Yani, sistem değişikliği var aslında ve duruşma kelimesi pek fazla sarf edilmemiştir. Tasarı’da, duruşma, celse, oturum sözleri üzerinde durulmuş, fakat pek de sarf edilmemiş, bundan tasarruf edilmiştir. Tabü, bu bir sistem olunca içinde hemen şunu da söyleyebiliriz: Ön inceleme kurumundan Hocamız bahsettiler ve isabetli buldular, ama “teksif ilkesi kaldırılсын” temennisinde bulundular. Şimdi, bunlar bir bütün Hocam. Eğer ön incelemeyi toplumun algılamasını istiyorsak, Komisyon’un görüşü şuydu: “Buna müeyyide getirilsin. Bunun da çözümünü teksif ilkesi olabilir” şeklinde bir sonuca varıldı. Yani, orada bir kırılma noktamız mevcut. Ben onu arz etmek istedim.

Bir de, delillerin serbestçe değerlendirilmesini Hocamız herhâlde mesleğin en yüksek mertebesi olan avukatlığa da erişmiş olması dolayısıyla -Hocamızın ifadesiyle yani- “deliller serbestçe değerlendirilmelidir” dedi. Ben de kendisine iştirak ederim. Yalnız, bu bir sistem ve sözlülük ilkesini de gerektiriyor. Yani, sözlü yargılama yapılırsa, delillerin serbestçe değerlendirilmesi bu bütünlük içinde anlam taşıyacaktır. Bizde ise usûl, yazılı yargılama usûlüne dönmüştür.

Ben şimdilik bu kadar söyleyeceğim, teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Buyurun Sayın Atalay.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY: Ben, Ejder Hocama sormak istiyorum: Daha önceleri belki bu kadar radikal görüşünü Hocamın iştmemiştim. “Kesin delil sistemi terk edilsin” dedi Hocam ilk kez. Ben ilk kez duydum, daha önce belki söyledi ama. Hakikaten çok önemli bir şey. Özellikle biraz da usûlcü olarak Almancayla uğraştığımız için, Alman eserleriyle hemhâl olduğumuz için, oradan öğrendiğimiz için birçok şeyi hep imrenerek baktım. Alman usûl kitabı okuduğumuzda, Almanların yazdığı delillerin değerlendirilmesine ilişkin monografileri okuduğumuzda, biraz da kıskanarak bakar: Bizim hâkimimiz bu faaliyetlere neden girmiyor?.. Hâtta Kamîl Bey’in kitabında

bahseder, taraf davranışını dahi delil olarak hâkim neden değerlendirmiyor? Şimdi, dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme ... hâkime delilleri tam takdir hakkı vermediğimiz takdirde zaten nerede kullanacak? Bilmem kaç liranın altındaki davalar-da kullanma alanı bulabilecek büyük hükümden. Dolayısıyla çok ideal bir şey ama, Hocama şunu sormak istiyorum: Sihirli formül ne? Yani, bu yalan dolan şahitliği ve bunun sakıncasını nasıl bertaraf edecek?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Sözü Nevhis Hocamıza veriyoruz.

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM: Ben de, Hocamızın her türlü delilin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin Türk hukukuna alınması konusundaki fikirlerine çok büyük bir sevinçle dinledim, gerçekten. Çünkü ben, on seneye yakın bir süredir bilirkişilik yapıyorum ve fikrî ve sınaî haklar alanında yapıyorum. Orada senetle ispat zorunluluğu yok ve inanılmaz keyifli bir bilirkişilik söz konusu. Çünkü, tahkikat safhasına kadar gelmiş delilleri değerlendiriyoruz; inanılmaz. Ve alacak davaları gibi konularda ise, biliyorsunuz muhasebecinin verdiği raporla bağlılık söz konusu oluyor. Muhasebe bilginiz olmadığı zaman ve ticarî defterler net olmadığı zaman hukukçu olarak onun dayanak olarak sunduğu ilk tespitte dayanıp dayanamayacağınız, yani vicdarî sorumluluğunuz söz konusu oluyor. Dolayısıyla gerçekten çok ciddi sıkıntılar var bu alanda.

Onun dışında, ön inceleme konusunda Hocamız bir tespitte bulundu. Ben optimistim, ben iyimserim, ön inceleme yeri bir kurumdur, sevinçle karşıladım dediler kendileri. Şimdi, ön inceleme kurumu konusunda bir iki tespitte bulunmak istiyorum. Ben, dün ifade ettiğim üzere milletlerarası tahkimde de çalıştım, orada görev belgesi var. Nerede var? Model Kanun'da mı var? Model Kanun'a alınmamış. Model Kanun'u hazırlayan komisyon Birleşmiş Milletler nezdinde görev belgesinin Model Kanun'a alınıp alınmaması konusunda çok tartışmışlar ve Mil-

EIDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

letlerarası Ticaret Odası'nın tüzüğünde yer alan bu hükmün "alınmasının çok da uygun olmadığı" sonucuna varmışlar.

Görev belgesine ben uzak baktım, milletlerarası tahkim alanında. Dolayısıyla bunun ön inceleme olarak, sihirli formül olarak bize aktarılmasının ne kadar başarılı olacağını bilemiyorum. Şu bakımdan: Bu hukuk kültürü meselesi. Bilirkişilik yaparken görüyorum, Anglo-Sakson hukukunda her iki taraf da davasını ikame ederken çok çok iyi hazırlanıyor, tüm belgelerini getiriyor. Bunu, bilirkişilik yaparken yabancı müvekkil söz konusu ise, çok daha iyi görüyorsunuz. Delil tespitinde bile tüm Amerikan şirketinin ticarî defterlerinin örneğini dahi getiriyorlar bir ihtiyatî tedbir için. Bizde bu hukuk kültürü yok, hazırlıksızlar. Bu kadar hazırlıksız avukatlarımız, bu kadar az hazırlık yaparak davayı açıyorlarsa, ön safhada delil imkânını keseceksiniz, vakıa imkânını getireceksiniz, süperlatif burada söz konusu. Biliyorsunuz bizde sert teksif ilkesi söz konusu derdi Profesör Üstündağ. Sayın Profesör Yılmaz dediler ki: "Ben kaldırılmasını istiyorum." Ben de kaldırılmasını istiyorum. Bunu Profesör Rechberger, Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ifade ettiler. ... biz seneler önce ilkeler konusunda konferansa davet ederken bu Hocayı, dedik ki: "Teksif ilkesi konusunda bizi aydınlatır mısınız?" Dedi ki: "Teksif ilkesi bizde yok ki aydınlatayım" ona paralel ilkeyi bize anlattı. Dolayısıyla bu en süperlatifiyle çok sert teksif ilkesini getirdi... Çünkü ön incelemeyi getirdi. En sert teksif ilkesini kabul etmekle ve delil getirme imkânlarını ben bilirkişi olarak tahkikatın sonunda atanıyorum ve orada hâla getirilmemiş deliller oluyor. İncelediğimiz zaman bu da hâkim aracılığıyla 75/3 çerçevesinde getirilebilir mi diye kayıt koyuyorum. Dolayısıyla bu çerçevede bu kadar davanın başında her şeyin yığılmasını beklemek ne kadar gerçekçi bilemiyorum.

Bir de bir başka mesele daha var, bunu "birkaç kantonda var" dedi Prof. Yılmaz, yalnız Federal Yasa Tasarısı'nda konmuş. En son Heidelberg Kongresi'nde ... ben bir soru tevcih ettim Profesör Zuta Zum'a, "... maksimeyi getirmeyi uygun buluyorlar mı?" diye. Şimdi .. çıkacak. Biliyorsunuz İsviçreliler pek o kadar

tartışmaz. Ama İngilizce tabiriyle ... güncel bir konu değil. Biz güncel olmayan teksif ilkesini çok sert biçimiyle ön inceleme diye getirdik. Ciddi kaygılarım var. Zaten bu Kanun'un kırılma noktası da ön inceleme. Ön inceleme başarılı olursa "ha, güzel Kanun olmuş" diyeceğiz, efendim "makul sürede yargıladık" diyeceğiz, "âdil yargıladık" diyeceğiz. Olmazsa ne olacak? Çok büyük bir hezimetle karşılaşacağız, korkuyorum.

EJDER
YILMAZ'IN
TEBLİĞİ

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Saat 14.00'te devam etmek üzere ara veriyorum.

DÖRDÜNCÜ OTURUM
9 Eylül 2006 (Öğleden Sonra)

HUKUK MUHAKEMLERİ
KANUN TASARISI ÜZERİNE
TARTIŞMALAR
ve
GENEL DEĞERLENDİRME

Oturum Başkanı

1. Bölüm

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

2. Bölüm

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Komisyon Bşk.)

1. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Ejder Yılmaz arkadaşımızın tebliği hakkında bazı değerli dinleyiciler görüşlerini açıkladılar, değerlendirme yaptılar, Tasarı taslağıyla ilgili görüşlerini açıkladılar. Bu görüşmelere bir süre daha katkıda bulunmak isteyenlere söz vermek suretiyle devam edeceğiz.

Arkasından Ejder arkadaşım bu sorulara, değerlendirmelere cevap verecek veya bu konudaki görüşlerini açıklayacak. Bu şekilde Ejder Yılmaz'ın tebliği ve açıklamalarına katkı aşaması tamamlanmış olacak, ben izninizle buradan ineceğim, Sayın Komisyon Başkanı genel değerlendirme safhasına geçileceğini duyuracak, sanıyorum bir yönetici meslektaşımız buraya davet edilecek. Bu şekilde ara vermeden genel değerlendirme aşamasına geçilecek. O da yaklaşık olarak, Hakan Hoca'nın tahminine göre en geç saat 16.30 civarında tamamlanacak.

Buyurun Sayın Arslan.

Yrd. Doç. Dr. Kudret ARSLAN: Ben de öncelikle Ejder Hocama çok teşekkür ediyorum. Benim bir sorum olacak, ben de diğer Hocalarım gibi bu serbest delil değerlendirilmesi hususuna takıldım biraz. Şimdi, zaten bizim Kanun Tasarısı'nun

202. maddesinde “*Kanunî istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir*” diyor. Ben daha önceki düşünceme göre de mevcut Usûl Kanunu çerçevesinde esasen bizim hukukumuzda zaten hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği kuralının yer aldığını düşünüyorum. Ben şuna takıldım, acaba bir hususun belirli bir delille ispatı ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi arasında, ben bilmiyorum, yani çok iyi bilmiyorum ispat hukukunu anlayamadım... Yani, Kanun diyorsa ki: “*400 milyon lira-
nın üzerindeki hukukî işlemler senetle ispat edilir*” bunun dışındaki hususlarda zaten hâkim delilleri serbestçe değerlendiriyor.

Şimdi ikrar da delil olmaktan çıktı, zaten de kabul edilmiyordu. Sadece yemin var, yeminde zaten hâkimin değerlendireceği bir husus yok. Geriye senet kalıyor. Şimdi, eğer senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldırırsak o zaman da geriye belki ispat edilebilecek tek husus tanık kalacak. Bizim gibi bir toplumda ne kadar güvenilebilir bir delil olduğu zaten belli tanıklığın. Yani, toplumsal yapımıza, bünyemize şu anda pek uygun olmayacağını düşünüyorum. Benim kendi kişisel düşüncem.

İkincisi de, o zaman eğer senetle ispat zorunluluğunu kaldırırsak belki başka bir usûlü benimsememiz gerekiyor. Ne bileyim; çapraz sorgu gibi meselâ. Hâkimlerin bir de zaten işinin çok olduğundan yakındık, hâkimlerin yeterli bilgi sahip edinmeye bile fırsat bulamadıklarını, iş çokluğundan kendilerini yeterince geliştiremediklerini söyledik. O zaman bir de, toplumumuzdaki insanların birbirine güvensizliğini de, toplumsal yapımızı da, sosyolojik yapımızı da dikkate alırsak, o zaman “*babana bile güvenme*” düşüncesinin egemen olduğu bir toplumda, hukuksal işlemleri senede bağlamazsak, o zaman birtakım sorunlar çıkmaz mı diye soruyorum Ejder Hocama.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Buyurun Meral Hanım.

Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN: Ben, Ejder Hocama, öncelikle verdiği detaylı bilgiler için çok teşekkür ediyorum.

Ön incelemeyle ilgili alanda beklenen faydanın sağlanabilmesi açısından, özellikle âdil ve hızlı bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi noktasında Avukatlık Kanunu'nun 35/a maddesiyle de avukatın uzlaştırma yetkisi ve hâkimlerimizin de tarafları sulha -bu aşamada- yönlendirmeleri noktasında beklenen faydanın sağlanabileceği kanusundayım. Ancak, gerek avukatların gerekse hâkimlerin sulh konusunda eğitilmelerinin yanı sıra, onları teşvik edici bir yöntem olabilir mi? Örneğin, hâkimlerin mesleki ilerlemeleri açısından sulhen ön incelemeden öteye gitmeyen davalarda bir derece ilerlemesi vesaire sağlanması ya da puan bakımından bir katkı sağlanabilir mi? Keza, avukatların uzlaştırma yetkisini kullanarak ön inceleme-nin bitimine kadar olan aşamada olayı sulhen çözümlenmesini sağlamaları hâlinde acaba onların, örneğin yargılama gideri niteliğindeki vekâlet ücretini yarı yarıya değil de tam olarak almaları gibi teşvik edici başka bir yöntem önerilebilir mi? O noktada bir merakım var. Eğer böyle bir teşvik sağlanırsa, ön incelemeye de hazırlıklı olarak hâkim ve avukatlarımız ona donanımlı olarak yetiştirilirlerse, o zaman ön incelemeden beklenen faydanın sağlanması olasılığı kuvvetlenir diye düşünüyorum. Aksi takdirde, hakikaten hazırlıklı olmazsak belki beklenen fayda sağlanmayıp daha da üzücü bir noktaya doğru gidebilir diye düşünüyorum ön inceleme aşaması.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim. Buyurun Süha Bey.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Öncelikle Hocama doyurucu tebliği için çok teşekkür ediyorum.

Tartışmalar esnasında da yer yer dile getirildi ve şu davranıştan sarfınazar edilmesi gerektiğine sürekli işaret edildi. Sağlıklı bir biçimde işleyen, üzerinde herhangi bir tereddüt olmayan müesseselerin korunması, bunun yargılama kültürünün de bir parçası hâline geldiği kaydedildi. Bu senetle ispat zorunluluğuyla ilgili -Kudret arkadaşım gerçi temas etti ama, biraz

daha gerekçelendirmek açısından- yıllardır uygulanabilen bir sistem ve Akdeniz'e kıyısı olan hemen hemen tüm ülkelerde de -Komisyon'daki tartışmalarda sürekli dillendirildi- bu sistem varlığını devam ettiriyor. Çünkü iklimlerle insanlar arasında yakın ilişki olduğu da ortada.

Öbür taraftan, Ejder Hocamın tebliğinde de dikkatle takip ettim, kendisi de işaret etti, örneğin, vekil marifetiyle davayı takip zorunluluğu bağlamında, işte sosyal gerçekliğin bunu kaldıramayacağı, yine yemin delilinin muhafazasının yararı olduğu, az çok çıkmadık candan ümit kesilmez şeklinde de tanımlanan düşünceden hareketle, muhafaza edilmesinin yararlı olacağı gibi düşünceler dile getirildi.

Bir de, 1980 sonrası özellikle sosyo-ekonomik yapıdaki huzul değişimin, sosyal yapıda yaptığı tahribat da ortada. İnsanlar arasındaki güvensizlik daha da hâkim unsur hâline gelmeye başladı. Tüm bu sosyal gerçeklik dikkate alındığı takdirde, senetle ispat zorunluluğu kuralından vazgeçilmesi doğru olur mu? Şüphesiz şunu dile getirmek lâzım: Yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşmak açısından, serbest delil sistemine geçilmesinde büyük yarar vardır. Bu ideal bir durumdur. Fakat Türk sosyal gerçekliği acaba böyle bir geçişi kaldırabilir mi? Bu konudaki görüşlerini öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyorum.

Buyurun Ömer Bey.

Ömer Uğur GENÇCAN (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi):
Öncelikle kitaplarını kütüphanemde okşayarak açtığım seçkin hukukçu Sayın Prof. Ejder Yılmaz'a, değerli sunumundan dolayı teşekkürlerimi sunarak sözüme başlamak istiyorum.

Dün Sayın Hocam Bilge Umar'ın bir profesörün paketlenerek karakola götürülüp kan ve doku örneği alınması örneğinden dolayı bende tereddütler oluştu. Çünkü, biz soybağı hukukunu uygulayan dairenin bir üyesi olarak bu konuda

Türk Medenî Kanun'un 284. maddesine yönelik yaptığımız bir uygulama var. Burada zor unsuru Kanun içermediği için sadece bir davetiye çıkarmak, uymadığı takdirde sonuçlarına katlanmak şeklinde süregelen bir uygulamamız var idi. Sayın Umar'ı dinledikten sonra, acaba biz de paketleme servisine dahil olacak mıyız diye, bende de tereddütler oluştu. Daha sonra yaptığım incelemede, Türk Medenî Kanun'un içerisinde yer alan 284. maddede bu konuda soybağı incelemesine yönelik olmak üzere açık seçik benzer bir düzenleme var. Yalnız 284. maddenin madde başlığında soybağına ilişkin davalarda, "aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk usûlü Muhakemeleri Kanunu uygulanır" diyerek bir düzenleme yapmaktadır. Dolayısıyla bu kan ve doku örneklerini almaya yönelik olmak üzere, Türk Medenî Kanunu içerisinde 284. maddedeki ifade ve üslup itibariyle bir kural düzenlemesi olduğuna göre, "Hukuk usûlü Muhakemeleri Kanunu uygulanamaz" şeklinde bir ön çıkarımda bulunmaktadır. Ancak daha sonra çıkan Tasarı'nın kanunlaştığını düşündüğümüzde, sonra çıkan kanun itibariyle Tasarı'nın 296. madde uygulanıp zor uygulayıp uygulamayacağı konusunda da bir duraksama oluşmaktadır. Bu duraksamanın bu aşamada giderilmesinde fayda vardır. Çünkü boş yere insanlar paketlenmemiş olacaktır. Tasarı kanunlaştığı takdirde, değerli Hocama sormak istediğim konu şu: Türk Medenî Kanunu'nun 284/2. maddesi yürürlükten kaldırılmış mıdır diyeceğiz, yoksa son bir olasılık olarak da, Tasarı'da yer alan 296. madde hükmü ölü mü doğmuş olacaktır?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Buyurun Şükran Hanım.

Dr. Şükran EKECİK: Öncelikle 22 yıl avukatlık yaptığım için, uygulamanın içinden gelen biri olarak Medenî Usûl Kanunu'ndaki değişiklikleri son derece olumlu buluyorum. Ama bazı endişeler taşıyorum. Özellikle Adalet Bakanlığı'ndan gelen Cengiz arkadaşımızın belirttiği konulara değineceğim. Ön inceleme bu Kanun'da önemli bir yer alıyor. Ön incele-

meyle ilgili kısımlarda önemli olan şey, dilekçelerin teatisi kısmı diyeceğim; ön inceleme içinde. Daha önceki Kanun'da bu şekilde geçiyordu.

Şimdi, burada hâkimin katkısı ne olacak? Kalem neleri yapacak? Bu konuda benim bazı tereddütlerim var. Çünkü, hukuk davalarında gecikme sebepleri diye yapmakta olduğum bir istatistikî inceleme sırasında, Ticaret Mahkemesi Başkanı'yla konuştuğumda "çok erken duruşma günü veriyorsunuz" diye ve bunun duruşmaları uzattığını belirttiğimde dedi ki: "Şükran, biz dosyalar çabuk bitsin diye bu duruşma gününü veriyoruz. Eğer biz bu işleri kaleme bırakırsak, kalemler kesinlikle dilekçeleri gününde karşı tarafa tebliğ etmediği için, dosyalar altı yedi ay muamelesiz kalır. Muamelesiz kalan dosyalarda da işlem uzanmış olur. Biz bunları denetlemek istiyoruz" diye bir cevap aldım. Dolayısıyla yönetmelikle bunların tam olarak sorumluluğun kime ait olduğunun, dilekçelerin karşı tarafa gönderilmesi sorumluluğunun, sürelerle uyulması ve dilekçe tebligatlarında tebligata düşülecek şerhlerin yazılmamasının kimin sorumluluğunda olduğunun da düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Tabii, bu Kanun'da düzenlenecek bir şey değil, belki bir detay. Fakat yönetmelikte düzenlenecek olan bu konulara ışık tutacak bir kanun maddesi olursa, sanıyorum daha yerinde olur diye düşünüyorum.

Bir de, Sayın Ejder Hocam da değindi, bazen duruşmaları takip etmek için, duruşmaya girmek için adliyeye gittiğinizde, bir başka mahkemede duruşmanız olduğunda, diğer mahkemede yokluğunuz hemen zapta geçerek davanız müracaata kalabiliyor. Daha önceki Yasada, 409. maddede iki kez yenileme hakkınız varken, şu anda 155. maddede bu bire indirilmiş. Dolayısıyla uygulamadaki şartlar, adli binalar düşünüldüğünde, ben yine bunun ikide kalmasının daha uygun olacağı görüşünü taşıyorum.

Yine, dosyaların okunup okunmamasına gelince; ben bu konuda da Ejder Hocama katılıyorum. Hâтта bu kapsamı daha da genişletiyorum, dün Baki Hocamın söylediği gibi, bilirkişiler imza attıkları raporları okumadan bir arkadaşları yazıp, diğeri ise okumadan imzalıyor. Taraf avukatları da bilirkişi

dosyasını okumadıkları gibi, karşı tarafın dilekçelerini de okumuyorlar.

Ben bir anımı anlatarak kapatmak istiyorum. Bir avukat aleyhine, İcra - İflâs Kanunu m. 279'a istinaden, mutad olmayan vasıtalarla ödeme yaptığı, para aldığı için, daha doğrusu borçlunun evini kendi üzerine geçirmişti. Bunun için iptal davası açtık ve borçlu olduğu dönemde mutad olmayan bir vasıta olarak, ödeme olarak bu evi aldığını belirtmiştik. Eğer benim dava dilekçemi okusaydı başka sebepler yazardı. Davayı kabul etmiyor *"hayır, haksızdır"* diyor, ama kendi de ifade ediyor, diyor ki: *"Biz, bize olan borcuna karşılık evini aldık"* ve davayı avukat arkadaşımız kaybetti. Evet, ben şuna inanıyorum ki, herhâlde toplum olarak okuma özürlüyüz. Bu denli güzel çıkan bir yasanın inşallah iyi uygulanması için bu özürümüzden vazgeçer, hepimiz okumaya yöneliriz diyorum.

Komisyon üyelerine de çok teşekkür ediyorum. Gerçekten kısa bir sürede bu denli ifadesi güzel, birbirini takip eden ve uygulamadaki birçok gecikme sebeplerini ortadan kaldıran bir Tasarı hazırladıkları için.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim Şükran Hanım.

Komisyon üyelerinden birinin ısrarlı söz istemi var, izninizle ona söz veriyorum.

Prof. Dr. Erdal TERCAN: Ejder Hocamın gerçekten değerli, doyurucu, zaman zaman veciz ifadelerle dolu tebliği için gerçekten ben de teşekkür ediyorum.

İki soru Ejder Hocama yöneltmek istiyorum. Bir konuda da sizin görüşünüzü almak istiyorum. Gerçi size yöneltilmiş bir soru olmadı ama, açıklamış olduğunuz görüşlerle ilişkili olarak o konuda görüşünüzü almak istiyorum.

Öncelikle Ejder Hocama yönelik olarak, Ejder Hocam da delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini benimsediğini belirttiler. Gerçekten prensip olarak -Komisyon'da ben de dile

getirmiştim- bu ilkeyi ben de benimsiyorum. Diğer taraftan, Ejder Hocam, yeminin de muhafaza edilmesi gerektiğini belirttiler. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile şekli bir delil olarak nitelenebilecek yemin bağdaşacak mı? Bu konudaki görüşlerini almak isterim; birincisi bu.

İkincisi, değerli tebliğlerinin 8. sayfasında, 11 nolu bentte, görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesi üzerine yapılacak işlemlerde kesinleşme tarihinden başlatılması yerine, "*Kesinleştiğinin tebliğinden itibaren*" diyor Hocam. Doğru, Komisyon'da da bu tartışılmıştı hatırlıyorum.

Eğer görevsizlik veya yetkisizlik kararına karşı kanun yoluna başvurulmuşsa ve onanmışsa, şüphesiz onama kararı tebliğ edilecek. Bu takdirde bir tereddüt yok. Ancak, kesinleşme sadece, takdir edersiniz, kanun yoluna başvurularak değil, başvurulmadan da sürenin kaçırılması şekliyle de olabilir. Bu durumda ise, görevsizlik veya yetkisizlik kararına karşı kanun yoluna başvurma süresinin sona ermesi hâlinde, mahkemenin tekrar bir "*Efendim, süresinde kanun yoluna başvurulmadı, görevsizlik veya yetkisizlik kararı kesinleşti*" şeklinde ayrıca bir tebligat yapılması mı gerekecek? Ejder Hocama yöneltmek istediğim sorular bunlar.

Size yöneltmek istediğim, görüşünüzü almak istediğim husus ise Hocam; Komisyon'da da oldukça yoğun bir şekilde tartışılmıştı, hukukî konularda bilirkişiye başvurulduğunda, hükmün temyizi üzerine bozma nedeni olabileceğini belirttiniz. Şimdi, şüphesiz bozma nedeni de nisbî yahut mutlak olabilir, tartışılabilir. Hukukî konuda bilirkişiye başvurulduğunda Yargıtay hükmü bu nedenle bozacak olursa, bu çözüm bu kez usûl ekonomisine aykırı olmayacak mı? Zira, biz bir taraftan davaları çabuklaştırmak için çalışıyoruz, diğer taraftan da belki prensip olarak doğru, bir kararı hukukî konuda bilirkişiye başvurulduğu gerekçesiyle bozarsak usûl ekonomisine aykırı olur diye düşünüyorum.

Bu konudaki görüşünüzü almak istedim, teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: İzin verirseniz oturumu yöneten kişiye soru yöneltilmez ama, sonra düzeltti görüşümü istedi. Ben kısaca söyleyeyim.

Hukukî konularda bilirkişiye başvurulduğunda bozma nedeni olmalı bugün demedim de. Daha önce yazdıklarım da vardı, "olabilir, düşünülmesi" dedim. 428/2'ye girdiği ölçüde, bilirkişiye başvurulmaması gereken bir hâlde başvurulmuşsa ve bilirkişi hakikaten hükmün o şekilde verilmesini, yani bilirkişinin görüşü esas alınmış ve yol açmışsa, 428/2'nin koşulları varsa, bu da düşünülmesi, bu da tartışılması. Her durumda hukukî konularda bilirkişiye başvurma yolu kesilmeli düşüncesiyle söylenmiş bir görüştür. Bunun yanında, sabah ifade ettiğim, hâkime düşük not verme ve diğer yönetmelikte belirtilen bozma sebebi, işte o çerçevede söyledim, düşünülebilir. Başka türlü bunun önünü kesmek mümkün değil.

Eskiden beri söylediğim, m. 275 çok açık. Komisyon da getirmiş. Sabah söylediğim gibi, bana göre biraz anlamsız, hukuk dışında diye bir şey de eklenme ihtiyacı duyulmuş, ona gerek yok. Çünkü hukukî konularda gidilemeyeceği bir kez daha belirtilmiş zaten, tekrarlanmış. Ona rağmen gidiliyor. İşte bu konularda gerçekten çalışmalarıyla kendisini takdir ettiğimiz, arkadaşımız, Nevhis Hanım da "Ben bilirkişilik yaptığım dönemden edindiğim bilgilere göre" diye başladı. Usûl Hocası bilirkişilik yapıyor, gerçek, hukukçular yapıyor, Yargıtay'ın bazı kararlarında var: "Biri hukukçu olmak üzere oluşturulacak bilirkişi heyetinden görüş alınması" diye. Özellikle hileli iflâs suçlarıyla ilgili olarak, 6. Ceza Dairesi -bilmiyorum şu anda o daire bakmaya devam ediyor mu- kararlar veriyordu. Biri icra - iflâs hukukçusu olmak üzere, en az bir idi. Yargıtay böyle yaklaşırken, Kanun'un açık hükmüne rağmen, uygulamamız böyle iken ve bu uygulamadan da yakınıyorsak, Kanun'un açık hükmüne muhalefet ediliyor, hem de hâkim kararıyla, hâkim eliyle ediliyor diye konuştuğumuz ortamda bir çözüm aramak zorundayız buna. Bu çözüm ne olur? Ya bazı konularda açıkça tarif edilir, hukukî konularda da hukukçuya bilirkişi olarak başvurma yolu açılır veya açılmıyorsa, açılması daha

sakıncalı görülüyorsa, bu yolun gerçekten kapatılması için bir şeyler yapılması gerekir. Benim çözümüm: Bunu Kanun yoluyla bulamadığımıza göre, Yargıtay'ın vereceği kararlarla bulma şeklindedir. Onun da yolu, olsa olsa, 428/2 hükümleri bu konuda belki dikkatlice uygulanarak, belki biraz geniş yorumlanarak bir de hâkimlerin notları, terfi yollarına etkisi düzenlenerek çözülebilir. O açıdan söyledim ve o konuda da ısrarlıyım. Eğer hukukî konularda bilirkişiye gidilemeyeceği görüşünde isek, ki Komisyon da benimsemiş, bu açık hükme rağmen uygulamanın, hem de hâkimler eliyle kanuna aykırı devam etmemesi gerekir. Onun da yolunu ben öyle gördüm.

Bir Katılımcı: Yetersiz bir düzenleme olduğu anlaşılıyor.

Oturum Başkanı: Yetersiz mi, gerçeklere ters mi, yoksa gerçekten gerçeklere uygun olmasına rağmen âdeta hukukçular eliyle bir kuralın bilinçli çiğnenmesi mi, tabii o tartışılabilir.

Evet, bu şekilde ben sözü Ejder arkadaşşıma veriyorum. Epeyce bir soru var, değerlendirme var, kendileri cevaplandıracaklar.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ: Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Bana yöneltlen hem sorular hem katkılar için teşekkür ediyorum. Amaç doğruyu bulmak, daha iyiye gitmek ve onun için gösterdiğiniz ilgi nedeniyle kalbî teşekkürlerimi öncelikle sunmak istiyorum.

Tuttuğum notlar çerçevesinde Ramazan Arslan Hocam ön incelemenin yaptırımıyla ilgili, örneğin nisbî bozma, not verme gibi yöntemler olabilir dedi. Katılıyorum kendisine, biraz daha geliştirebiliriz ön incelemeyi yerleştirmek bakımından.

Yaşar Karayalçın Hocamın, Adalet Akademisi hakkında söylediklerine harfiyen katılıyorum. Sevgili arkadaşlarım, sevgili üstatlarım; burada sistemi düşünüyoruz. Bir sistem koymaya çalışıyoruz Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı nedeniyle. Aslında, bu hepimizin müşterek derdi, adalet

müşterek derdimiz. Adalet sistemi içerisinde, Yaşar Hocamın önerisiyle getirilen Adalet Akademisi'nin çok önemli bir yeri var. Aslında, bu çalışmalara Adalet Akademisi de mutlaka entegre olmalı.

Ben, Adalet Akademisi'nin görevlerinden, özellikle eğitim-öğretim konusunu önemsiyorum. Ayrıca, kanun tasarıları hazırlama, vesaire görevi de var. Eğitim-öğretimin anlamı şu: Bugün sabahtan beri konuştuğumuz, benim dile getirmeye çalıştığım ve bazı eleştirilerle karşı karşıya kaldığım konu şu: hâkim çok önemli. Yerel mahkeme hâkimi de önemli, Yargıtay hâkimi ondan daha önemli.

Biz iyi hâkim bulursak, zamanı bol hâkim bulursak, az çalışkan olmayıp çok çalışkan hâkim bulacak olursak ve insan seven hâkim bulacak olursak, onun üzerinde yoğunlaşacak olursak adalet sistemimiz kurtulur. Aksi takdirde, benim yaptığım eleştiri kesinlikle insanlara değil, kesinlikle şu anda Yargıtay'da çalışan yahut da yerel mahkemede çalışan değerli hâkimlerimize değil, benim eleştirilerim sistemin özüne. Hâkimler okumuyor, okuyamıyor derken, sizlerin derdini dile getirmek istediğimi söylüyorum. Eğer sürçü lisan ettimse affola! Ama 1.200 dava ile bir ilk derece mahkemesi hâkimi bu davaları götüremiyor. Aynı kanaatleyim, tekrar ediyorum: 450-500 bin dosyayla bir Yargıtay işi götüremiyor; aynı kanaatleyim.

Şimdi, özellikle şunun altını çizmek istiyorum: Dediğim gibi, hâkim -ki sihirli değnek dedi- sihirli değnek ne? Sihirli değnek hâkim. Hâkim çok önemli. Bakınız, bu toplumun iki atasözü var: "*Şeriatın kestiği parmak acımaz*" ve "*Hakim peygamber postunda oturur*". Bu iki söz beni çok etkiler. Neden hâkimin kestiği parmak acımaz; öyle âdildir ki o, o kadar doğru karar verir ki, onun kararında hata olmaz. Onun için, peygamber postunda oturur.

Niye kestiği parmak acımaz?.. Demek ki kesilmesi gerekiyor parmak, diye buna inanılır, ben de buna inanıyorum, bu toplum buna inanıyor. Ama üzülerek söyleyeyim: Bu toplumda bu düşünce gittikçe sarsılıyor. Bütün sebep ne? İş çokluğu. İş

çokluğu böyle gittiği sürece ön incelemenin başarıya kavuşması olanaksız. Eğer ön incelemenin başarıya kavuşması isteniyorsa, bizim mutlaka işleri azaltmamız gerekiyor veyahut da hâkim sayısını artırarak hâkim başına düşen iş sayısını mutlaka azaltmamız gerekiyor. Hâkim sayısını artırmamız gerekiyor, en az üç misline çıkarmamız gerekiyor. Maaşlarını da üç misline çıkarmamız gerekiyor. Bakın, bu ikisi ayrılmaz parçadır. Neden hâkimin maaşını üçe katlamak gerekiyor? İyi hâkim bulmak için üçe katlamak gerekiyor. Ülkede rekabeti sağlamak için üç misline çıkarmak gerekiyor. Rekabet dünyanın her yerinde bugün artık insanın peşinden koştuğu bir husustur. Biz çok iyi hâkim buluruz, eğer üç misli maaş verecek olursak. O nedenle, bunun altını çiziyorum. Adalet Akademisi'ne getirip bağlamak istiyorum.

Bugün hâkimimiz dosyayı okuyamadığı gibi, hâkim karar da okuyamıyor. İşin acısı, hâkim kanun da okuyamıyor. Kanun okumayan hâkim olur mu yahu?! Diyeceksiniz ki... Şimdi bana gene tepki göstermeyin lütfen. "*Kanun okunmaz olur mu*" demeyin lütfen. Ben gözlerimle şahit oldum. Kanun çıkıyor, bugün *Resmî Gazete*'de yürürlüğe giriyor, Hakkari'deki hâkim onbeş gün sonra bu kanunu görüyor. Hâkim yeni çıkan kanunun farkında değil. Neden? O kadar bunalmış, o kadar çok ağır iş yükü var ki. Ben bile bilim adamı olarak okumaya fırsat bulamıyorum, hâkim zaten fırsat bulamıyor. O nedenle, bu ülkenin derdi, özellikle iş çokluğudur. Eğer biz işleri azaltacak olursak, Adalet Akademisi hâkimleri boş zamanlarında onları yeni çıkan kanunlar hakkında informe edebilir, onların bilgilerini tamamlayabilir. Adalet Akademisi'nin bir görevi de budur.

Yalnız hâkimler için mi söylüyorum? Kesinlikle hayır. Avukatlar için de aynı şeyi söylüyorum. Bugün dünyada avukat eğitimi var. Amerika Birleşik Devletleri'nin çeşitli eyaletlerinde, saatleri değişmek şartıyla, bütün avukatlar yılda 25 ila 50-60 saat arasında eğitime tâbi tutuluyorlar. Niçin eğitim? Yeni mevzuat, yeni Yüksek Mahkeme kararları vesaire... Ne oluyor biliyor musunuz; koca koca avukatlar bu eğitimlerden

geçiyor, sınavlara tâbi tutuluyor. Eğer bu sınavlarda avukatlar başarılı olmazlarsa, kayıtları barodan siliniyor. Neden bunlar var? Yani, "Hocalık damarı tuttu da herkesi eğitelim" anlamında lütfen algılamayın. Neden? Çünkü hukukçunun görevi topluma hizmettir, vatandaşa hizmettir. Eğitim kalitesinin, bilgi kalitesinin yükseltilmesi hedeflidir. Eğer hâkimin bilgisi gerilediyse, avukatın bilgisi gerilediyse, topluma, adalete hizmet edemez. O nedenle eğitim çok önemli. Adalet Akademisi'ni o nedenle çok önemsiyorum. Adalet Akademisi bunları yapmalı. Ama tekraren, tekraren bıktırmadan, sizi bıktırıcaya kadar söyleyeceğim: hâkimin işi azaltılarak ancak bunlar olabilir. Hâkime biz 10 kilo yük değil, 200 kilo, 500 kilo yük yüklemişiz, ondan iş bekliyoruz. Onlar da çalışıyor, bu 500 kiloyu da Allah için taşıyorlar. Bir kez daha samimi olarak söyleyeyim: Ben 10 kiloyu zor taşıyorum, hâkimlerimiz 500 kilo taşıyor. Lütfen benim söylediklerimi, yani hâkimler okumuyor derken, bunu lütfen kendinize algılamayın, sistemi eleştirmeye çalışıyorum. Her yerde de bu konuşmamı yapmaya çalışıyorum. Hoca olarak benim görevim bu. Dertlerimizi biz bize anlatamazsak, Yaşar Hocamın dediği gibi, halka başka türlü anlatırsak bunlar olmaz ki! Lütfen, beni bağışlayın. Eğer yanlış ifade ettiysem beceriksizliğimden sürçü lisan oldu affola!

Efendim, devam edeyim: Hocamın devlet mallarının haczedilmezliği konusunu, özellikle vurguladıkları için yüzde yüz katılıyorum. Devlet borcunu öder, ödemesi için de her şey yapılmalıdır İcra - İflâs Kanunu'yla ilgili olarak.

Tahir Alp üstadımızın, acaba incelemeler alenî yapılabilir mi önerisi var. Katılıyorum; ama o da neye bağlı? Gene hâkimlerimizin iş sayısının azalmasına bağlı. Yani, bir Yargıtay üyesi, bana sorarsanız...

...

... bahsediyorum. İskandinav ülkelerinde daha düşük. 100 milyonluk Almanya'da 3-4 bin Yargıtay'ın işi. Heyet olarak bir araya gelirler. Tetkik hâkimlerine saygı duyuyorum, tetkik hâkimleri sayesinde yaşıyor Yargıtay, onu da söyleyeyim.

Yük tetkik hâkimlerin üzerindedir. Biliyorum, aramızda çok değerli tetkik hâkimleri var, tekraren söyleyeyim. Ama, heyet var. Niye heyet öngörmüşler? Bu 5 tane yüce yargıç, peygamber postunda oturan 5 yargıç adalet dağıtacaklar. Tartışarak, görüşerek, günlerce sürerek tartışacaklar, karar verecekler. O nedenle, görüşlerine yüzde yüz katılıyorum. Gerekirse, halka da belki inandırmak bakımından, hâla güvencini sağlamak bakımından incelemelerin alenî olması düşünülebilir. İş sayısı azaltılması meselesine yüzde yüz katılıyorum.

Biraz evvel ücret meselesinden bahsettim. Arkadaşlar, en azından Hocalar olarak, en azından hukukçular olarak şunu beynimize koymamız lâzım: Hâkim yüce bir varlıktır. Hâkim, herhangi bir kişiden farklıdır; tebliğimde de var. Cumhurbaşkanı maaşıyla kıyas ediyoruz? Hâkimler hiçbir kamu görevlisiyle mukayese edilemez. Bizim beynimize bunu sokmamız lâzım. O çok farklı bir kişi diye düşünmemiz lâzım; çünkü onun verdiği karar, yargı üstünlüğü sebebiyle, hukukun üstünlüğü sebebiyle nihaî karardır. Onu dar kalıplar içerisinde, başka standartlarla yürütmemek lâzım. Örneğin, hâkime zam yaparsak askerî hâkimin maaşı ne olur; askerî hâkimin maaşı da Genelkurmay Başkanının maaşını geçemez, diğerinin maaşı ne olur diye düşünmeyelim... Bunları bizim yıkmamız lâzım. Yani, bizim mutlaka buna çözüm bulmamız lâzım. Korkum, hakikaten korkuyorum, bu ülke batacak; adalet, devletin temeli ilkesi sebebiyle.

Sayın Tanrıkulu, UYAP'la ilgili biliyorum daha evvelki çalışmalarını, çok değerli çalışmaları var. Aslında dikkat ettiyseniz, siz de mutlaka olayın içinde olduğunuz için, elektronik imza değil, elektronik işlemlerle ilgili bütün dünyada gelişmeler var. Kaçınılmaz. Herhâlde Tasarı'da da buna ilişkin yeni maddeler gelmeli diye düşünüyorum.

Kamil Yıldırım kardeşim, bu duruşmayla ilgili "bir bütündür" dedi, "Tasarı'nın 33. maddesi var" dedi. Ben, derdimi bir daha anlatayım: Buraya koyalım: "Hâkim dosya üzerinden karar veremez." Mevcut 73. madde bu. Esas budur, yargılama esası budur. Ben bu kuralı burada göremedim dedim. Söylemek iste-

diğim bu. Hiç şüphe yok, bir bütünlük yazılı sistem var, onları anladığımı sanıyorum; ama ilkeyi unutmayalım, 73. maddeyi bir daha gündeme getirelim diye düşünüyorum.

Aslında, Oğuz kardeşimle başlayan, Nevhis hanımın, Kudret kardeşimin, Süha ve Erdal kardeşlerimin; bu serbest delil sistemi düşünceme yönelik bir eleştirileri var: Şunu söyleyeyim: Bugün önemli olan hâkim olduğuna göre, hâkime güveneceğimize göre, hâkim hiçbir delile bağlı olmayabilir, Alman hukukunda olduğu gibi. Her şeyi serbestçe değerlendirir. Ama bu demek değildir ki, hâkim senede de bakacak: *"Yok yaluu, ben bu senedi kaale almıyorum"* demeyecek. Alman uygulamasında da, sistemde olmasına rağmen, bu çok güçlü bir delildir. Hâkim kolay kolay bunun tersine zaten karar vermez. Yani, senetle ispat, senede karşı senetle ispat kuralları onlarda olduğu kadar bizde katı değil. Ama zaten uygulama buna benziyor. Yani, Kanun'a: *"Bunlar serbestçe değerlendirilir"* deseniz dahi, zaten ona göre karar verecek. Bugün için tanuk, keşif, bilirkişi için, hâkim bunları serbestçe değerlendirir diyoruz; ama onların tersine karar vermesi mümkün mü? Bilirkişi raporunun tersine karar vermesi mümkün mü? Şu açıdan: Eğer makul gerekçeler getiriyorsa, elbette tanığı da ona göre değerlendirir, bilirkişiyi de, keşfi de. Ama, tanıklar doğru söylüyorsa elbette o çerçevede karar verir. Bilirkişi raporuyla Avusturya'da, Almanya'da örnekleri var, literatürde yazıyor, *"bağlı değıller ama, uygulamada yüzde 95 bilirkişi raporu çerçevesinde karar verilir"* deniyor.

Benim söylemek istediğim şu: Delil sistemimiz daraldı, küçüldü, bizim delil sistemimizi koparmamız lâzım, yepyeni deliller var. Örneğin, daha evvel *"teyp bantları delil teşkil etmez"* diyorduk, şimdi teyp bantlarını geçtik, video kameraya alınıyor, bütün dünya görüyor. Bir olay oldu, biz hâla teyp bandını yahut da bu video kaydını hiç delil olarak kâle almalı mı diyeceğiz? Dün hâтта çok güzel bir konuşma vardı, Halûk arkadaşım hatırlar, o yazılı delil başlangıcını yazarken, ben hep Halûk arkadaşıma: *"Yahu, bu yazılı delil başlangıcının dışında bir ön delil gibi, yazılı bir tarafa atalım, bir ön delil olsun, delil başlangıcı gibi bir şeyler üzerinde çalışalım"* diye hep ko-

nuşurduk. O sonra yazılı delil başlangıcıyla sınırladı. Yani, demek istediğim: Mevcut delillere, artı emareler, işte şu, bu, karineler... Delil sistemimizi biraz genişletelim. Serbest delil sistemi derken de, bütün bunları düşünerek söylüyorum. Yani, Kanun'a "*hâkim delilleri serbestçe değerlendirir*" diye bir cümle koy, bak, bence yanlış olmaz, çok fark etmez de. Ama benim idealimdeki hâkim, idealimdeki avukat, idealimdeki toplum, idealimdeki yargılama bakımından verelim bu yetkiyi hâkime. Hâkim istediği gibi değerlendirsin. Kestiği parmak, yeter ki acıtmayacağını hissedelim. Ben, o açıdan hâkimlerin yetkisinin arttırılmasından yanayım.

Şimdi, Kudret kardeşim kendi yorumunu yaptı, "*tasarı 202'yi acaba böyle yorumlayabilir miyiz?*" diye. Ben de, her hukukçu gibi, Tasarı'yı alınca böyle heyecanla, her tarafını karıştırdım, yolda bile giderken filan. Oo, bir madde gördüm, "*hâkim delilleri serbestçe değerlendirir, aferin yahu Komisyon'a. Benim dediğimi bulmuşlar*" dedim. Sonra okuyunca anladım ki, 202, 240'ın bugüne Türkçesine çevrilmiş hâli. Gerekçesini de okudum, orada kalmuşlar! Takdir kendilerine ait tabii! Benim burada söylemek istediğim, acaba bir ufuk kazandırabilir miyim. Çünkü, dört beş yıldır içli dışlıyım. Okumadığım habilitasyon, disertasyon kalmadı, Alman, İsviçre, Avusturya hukuklarını hepsini getirttim, hepsini okudum. Biraz delil sisteminde gerçekten gömleğimiz dar, biraz genişletelim diye düşünüyorum.

Tekraren söylüyorum: Bu işin sihirli değneği, hâkime yetkiyi vereceğiz, serbest değerlendirecek. Sihirli değneği hâkim. Hâkime saygım sonsuz. Onun dediği, o öyle değerlendiriyorsa doğru olan odur. Ölçütü o bulur, ona güveniyorum.

Meral arkadaşım, ön incelemeden beklenen faydayı sağlamak bakımından, Avukatlık Kanunu'nun 35/a maddesinin çalıştırılmadığını söyledi. Tebliğimde vardı, fazla zamanı da çok uzattığım için uzatmamıştım, 35/a çok önemli bir aygıttır, bir araçtır. O nedenle, hâkim, bu sulh görüşmeleri sırasında 35/a'yı mutlaka çalıştırmalı. Ama hangi hâkim? Gene aynı yere geliyorum; zamanı olan hâkim. O avukatı çağırmalı, bu

avukatı çağırılmalı, taraflara: Anlaşın demeli, vesaire. 35/a, onun için elimizde önemli bir ölçüt.

Bunlara ilâve neler yapılabilir? Not sistemi, avukatlık ücreti, doğru... Ben bazı avukatlarla konuşuyorum, "Niye 35/a'yı işletmiyorsun" diye, "Yahu onu işletirsem param azalıyor" filan diyor; doğru. Önlemler alınmalı. Bunlar küçük şeyler diye düşünüyorum.

Ömer Uğur üstadıma, bana söyledikleri güzel sözler için gerçekten teşekkür ediyorum. Kendisini tanımamıştım, kendisini gerçekten çok seviyorum. Neden? Kitaplarından dolayı seviyorum. Masamun arkasında, hemen yerleri de belli. Aşağı yukarı 25-30 bin kitabım var, onlar arasında hemen nerede olduğu yeri belli. Ben de ayrı duygularla onun kitabına severek bakıyorum. Bugün tanışma fırsatım oldu.

Evet, Ömer üstadımın söylediğinden hareket ederek şuraya gelmek istiyorum.... Hakkı Dinç Beyefendiyle de yemekte konuştuk. Medenî Kanun'un 284 ile Tasarı 296 gerçekten birbirine ters düşecekmiş gibi geliyor bana da. Hakkı Bey bunları görüştiklerini söyledi, atlanmadığını -hiç şüphem yok atlanacağından- söyledi. Ama, ben hep şuraya getirmek istiyorum: Gerekçe çok önemli. Eğer gerekçeye bazı hususları, belirgin hususları koymayacak olursak -örneğin bu 284, 296'da olduğu gibi- yarın hâkimler, Yargıtay üyelerimiz bunda tereddüt edebilir, daireler tereddüt edebilir. Mümkün mertebe gerekçeyi genişletmeye çalışmak lâzım. Buna bağlı olarak, yürütme maddelerinden bahsetmiştim. Belki işte yürütme maddelerini, yürürlüğe girme maddelerini düşünürken, örneğin 284'le bunun bağına da kurmak düşünülebilir.

Naçizane düşüncem, benim kanaatim: Açıkça Tasarı'da "284/2 şu hale gelmiştir, gelecektir, böyle uygulanmalıdır" gibi bir açıklama yapılmasında yarar var.

Şükran arkadaşım 409'daki sayının 2'nin 1'e, yani 1'den sonra 2, 1'den sonra 1 düşüncesine katılıyorum. Ama şöyle bir eksikliğimiz var, bu vesileyle onu da dile getireyim: As-

İnada ben hep şunu arzu ederim, ediyorum, ama bir türlü beceremedik, ben de beceremedim. Usûl kanunlarını çıkarırken istatistiklerden yararlanulmalıdır. Hâtta Usûl Kanunu çıkarıldıktan sonra öyle bir istatistikî veriler olmalıdır ki, Usûl Kanunu'nu değiştirdik, davalar şöyle hızlandı, böyle yavaşladı gibi elimizde istatistikler olmalıdır. Ben bir ara denemiştım, *Anıme İdaresi Dergisi'nde* de "25 Yıllık İstatistiklerin Diliyle Adalet Hizmetleri" diye bir şey yazmıştım. Almanların bu konuda çok güzel çalışmaları var. Ama, şuraya getirmek istiyorum: Ülke-mizde istatistiki veriler çok zayıf. Keşke bunları istatistiklerle desteklesek de yaptığımız işin yahut yapacağımız işin sağlıklı olduğuna karar versek.

Buradan şuraya getirmek istiyorum: 409, eskiden, bizim çocukluğumuzdan beri -gençler bilmezler- 5-6 kez, 7 kez dosyayı yenileme hakkı vardı. Davanın hızlanması prosedürü çerçevesinde azala azala, işte 2 artı 1'e geldi. Şimdi anlaşıldığı kadarıyla o daha da azaltılıyor. Burada gene keşke elde istatistikler olsaydı da Şükran Hanım'ın dediği mi doğru, yoksa Tasarı'nın getirdiği 1'le sınırlama mı doğru, o konuda daha bilimsel bir şeyler söyleyebilsek.

Nihayet Erdal arkadaşım bana 193'deki kesinleşmeyle ilgili sordu. Benim düşündüğüm, daha doğrusu benim burada kısaca söylemek istediğim, hiç şüphesiz, yasa yolu açık olanlar bakımından. Eğer verildiği anda kesinse yahut da yasa yoluna müracaattan feragatla kesinleşiyorsa hiç şüphesiz tebliğe gerek kalmadan süreler orada başlayabilir. O biraz ayrıntı diye değerlendiriyorum.

Bendeki notlar bu kadardı, hepinize tekraren teşekkürlerimi sunuyorum. Gerçekten kırdıysam, hiç elimde olmadan kırdıysam... Hâkimler benim için büyük insanlardır, daha büyük olmaları için, gerçek olan yerlerine ulaşmaları için de... Her yerde bunları söylüyorum. Ama beceremediysem, sürçü lisan ettiysem hâkimlerden, özellikle buraya gelen, hepsini ayrı ayrı sevdiğim, saydığım hâkimlerimizden özür diliyorum. Ama gerçek, sisteme yönelttiğim gerçekleri aynen tekrarlıyorum: Dosya okunmuyor!

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Efendim, Ejder Yılmaz arkadaşımıza teşekkür ediyorum bu ilâve açıklamaları için. Katkıda bulunan siz değerli meslektaşlarıma da teşekkür ediyorum.

Komisyon'a sanıyorum, sözlerimin başında teşekkür etmiştim. Komisyon'un çok değerli Başkan ve üyeleri, Komisyon'a katkıda bulunan Bakanlık çalışanları ve diğer herkese huzurlarınızda bir kez daha teşekkür ediyorum. Sanıyorum bu görüşmeler sırasında ortaya konulan görüşleri Bakanlıkların, üniversitelerin, diğer kurumların -başta Yargıtay olmak üzere- sanıyorum görüşleri geliyor, alınıyor, onlar da değerlendirildikten sonra Komisyonumuz tarafından, eksiksiz olmasa bile, çok iyi bir Taslağın ortaya çıkacağına kesin inanıyorum. Ve bu duygu, düşüncelerle huzurunuzdan ayrılıyorum, iyi çalışmalar diliyorum.

TARTIŞMALAR
VE
GENEL
DEĞERLENDİRME

2. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Değerli Hocalarım, değerli meslektaşlarım; gerçekten her seferinde çok şeyler öğrenerek ayrıldığım bir toplantıyı yaşamaktan ötürü çok büyük bir mutluluk duymaktayım. Her zamanki gibi, pek çok şeyi öğrenme fırsatı buldum. Herkese teşekkür etmek istiyorum. Çünkü bu konuda geçen sene hatırlarsanız, bir konuşma yapmış ve konuşmanın sonunda hazırlanacak olan Tasarı'nın birlikte tartışılmasını arzu ettiğimizi ve bu Tasarı'nın tüm Türk hukukçularına ait bir Tasarı olmasını özellikle arzu ettiğimizi ifade etmiştim. Çünkü, temel yasalarımızı 80 yıl sonra tüm olarak değiştirme çabası içindeyiz. İşte bu çabayı hep birlikte eğer gerçekleştirebilirsek ve bunda başarılı olabilirsek bu başarı hepimizin olacak.

Bu konuda gerçekten fedakarca buraya gelen, katkıda bulunan, dinleyen veya aralarda bize eleştirileriyle katkıda bulunan herkese çok teşekkür ediyorum. Ama bunlardan birkaç örnek, bize özellikle sürekli olarak bir çalışma azmi, çalışma sevinci ve bir güven veriyor bize. Dün sabah karayoluyla erkenden yola çıkan Baki Hocamız burada geldi saatlerce konuştuktan sonra yine tekrardan eve dönmek zorunda kaldı. O'nun bu fedakârlığını bir kez daha şükranla burada ifade etmek istiyorum. Tabii ki Yavuz Alangoya Hocamıza, Bilge Umar Hocamıza, Ramazan

Aslan Hocamıza ve Ejder Yılmaz Hocamıza ve bunun dışında katkıda bulunan herkese teşekkür etmek istiyorum.

Biz, Komisyon olarak herhangi bir şekilde bu Tasarı'nın başarılı olmasından kendimize kesinlikle bir pay çıkarmayacağız. Eğer başarılı olur isek, bu hepimizin başarısı olacak.

Yapılan eleştirilerin ise, hazırlanan Tasarı'ya çok büyük bir değer verildiğini ifade ediyor. Her bir Hocamız yaz tatillerinden fedakârlık yaparak, belki kışın yorucu faaliyetlerinden sonra, gerçekten çok ihtiyaçları olan istirahatlarından fedakârlık ederek bu eksiklerimizi bize burada hatırlattılar. Kendilerine sonsuz teşekkür etmek istiyorum. Çünkü, Tasarı'nın ertesi günü, gazeteleri okuduğumda canım çok sıkılmıştı, çok üzülmüştüm. Ne vardı, hepimiz belki gördünüz, bir tanesi: "Emrah Yasası geliyor" diyordu. Allah Allah!.. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Emrah Yasası'yla ne alakası var?! Meğerse, Emrah kan vermek için 8-9 kez çağrıldığı hâlde babalık davasında mahkemeye gitmemiş, 10. kez gitmiş, biz de Emrah'ı düşünerek, önümüzde muhtemel "Emrah"lara karşılık böyle bir yasayı hazırlamışız ve Emrah Yasası nihâyet yürürlüğe girecekmiş, Tasarı hazırlanmış!.. Tabii ki, burada özellikle Tasarı'nın basın önünde açıklanması ve basına yaklaşık 15 sayfa kadar Tasarı konusunda bilgi aktarılmasına rağmen, ertesi gün gazetelerde böyle bir haberin yer alması açıkçası beni epeyce üzmüştü. Ama, bugünkü eleştiriler, sizlerden duyduklarım gerçekten bu Tasarı'nın daha iyi olması için çok büyük bir fedakârlık yaptığınızı ve bu hazırlıkları bize ilettiğinizi gösteriyor.

Bu arada, yazılı olarak eleştirilerini bize yöneltenlere de çok teşekkür ediyorum. Başta Yavuz Alangoya Hocam olmak üzere, yine Sayın Yıldırım ailesine, hem Kamil Yıldırım arkadaşşıma hem de Nevhis hanıma teşekkür ediyorum. Bütün maddeleri olmasa da, kendilerince önemli gördükleri maddeleri tek tek eleştirdikleri için, hâтта bunu basılı hâle getirdikleri için kendilerine ayrıca teşekkür ediyorum.

Bütün bu eleştirilerden sonra, Komisyon olarak tekrar bir araya geleceğiz. Bütün eleştirileri yeniden değerlendireceğiz.

Hiçbir konuda önyargımızın olmadığını, değişmez kurallarımızın olmadığını ifade etmek istiyorum. Çünkü, defalarca yaşadık; Komisyon çalışmasında kapıdan girerken sahip olduğumuz bir fikri, çıkarken değiştirdiğimiz, ikna olduğumuzu, farklı şekilde değerlendirmek gerektiğine inandığımızı gördüm. O yüzden, bundan sonra da çalışmalarımızı sürdürürken, bütün eleştirilerin bizim için son derece önemli olduğunu ve hepsini de bu gözle, bu düşünceyle değerlendireceğimizi ifade etmek istiyorum.

Tabii ki bu bir Komisyon çalışması. Bu çalışmada bazılarımızın düşünmediği düzenlemeler yer aldı. Benim de bu şekilde istemediğim, düşünmediğim, arzu etmediğim, yakınlık duymadığım bazı düşünceler, bazı düzenlemeler yer aldı. Ama artık bu bizim Tasarımız, bu bizim Komisyon'un hazırladığı bir Tasarı. O yüzden, ben 1. maddesinden son maddesine kadar, bir Komisyon üyesi olarak, bu çalışmanın bir komisyon çalışması olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum ve öyle inanıyorum.

Biz, eleştirilerimizi komisyon çalışması sırasında yaptık ve hangi maddeleri, ne yönde değiştirmek istediğimiz de hepsi banda kaydedildi. Yaklaşık 5 bin sayfa kadar bant kaydı var. Umarım Bakanlık bunu en kısa zamanda yayınlar ve belki de bu yayın, ileriki yıllardaki çalışmalarda, eleştirilerde de belki değerlendirilebilir. O yüzden, kimin, ne söylediğini açıkça biliyoruz.

Bunu neden yaptık? Bir Hocamızı hatırlıyorum -isim vermeyeyim izin verirseniz- yine benim yedi yıl önce, buraya geldiğim yıllarda bir komisyon çalışması sırasında bir tartışma yaşanıyordu. Komisyon Başkanı dedi ki: "*Hocam, ben bu eleştirilerdeki gibi sizin bu düzenlemenize katılmamıştım*". Kendisi: "*İspat et*" dedi. O sırada Bakanlık mensupları böyle beyaz kâğıtlara tetkik hâkimleri, not düşüyordu, kim ne söylemiş: Ama o hızlı konuşma içinde ne kadar doğru not edilebilirse, o kadar idi. O arkadaşımız da dedi ki: "*Hocam tutanakları çıkarsın lütfen hâkim arkadaşlarımız.*" Hoca dedi ki: "*Çıkarın*" tetkik hâkimi başkana dedi ki: "*Hocam, sizin emriniz üzerine biz onları yok ettik*". Hoca:

“O zaman ispat edemezsen konuşma bir daha. Mademki farklı görüştesin, artık bizim görüşümüzde olduğunu düşünüyorum” dedi. Bu tabii ki doğru, bilimsel bir çalışma tarzı değildi.

O yüzden, biz tıpkı Ticaret Kanunu Komisyonu’nun yaptığı gibi, başlangıçtan itibaren tüm çalışmalarını mikrofona, isimlerimizi söyleyerek, ondan sonra açıkladık. Hâтта size hoş bir şey söyleyeyim: Çalışmalarımız bitti, artık kayıt tutulmuyor, sadece imlâ ile ilgili çalışmalar yapıyoruz. Ama o salona girdiğimiz zaman hepimiz, elimizde sanki mikrofon varmışçasına, Hakan Pekcanıtez dedikten sonra, konuşmaya başlar hâle geldik. İki buçuk yıl sonra kim söz alsa, işte Erdal Tercan deyip ondan sonra konuşmaya başlıyordu, Muhammet Özekes diye... Kendimizi bir süre bundan da kurtaramadık. Belki eve bile gittiğimizde hani konuşurken, Hakan Pekcanıtez deyip bu şekilde konuşmak alışkanlığı... Çünkü, bazen burada dört gün boyunca, hâтта geceleri de dahil olmak üzere çalıştık. “Pijama Partisi” dedik buna, gece de çalıştık. Hele yaz tatillerinde Antalya’daki kampta beş gün, bazen de on günlük sürelerle çalışma fırsatı bulabildik. Gerçekten çok fedakârca çalışıldı. Yaz olsun, kış olsun pek çok kişi kendi işinden, ailesine ayırması gereken zamandan ayırarak buraya geldi. Ben çok şanslı bir Komisyon Başkanı’yım. Zannediyorum bir başka komisyon da böyle çalışmadı. Bu kadar uyumlu, bu kadar güzel, bu kadar anlayışlı, bu kadar fedakâr çalıştığı için tüm Komisyon arkadaşlarıma teşekkür ediyorum. Aslında, ne kadar teşekkür etsem az olduğunu biliyorum; ama yapabileceğim sadece bu.

Hiçbir komisyon başladığı sayıyla çalışmasını tamamlamamıştı. Ama biz başladığımız sayıyla çalışmamızı tamamlayabildik ve en önemlisi de, hatırlarsanız, Birinci Medenî Usûl Hukukçuları Toplantısı’nda medenî hukukçuları epeyce eleştirmiştik, sebebi de, bizi bu komisyona davet etmedikleri içindi ve bu yüzden de Medenî Kanun’daki bazı hükümlerin kendimizce çok isabetli olmadığını söyledik. İşte bu hatayı yapmamak için, Komisyonumuza medenî hukuk, ticaret hukuku ve devletler özel hukuku alanından arkadaşlarımızı da davet ettik, onların da, maddî hukukçuların da mutlaka görüşünü

aldık ve diğer komisyonlarla da zaman zaman birlikte çalışmaya gayret ettik.

Bugüne kadar bizim dışımızdaki eleştirileri merak ettim, Bakanlıktan kimlerin yazılı olarak eleştiri gönderdiklerini. Maalesef barolardan -İstanbul Barosu dışında- hiçbir eleştiri gelmediğini gördüm. Yine, üniversitelerden çok fazla eleştiri, hâтта hiç eleştiri gelmediğini gördüm. Aslında, önümüzde tabî ki zamanımız var, bu eleştiriler bize mutlaka ışık tutacak. Bir "ve" bağlacının bile, bir virgölün bile bu Tasarı'da bize yardım edildiği takdirde, düzelebilmesi ve doğru şekilde bir yasa hâline gelebilmesi açısından bu çok önemli. Ben, kesinlikle eleştirilere cevap vermek niyetinde değilim. Tam tersine, başta da söylediğim gibi, eleştirileri tekrardan kendi içimizde değerlendireceğiz. Cevap veremem; çünkü, ben Komisyon adına konuşabilme imkânına sahip değilim. Bu eleştirilerden sonra nasıl bir sonuca varabileceğimizi de kestiremiyorum, bilemiyorum. Bu yüzden, bundan sonra izin verirseniz, Hakan Pekcanitez olarak sadece birkaç noktayı değerlendirmek istiyorum.

Şimdi, Bilge Hocam, dün konuşmasında kan grubunun tespitiyle ilgili bir eleştiri getirdi. Hâтта Ömer üstadımız da biraz önce buna yönelik bir soru getirdi. Şimdi, sizin de ifade ettiğiniz gibi, Medenî Kanun'un 284. maddesinde bana göre komik bir düzenleme var. Neden? Diyor ki bu düzenlemede: Hâkim, kan vermek istemeyen erkeğin baba olduğuna hükmedebilir... Şimdi, itiraf edeyim, ben kan vermektan korkuyorum, hayatımda bir kere kan verdim, o da askerlikte. Kan grubumu bile bilmiyorum. Kan vermemek için ehliyet de almadım ben. Şu anda bir ehliyetim var ama, bir ara kan grubunu bilmeden dahi ehliyet alabilme imkânı vardı. Benim ehliyetimde kan grubum yok. Şimdi birisi bana dava açsa, Bilge Hocamın belki örnek verdiği profesör ben olabilirim. Ben değildim ama!..

Bir Katılımcı: O profesör emekliydi.

Oturum Başkanı: Çok şükür, o yönden farklı olduğumuz ortada.

TARTIŞMALAR
VE
GENEL
DEĞERLENDİRME

Şimdi, Medenî Kanun'a göre hâkim benim baba olduğuma hükmedebilecek. Nitekim basın yazdı, hâkim demiş ki: "*Kan vermiyorsan bu çocuğun babası da sensin*", Yargıtay bozdu sonra bunu, "*Olmaz öyle şey*" dedi. Peki, o zaman niye böyle bir düzenleme getiriyoruz? Bunun ciddî olması gerekir. Madem ki kamu düzenini ilgilendiriyor nesep ile ilgili davalar... Bakın, Almanya'da bile nesep konusunda son derece ürkek bir ülkede dahi, kan vermek mecburiyeti var. Almanların 372/a maddesi bizim Tasarı'ya aldığımız maddenin ta kendisidir. Benim gibi korkaklar için gerekli tıbbî önlemler alınmak suretiyle, ona hiçbir şekilde zarar vermeyecek şekilde gereken önlemler alınarak o kişi kan vermek mecburiyetinde. İster karga tulumba götürülsün, ister başka türlü; ama kan vermek zorunda. Ha, şunu söyleyeyim: Sadece kan değil, sıvı örnekleri de olabilir. Biliyorsunuz, artık DNA testi için mutlaka kan ve kan örnekleri de gerekmiyor. Bir tükürük yeterli, bir deri parçası dahi yeterli. Ama bunu vermek zorunda.

Görev belgesi ve ön inceleme konusunda söylenenler ve hâтта kırılma noktası dediğiniz son derece nazik bir durum olduğunu ifade etmek için kullandığımız bu terim, gerçekte yasanın başarısı, uygulanmasına bağlı. Biz, belki de 100 kiloluk bir atlete, sadece hızlı koşabilmesi için ayakkabılarını değiştiriyoruz, bunun dışında yapabildiğimiz herhangi bir şey yok. Yani, hiçbir zaman için yeni bir "*Usûl Kanunu*"ndan sonra mükemmel bir yargı sistemini zaten hiçbirimiz düşünmüyoruz. İşte Ejder Hocam söyledi, hepimizin paylaştığı bir fikir. O yüzden, ön incelemeyi gerçekten Komisyon inanarak getirdi. Başta da söylediğim gibi, 1990'lı yıllarda yapılan değişikliklerde, İtalyan hukukunda, Finlandiya hukukunda, Japon hukukunda hep bu müessesenin, yani ön incelemenin getirildiğini gördük. Bizim istinaf sistemimizde de bu var. Milletlerarası Tahkim'de de var. Aslında buna engel de yok. Baki Hocamız senelerdir, tahkikatın başında hâkimin böyle bir şekilde çalışması gerektiğini söylüyor. Ama biz bunu zorunlu hâle getirmek istedik. Tabii ki zorunluluğu biraz daha belki bir müeyyide ile ilgilendirebilirsek başarılı olabiliriz.

"Bu konuda geçersiz bir tahkim şartını içeren sözleşme söz konusu ise, buna rağmen hakemler karar verebilecek mi" dedi Bilge Hocam. Bu konuda özellikle milletlerarası tahkimle ilgili gelişmede, bir kere Model Kanun'da hakemlerin kendi yetkisi konusunda karar vermesi ve hakem sözleşmesinin esas sözleşmeden ayrılabilirliği kabul edildi. Bu yüzden biz de bu konuda, eğer sözleşme geçerli olsa dahi, tıpkı Model Kanun'daki gibi, tahkim şartının sözleşmenin geçersizliğinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini, yani hakemlerin tahkim şartı eğer geçerli ise, o sözleşmenin geçerli olup olmayacağını değerlendirebileceğini kabul ettik. Bu, tahkim konusundaki genel kabul edilen bir sonuç, Model Kanun'un kabul ettiği bir sonuç. Neden bu sonuca varıldı? Çünkü, aksi takdirde tarafların tahkim yargılaması başlaması üzerine yaptıkları yegâne şey, hemen işin başında sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek ve bununla işi mahkemeye götürmek ve mahkemede de sözleşmenin geçerliliği, geçersizliği konusunda bir karar verilinceye kadar kötü niyetle zaman kazanmayı düşünmelidir. Bütün bu uygulamalardan sonra bu hâle geldi, bu hâle gelindi. Yani, artık hakemlerin pekalâ bu değerlendirmeleri yapabilmeleri.

Ha, bu arada hakemler yanlış bir değerlendirme yapmış ise, o zaman bizim Taslağımızın 417 ve 443. maddesindeki gibi birlikte değerlendirerek eğer gerçekte geçersiz bir tahkim sözleşmesine dayanmış ise, bunun tahkim itirazında ya da iptal davasında esas alınması gerekir diye düşünüyorum.

İkincisi, maddî hukuka ilişkin tarafların uyuşmazlığın çözümünü kararlaştırmaları hâlinde ve hakemlerin de uyuşmazlığı çözmelerinden sonra, iptal davasının maddî hukuk bakımından değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, yani bizim Yargıtay'ın çok eleştirilen İçtihadı Birleştirme Kararı'yla ilgili çünkü Hocalarımın görüşlerine katılmadığımı, yani içtihadı Birleştirme Kararı'nı doğru bulmadığımı ifade etmek istiyorum. Çünkü, gerçekte tahkim kültürünün olmadığı ülkelerde tahkime karşı çok büyük bir çekingenlik var. Hakemlerin âdeta taraf tutan ve kolaylıkla tarafların etkisinde kalan, yalan

yanlış kararlar veren, saçma sapan hukukun dışına çıkabilen kişiler olması yönünde düşünceler var. Ancak, bence İçtihadı Birleştirme Kararı yönünde düzenleme yapacak olursak, tahkimi 1920'li yılların bile gerisine götürürüz. Bakın, 1927 yılında kabul ettiğimiz Kanun'da dahi böyle bir şey temyiz sebebi sayılmamış. Biz 1927 yılında kabul etmediğimiz, ama İçtihadı Birleştirme Kararı'yla kabul ettiğimiz bir konuda böyle bir düşünceye sahip olursak, tahkimi geri götürmüş oluruz. O zaman tahkimi tamamen yasaklayalım, geriye bir şey kalmaz!.. Ve diğer ülke hukuklarında da durumun bu olduğunu düşünüyorum. Zaten bizim Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da maddî hukuk bakımından iptal davası açısından bir değerlendirme söz konusu değil.

Kanun yolları ve istinaf konusuna, açıkçası tekrardan ele almadığımızı ifade etmek istiyorum. Çünkü bu Yasa, eğer istinaf mahkemeleri göreve başlayacak olursa, çok yeni bir Yasa, henüz uygulaması olmayan bir Yasa olduğu için çok bariz bir hatası var ise ancak düzeltmeyi genel olarak kabul ettim ve bu amaçla, sadece Anayasa Mahkemesi'nin o kamu kuruluşları hakkındaki otuz günlük süreyi iptal etmesi nedeniyle mevcut kanundaki otuz günlük süreyi kaldırdık. Bunun dışında istinafla ilgili ve istinafa bağlı olarak temyizle getirilen hükümleri hiç değerlendirmedik. Ama bu konuda önemli görülen bir hata, bir eksiklik varsa, tabii ki bunları, bu eleştirilerden sonra değerlendirebiliriz.

Bilirkişilik, belki de en çok tartıştığımız kurumlardan bir tanesi oldu. Şimdi, buradaki örneklerden de şunu gördüm: Üç tane görüşün olduğunu söyleyebilirim. Birincisi, bırakın uygulama nasıl isterse çözüm bulsun. İsterse dosyayı tamamen göndersin. O hukukçu bilirkişi dosyayı bir hâkim gibi âdeta değerlendirsin, uygulama bu şekilde devam etsin.

İkincisi, hukukî konularda bilirkişilik yapılmamasın, katiyen yapılmamasın, en ufak bir şekilde yapılmamasın.

Üçüncü görüş ise, yapılsın, ancak gerçekten uzmanlık isteyen bir konu ise yapılabilsin.

Biz bu konuda çok tartıştık, sonunda şöyle bir kanaate vardık: Zaten uygulamada Kanun'un açıkça yasaklamasına rağmen, yapılıyor. Hem de, bakın dikkatinizi çekmek istiyorum, hiçbir Kanun maddesi gösteremezsiniz ki, aynı şeyi art arda iki kez tekrar ve yasaklasın. Bizim 275. maddemiz aynı şeyi iki kere söylüyor, iki kere yasaklamaya çalışıyor. Diyor ki: *"Sadece özel ve teknik konularda bilirkişilik yapılır."* Buradan, mefhumu muhalifinden zaten hukukî konularda yapılamayacağı belli. Hızını alamıyor, diyor ki: *"Hukukî konularda bilirkişilik yapılmaz."* Hâтта bir Tasarı'da şöyle bir cümle daha ilave edilmişti: *"Buna rağmen yaparsa taraf da parasını vermez."* Evet!.. O zaman, bu sefer hâkimle taraf arasında bir tartışma yaşanacak. Ver parasını... Vermiyorum. Neden vermiyorsun? Hukukî.. Haydi canım, vermen gerekir, ben de senin aleyhine karar veriyorum gibi...

Şimdi, bütün bunlar dikkat ederseniz, uygulamanın uzun süredir bilirkişilik konusunda bir hassasiyeti üzerine kurulu-yor. Yargıtay'ın çok da güzel kararları var. Bir kararı sayesinde ben 1990 yılından beri bilirkişilik yapmıyorum. Nasıl yapmıyorum? Yargıtay kararında diyor ki: *"Hukukî konularda bilirkişilik yapılması Anayasa'ya aykırıdır. Neden? Çünkü, Anayasa'nın 141. maddesinde, yargının hızlı, basit ve çabuk yürütülmesi lâzım. Eğer hukukî konularda bilirkişilik yapılması söz konusu olursa yargı gereksiz yere uzar, gereksiz yere masraf yapılmış olur. Bu yüzden hukukî konularda bilirkişilik yapılamaz."* Ama gerçekler bunun aksini söylüyor.

Şimdi, herhâlde telif edici bir görüş olarak, burada hemen hemen, en azından %90'ımız, şu fikre yatkın olabilir: Hukukî konularda bilirkişilik yapılmam, ancak gerçekten uzmanlık isteyen bir hukukî konu ise bırakalım, bunun bir mahzuru yok. Tam tersine, doğru karar verilebilmesi için hâkimin belki daha doğruyu görebilmesi için bu mümkün olabilmeli. Ama, bu öyle bir husus ki, zaten alabildiğince rahat bir şekilde hukukî konularda bilirkişilik yapıldığı için, bir de böyle iğne deliği gibi bir boşluk bırakacak olursak... Süha arkadaşımız diyor ki: *"Dışarıda baraj birikmiş, böyle bir delik, bütün o deliğin patlamasına"*

ve olduğu gibi hukukî konularda daha da rahat bir bilirkişilik yapılmasına sebebiyet vermiş oluruz.” İşte, tereddüt bu. Bu sebeple böyle bir düzenleme yapılması arzu edildi.

Avukatla temsil zorunluluğu hakkında tereddütlerimiz vardı. Bu tereddütlerimiz ortadan kalkmadı, hâla var. Özellikle bu yaz başından itibaren yaşanan, yani Ceza Muhakemesi Kanunu uygulamasıyla ilgili avukatların zorunlu müdafî olmasından ötürü, zorunlu avukatlık yapmasından ötürü gereken ücretlerini alamaması ve bunun ciddi bir barolarla problem hâline gelmesi hepimizi... Biz zaten ceza konusunda bunu devlet çözemez iken, bir de hukuk konusunda bunu getirirsek nasıl altından kalkabilir?..

Bir diğer husus, hukuk sigortaları konusunda çok geriyiz. Avukatların kendi mesleki sigortaları da yok. Böyle bir durum, acaba hani kaş yaparken göz çıkarmak gibi bir sonucu doğurabilir mi? Bu konuda gerçekten endişeliyiz.

Şunu da tartıştık: Acaba, sadece Yargıtay’dan itibaren bunu değerlendirebilir miyiz?.. Ama haklı olarak eleştirildi, aynı şeyi -dikkat ettim, okudum- Kore’de de teklif etmişler. Kore, zannediyorum 1990’lı yıllardan itibaren avukatla temsil zorunluluğunu kabul etti. Deniliyor ki: “Aslında her şey ilk derece mahkemesinde bitiyor, oraya malzemeler doğru getirilmezse, tam getirilmezse, yeteri kadar ispat faaliyeti yerine getirilmezse ne işe yarayacak sadece temyiz aşamasında ya da Yargıtay aşamasında zorunlu müdafî ya da zorunlu avukatlık?” Bu yüzden bunun tam olması, ilk dereceden itibaren avukatla temsil zorunluluğunun uygulanması gerektiğini biz de değerlendirdik. 50 bin lira dedik, açık söyleyeyim, Ejder Hocam çok güzel bir şey söyledi, istatistikler olmaksızın çalıştık, itiraf edeyim. El yordamıyla çalıştık, tecrübelerle çalıştık, anekdotlarla çalıştık; “hiç unutmam, ben bir gün” diye başlayan anekdotlarla bazen değerlendirdik. Bunu çekinmeden itiraf etmek istiyorum. Yok çünkü.

Şimdi, nereden çıkardınız 50 bin lirayı diyeceksiniz. Baki Hocam, “50 bin lira artırılsın” dedi. Yeni Türk Lirası olarak değerlendirmede diye düşünüyorum. Bu Yeni Türk Lirası, yani

50 milyar lira. Haklı olarak deniliyor ki: "50 milyar lira alacağı olan zaten avukata para öder. Önemli olan, parası olmayan, 10 lirası olana da bu hizmeti sunabilmek." Ama o zaman nereye kadar bunu getireceğiz? Bunu çok ciddi olarak değerlendireceğiz, tartışacağız ve adli yardım konusunda gerçekten güvenilebileceğimiz bir sistem söz konusu olabilirse, bu mümkün olabilecektir.

Senetle ispatı çok tartıştık. Aslında ideal olarak çok da güzel, serbest delil sistemini benimseyebilmek. Ama, bir şeyi tespit ettik: Tesadüf müdür bilemiyorum, Akdeniz'e komşu olan ülkelere baktık, İspanya...

... konuda Alman hukukundan ayrılıyor, onlar da senetle ispatı benimsiyorlar. Bu biraz doğru söyleme alışkanlığıyla ilgili. Hani, Karıun'a koyduğumuz dürüstlük ve doğruyu söyleme. Tabii bütün bunların yanında hâkimin yeteri kadar vaktinin olabilmesi, değerlendirme yapabilmesi. Biraz önce Kamil Bey dedi ki: Sözlü yargılamanın gerçekte daha geniş olarak yapılabilmesi. Tabii ki, ideal olan yargılama bu. O sözlü yargılamayı iki saat, üç saat yapabildiğiniz zaman delili de değerlendirebilirsiniz. Ama beşer dakikalık, onar dakikalık, hatta Ejder Hocamın söylediği gibi, içeri girerken dışarı çıkılan şekilde bir duruşma, bu delillerin serbest delil şeklinde değerlendirilmesini ve uygulamada sonuçlar bakımından bizim tereddüt ve tedirginlik duymamızı sağladı, buna sebep oldu ve bu nedenle de genel olarak böyle bir serbest delil sistemi yerine, 150 yıldır ülkemizde uygulanan, dikkat edin, bu 80 yıllık bir uygulama değil, bunun bir 70 yıl öncesi var, Osmanlı döneminde o biraz önce yine Ejder Hocamın söylediği, yalancı şahit kahvelerinin ya da semtlerinin ya da bölgelerinin oluşmasından ötürü toplumun çok büyük zarar görmesinden sonra senetle ispat zorunluluğu getiriliyor. Ama, dediğim gibi, bizim hiçbir tabumuz yok, değişmez diyebileceğimiz hiçbir kuralımız yok. "Bu Tasarı'nın noktasına bile dokundurmuyoruz" demek gibi, kendimizi komik duruma sokabilecek bir düşüncemiz yok. Çünkü, bu tür şeyleri duyduğum için bunu biraz da abartarak söylemek istiyorum. Her şeyi, ama her şeyi tekrardan gözden

geçirmek ve değerlendirme konusunda Komisyon'un fikrini size ifade etmek istiyorum ve bu düşünceyle çalışmalarımızı bundan sonra sürdüreceğimizi söylemek istiyorum.

Bu konuda izin verirsiniz, yine öncelikle Komisyonumuzdaki arkadaşlarımızın eğer açıklamaları varsa, onlara söz vereceğim, ondan sonra da eğer vaktimiz kalırsa tartışmayı sürdürebiliriz. Ama her hâlükarda 16.30'da bitirmek zorundayız.

Ben, sırayla söz vermek istiyorum. Herkese 10'ar dakika süre veriyoruz.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Teşekkür ederim.

Öncelikle ben de söze, değerli Hocalarıma ve konuşmacılara, gerek tebliğ bazında gerekse eleştiri ve değerlendirme bağlamında sağlamış oldukları katkılar için teşekkür ediyorum.

Bu toplantının diğerlerinden farklı olarak sevindirici olan diğer bir boyutu da, usûl hukukunun duayeni olarak nitelenebilecek bizden önceki, hâtta bizden iki kuşak önceki Hocalarımızın da buraya gelip tebliğ sunmak suretiyle katkı sağlamış olmalarıdır. Bu çalışmada bunu başarabilmiştir, birçok kişi eleştirme ve değerlendirmelerde bulunmak suretiyle çalışmanın hamlıktan kurtarılıp gereken olgunluğa eriştikten sonra sevk edilmesini sağlamış olacak.

Öncelikle ben istifham uyandıran yahut tereddütlere neden olabilen bazı konularda açıklamalarda bulunmak istiyorum. Hakikaten Komisyon tartışmaları sırasında bazen çok yoğun, şiddetli, hararetli tartışmalar da olmuştur. Amaç, ortak bir akılla doğruya ulaşmak. Öncelikle bu bağlamda birinci olarak, görev konusuna temas etmek istiyorum; Hakan Hocam onu atladi.

Sulh-asliye ayrımı kaldırılсын mı kaldırılmasın mı tartışması uzun uzadıya yapılmıştır. Sulh-asliye ayrımının muhafaza edilmesi gerektiği yönünde çoğunluk görüşü tezahür ettiği için bu ayrıma bağlı olarak şekillendirme yapılmıştır. Birinci olarak

burada dikkat çekilmesi gereken nokta -Ejder Hocam da işaret etti, Ramazan Hocam da vurgu yaptı- sulh-asliye ayrımının muhafaza edilmesinin tarihsel nedenleri vardır. Sulh mahkemelerinin asli işlevi, yargılama yapmak değildir, yargılama yapıp hüküm vermek değildir. Asıl olan, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sulhen sona erdirebilmektir. Buna karşılık, asliye mahkemelerinin, adından da anlaşılacağı üzere, asıl görevli olan mahkeme, yani yargılama yapıp hüküm vermek üzere oluşturulmuş bulunan yargı yeri olmasıdır. Biz, sulh-asliye ayrımını zaman içerisinde sağlıklı bir biçimde çalışmasını başaramadığımız için, özellikle basit yargılama usûlünü yazılı yargılama usûlüne yaklaştırdığımız için bu ayrım işlemez hâle gelmiştir. Sistemin sağlıklı şekilde işletilmesinin başarılabilmesi, sistemin tasfiye edilmesi için bir gerekçe oluşturamaz.

Öbür taraftan, bu ayrım aynı zamanda Kanun'un omurgasını teşkil eden bir ayrımdır. Yargılama usûlleri ikiye indirildiğine göre, basit yargılama usûlü biraz daha olgunlaştırılacak olursa -buradaki eleştiriler de bunu ortaya koyuyor- asliye mahkemeleri de gerçek anlamda yazılı yargılama usûlüne göre çalıştırılacak olursa, bu ayrımdan rasyonel biçimde yararlanmak mümkün olur.

Yine, kanun yollarına başvuru bağlamında, özellikle istinaf ve temyize müracaat bağlamında bu ayrımın korunmasının yararı olacağı düşüncesi hâkim olmuştur.

Diğer taraftan, denildi ki: "*Görev konusu vatandaşı ilgilendirmemeli.*" Belki vatandaş boyutunda bakıldığında haklı görülebilir. Aynı şeyi yetki için de söyleyebiliriz; yetki de vatandaş ilgilendirmemeli, önemli olan onun sorununun çözülmesidir. Ama hem görev hem yetki konusu, yargı erkinin doğrudan doğruya işleyişiyle ilgili konulardır. Bu alanların kamu düzeninden olması ve dava şartı sayılmasının temelinde yatan gerekçeler de bunlardır. Tarafın tasarruf alanı dışına çıkarma düşüncesi. Ee, kamu düzeninden sayılma ve dava şartı niteliği atfettikten sonra görev sözleşmesi yapılmasına olanak verilmez. Eğer görev sözleşmesi yapılmasına olanak verilirse, mahkemelerin görevi kanunla belirlenir şeklinde hem Anayasa'da

hem Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde ifade edilen kuralla çelişen bir durum ortaya çıkabilir.

Diğer taraftan, burada 7. maddenin üçüncü fıkrası konusunda hemen hemen her Hocam görüş dile getirdi. İşte, sulh mahkemesinde görülmesi gereken bir dava asliyede görülmüş ve karara bağlanmışsa artık bu husus bozma nedeni olmasın diye.

469 sayılı Kanun'un benimsediği modelde asliye mahkemeleri toplu mahkemelerdir. Yani, tahkikat hâkimi, tahkikat başkanından, mahkeme başkanına, reisten söz eden cümlelere baktığımızda bunu söylemek mümkündür. Yeni yapılanmadan sonra, yani 469 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra tek hâkimli mahkeme hâline gelmiş, asliye ticaret mahkemeleri sadece toplu mahkeme biçiminde müracaat edilmiştir.

7. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen düzenlemenin amacı, tek hâkimli asliye toplu mahkeme, Kanun'un öngördüğü ideal model. Gerçi biz geçici maddeyle tüm asliye mahkemelerini tek hâkimli hâle getirdik ve uzun yıllar da yapılanmamız o şekilde devam etti. Nasıl geçici madde ise, uzun yıllar, yaklaşık 70-80 yıl uygulana da gelmiştir. Temel espri buydu. Dolayısıyla her ikisi de tek hâkimli mahkeme hâline geldiğine göre, burada da artık bu ayrılaşmaya, görevin gereklerine bağlı kalınması gerekir düşüncesindeyim.

Yine bu bağlamda, dava çeşitleriyle ilgili düzenlemeye yer eleştiriler getirildi, bunların tanımlanmasına ihtiyaç olmadığı yönünde görüşler de serdedildi. Bir kere, özellikle kısmî dava ve tespit davaları konusunda ciddi tereddütler vardı. Bir dava tipolojisini benimsediğiniz takdirde, bu yapılanmayı da beraberinde getirme ihtiyacı doğdu. Özellikle kısmî davada mahfuziyet kaydına yer vermemenin yaptırımının ne olacağı konusunda tartışmalar vardı. O tartışmaların bir nebze önüne geçilmek istenmiştir.

Yine, "Grup Davası" dediğimiz dava, adına... Grup davası tabii belki çok kavramsal olarak çok hoş bir terim de değil,

grup sözcüğü, belki yerine başka kavramlar da bulunabilir. Ama, genellikle böyle ifade ediliyor: Sınıf davası yahut birlik davası yahut dernek davası –bazılarının söylediği gibi– Dernek davası da, sanki dernekçileri koruyan bir davaymış... “Birlik davası” diyen de var veya “Toplu dava” diyen de var. Dernek tabiri çok hoş karşılanır bir tabir gibi de gelmiyor. Gerçi modele belki işaret etmek açısından ihtiyaç duyulabilir. Çünkü tazminat talepleri kapsam dışı kaldığı için bu ifadeye vurgu yapılabilir. Bunun olmadığı, gerekçede buna yer verilmediği gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’la zaten bu dava tipi mevzuatımıza girmiş durumdadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da bunun uygulamaları var. Genel bir düzenleme getirmek suretiyle bunun yaygınlaştırılması hedeflenmiştir.

Yine, bir başka eleştiri, dava şartlarının tanımına da belki burada yer verilse uygun olurdu. Dava şartları bilindiği için, aslında belki doğrudan doğruya bir tanımlama yok ama, bir sonraki maddede dava şartlarının incelenmesinde aslında dava şartlarının özelliklerine de vurgu var. “Hakim tarafından yargılanmanın her aşamasında resen nazara alınır, taraflarca her zaman ileri sürülebilir” şeklinde.

Derli toplu, zaten yapılan sayıma genel dava şartlarına ilişkin bir saymadır. Özel dava şartları bağlamında mahfuziyet olmuştur.

Bunun şu yararı var: Her seferinde dava şartı kapsamında mütalaa edilecek durumlar bağlamında bunlara vurgu yapılmasının da böylelikle önüne geçilmiş, yasama tekniği açısından da bir kolaylık sağlanmış. Yine derdestlik bu bağlamda dava şartı hâline getirilmiş durumdadır.

Sorumlulukla ilgili, belki başka bir arkadaşım çalışma konusu itibari olması nedeniyle söz alacaktır ama, şuna vurgu yapmak istiyorum: Hâkimlerin sorumluluğuyla ilgili hükümler konusunda bazı tereddütler oldu. Eski sisteme dönülmesinin daha yararlı olacağı, 570 ve devamındaki hükümlerin... Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrası ve 40. madde-

sindeki düzenleme karşısında Anayasa kuralları resmî-özel, gerçek-tüzel kişi kurum ve kuruluşları 11. madde uyarınca bağladığına göre, buna kayıtsız kalınması düşünülemez de. Aslında hâkimler bir anlamda da daha rahat hâle getirilmiştir. Sorumluluk davasının birinci derecede süjesi, devlet olması sağlanmıştır. Zaten orada sorumluluk davasının nedenlerine baktığımızda da, büyük ölçüde 573'teki kuralın sorumluluk davası bağlamında, sebepler bağlamında tekrarlandığını görüyoruz. Burada idarî güvence ilkesine ağırlık vermiştir.

Kaldı ki, zaten bizde sorumluluk davası kurumu işlemiyor. Hâkimler hakkında ben bugüne kadar, özellikle yüksek yargı organları mensupları hakkında hiç açıldığını görmedim. Yargıtay'ın meşhur o oluşturmuş olduğu zırhtan sonra görev suçundan ötürü ancak Yüce Divan'da mahkûmiyet kararına bağlamış olmasından ötürü açılması mümkün değil. Öbür taraftan da, zaten sorumluluk davasına avukatlar pek tevessül etmemektedir. Açma ihtiyacı duyduklarında da dilekçeyi kendileri yazıp, müvekkillerine açtırmaktadır. Çünkü aynı hâkimlerle doğal olarak başka işler sebebiyle muhatap olacaklardır. Bu da meslekî gelecekleri açısından -özellikle- çok sağlıklı olmayan sonuçların doğumuna yol açabilir.

Tabii, çok sayıda konu var. Yine, bilirkişilik konusuna temas etmek istiyorum. Hakan Hocam girdi. Tabii, bir ülkenin sosyal gerçekliği var; özellikle. Bir de mevzuat var. Anayasa'nın 138. maddesinde, hukuka göre karar verme ödevi hâkime verilmiştir.

Yine, 76. maddemiz onun paraleli Tasarı'da da mevcuttur. Hâkim, Türk kanunlarını re'sen uygular... Yahut hâkim hukuku bilir kuralı... Bunlar fiksiyon da olsa bir hukuk ilkesidir, yazılı hukuk kuralı hâline gelmiştir.

Yine, "*hâkim, Türk kanunları ... ihtilafî kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular*" diyor. Bir teorik çerçeve var. Buna uygun yapılanmayı oluşturmak zorundasınız. Bir de, ülkenin sosyal gerçekliği var. 175 de aslında bu ilkelerin tekrarıdır. Buna rağmen, demin Ejder Hocam da işaret etti,

hâkimler o kadar çok iş yükü altındaki ki, dosyayı ister istemez bilirkişiye havale etmek suretiyle, bir anlamda topu taca atmak suretiyle geçici de olsa kurtulma gayreti içerisine girebilmektedirler. Yani, bu konu en çok yakınılan konulardan birisi. Belki heyetin yarım gün, hâтта yarım günü de aşacak şekilde tartıştığı konulardan birisi. Bilirkişilik kurumu yozlaşmıştır, kötüye kullanılmaktadır, amaç dışı kullanılmaktadır. Herkes bunu dillendiriyor. Sorun, kronik hâle gelmiştir, kanserleşmiştir, kanser hücrelerini ne yapmak lâzım? Cerrahi müdahaleyle etrafını da temizleyecek şekilde bünye dışına atmak lâzım. Başka? Yani, sosyal gerçeklikle yasalar arasında bir sıkışma, Anayasa kuralları arasında sıkışma var.

Ben şuna benzetiyorum –demin Hakan Hocam da söyledi- Koroğlu hikâyesinde yarış atlarını biliyorsunuz özellikle ışıkla temas etmemesi için iğne ipliği kadar bile ışık sızmasına özen gösterilir, atın tav olması bakımından. Burada şimdi, tabii diğer taraftan çok özel bilgiyi gerektiren konularda, belki bu yolun aralanması ihtiyacı doğar. Hâkim Bankacılık Kanunu veya Fikrî ve Sinaî Haklar hukukuyla ilgili düzenlemeler konusunda, evet bir varsayım var, hukukî konularda en yetkin bilirkişi hâkimin kendisidir ama, böyle bir açmaz da var. Amaç neden kaynaklanıyor? Bu tür tartışmaların yapılmasının temeli nedir? Hep sosyolojiktir, insan unsurundaki bozulmadır. Biz ifratla tefrit arasında dolaşan bir toplum olmasaydık bugün bu tartışmaların yapılmasına ihtiyaç kalmayacaktı. 275 muhafaza edilmek gerekecekti. Bu hâliyle düzelecek mi?! Hayır! Çünkü yaptırım kısmını özellikle açık bıraktık. Hocam da işaret etti, eklektik bir anlayış ama, aslında eklektik bir anlayış da değil, hukukî sorunlarda şu durumda da yine bilirkişiye başvurulacaktır.

Ramazan Hocam dedi ki: “Oraya hukuk kelimesini hiç eklemeseydik” Neden? Bu sefer de şu yapılıyor: Özel bilgi kavramı içerisine –Turgut Hoca’nın, Yaşar-Karayalçın Hoca’nın, hâтта Oğuz arkadaşımın da yanılmuyorsam bir makalesi var- bu spesifik hukuk alanıyla ilgili bilgiler de ekledi... O nedenle o kapı aralanmaya çalışılıyor. Asıl sorun burada, yargılama

kültürünün oluşması ve insan sorunu. İnsan düzeldiği anda zaten bu tartışmaları yapmaya, kurumu amaç dışı kullanmaya ihtiyaç kalmayacaktır.

Hâkimler niye başvuruyor? Hâkim de o kadar çok iş yükü altında ki, dosyalara yetişemiyor, bir yardımcı araç olarak görüyor. Yani, yargının sorunları bir bütün, bileşik kaplar hikâyesi, hepsi zincirleme biçimde iç içe geçmiş durumda. Bunu çözebilirsek, bu temelindeki etkenleri, zaten bu bağlamda tartışmalar yapmaya ihtiyaç da kalmayacaktır.

Bilirkişilik kurumu, dikkat ederseniz, düzenlemeye bakarsanız, CMK ile paralel olarak disipline edilmesi için de bazı adımlar atılmıştır. Bu disipline edilme bekleneni sağlayabilir mi? Yine sorun, insan unsurunda kilitleniyor. İnsanı düzelttiğimiz zaman, yozlaşmanın önüne geçtiğimiz zaman, o çok tereddüt edilen ön incelemede diğer bütün usûl kurumları da düzelecek.

Teşekkür ediyorum, sağ olun.

Oturum Başkanı: Ben teşekkür ediyorum.

Kamil Bey, buyurun.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Değerli meslektaşlar, şu saatlerde muhtemelen bir yorgunluk da çökmüş olabilir hepimize. Bu vesileyle tabii sizlere bazı hususları da aktarmak, arz etmek istiyorum.

Öncelikle hafta içinde Profesör Saim Üstündağ ile görüşmem oldu. Kendisi Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e de daha önceden sağlık nedeniyle katılamayacağını telefonla bildirmiş. Aramızdaki konuşmada aktarmamı istediği bazı kısa notlar var, onu ben öncelikle heyete de arz etmek istiyorum.

Saim Üstündağ Hoca, hepimizin de malumu olduğu gibi, esasen insan unsurunun, Türk insanının tarzı ve çalışma üslubunun önemli olduğunu, bu mânada genel olarak Usûl Kanunu'nun, mevcut Kanun dikkatle, harfiyen uygulanırsa pek çok sorunun da aşılacağını, aşılabileceğini, Kanun değişikliğine

de gidilmesine mahal olamayacağını şifahi olarak bana söyledi. Onu iletmek istiyorum. Ama O'nun hassas olduğu noktalardan biri de, malumunuz, teksif ilkesi ve onun son beyanı bu ön incelemeyle bizim yeni hâle soktuğumuz teksif ilkesi... Çünkü biz biraz değiştirdik, muhtevasını açtık, onu değiştirdik. Bunu da tasvip etmiyorum. Yani, diyor ki: *"Benim teksif ilkem, Kanun'daki hâliyle muhafaza edilmelidir."*

Ben buradan hareketle belki şunu söyleyebilirim: Sistemi bütün olarak ele aldığımızda, bizde yazılının esas olduğunu, dosyanın giderek kabardığını ve sonunda hâkimlerimizin dosyayı bir kişiye aktarmak suretiyle bilirkişi dediğimiz kişi, ki bu kendi aramızdaki konuşmalarda ağırlıklı olarak hâkim yardımcısıdır anlayışıyla telaffuz edildi. Fakat malumlarınız, bilirkişi kurumu bazı ülkelerde taraf delili olarak kabul ediliyor. Yani, o boyutu da hatırdı tutulursa, dinleyiciler bakımından belki, yani mukayeseli hukuktaki anlamıyla bilirkişilik bazı ülkelerde taraf delili olarak değerlendirilmektedir.

Bunun ötesinde, Sayın Hakan Pekcanitez meslektaşımız, üniversitelerden de görüş geldiği noktasına bir açıklama yapmadığı için, ben Marmara Üniversitesi olarak bir görüş yazısı da yolladığımızı...

Bir Katılımcı: Siz zaten Komisyon'da görev aldığınız için onu belirtmedik...

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Orada bir nüans var. Ben hatırlatayım, çünkü bazen de dikkatten kaçabilir, bizim de bulunmadığımız bir heyet olabilir. O açıdan, kendi aramızdaki mesele ama, yani bilinmesi sizce önemli tabii. Fakültemizdeki yardımcı doçent arkadaşlarımızla bazı bölümlerinde de farklı açıklamalarla değerlendirdik. Malumlarınız zaman çok kısaydı, iki buçuk yıla yakın bir süre beraber çalıştık, heyette, fakat görüş için tanınan süre iki aydı ve bu yaz aylarıydı, üç ay. Ama ağustosun başı gibi görüşlerin gönderilmesi gerekiyordu. Yani, o kısa sürede tabii bilemiyorum meslektaşlarımızın durumunu ama, bazen güç hâle gelebiliyor. Yaz dönemi oluşu yeterli kütüphane kaynakların o dönemde el altında olmayışı, Hocaların

İstanbul ya da Ankara gibi şehirlerin dışında bulunmaları da belki de bizim için talihsiz bir dönem. Yani, Komisyon'un daha fazla veriye ulaşmasında fayda var.

Şimdi, veri deyince aslında yargılamada da bilgi akışı önemli. Yargılama, mukayeseli hukukta bugün bilgi toplamanın önemsendiği bir alan. Yargılama yapılırken bilgi alışverişini aktarılması, enformasyonun sürekli taraflar arasında gidip gelişi önemli. Yargılamada hâkimin esnek bir atmosferde çalışması önemli. Mukayeseli hukukta yargılama kalıpları daraltılmış, indirilmiş, törpülenmiştir. Yargılama arasındaki aşamalar, âdeta Alman hukukunda son reformla da yok edilmiş durumdadır. Yani, hâkim yargılama içinde bir başa gidip bir sona dönüp kendi içinde bir elastikiyetle çalışabilmektedir. Bu bakımdan, sözlü yargılama safhası da önem taşır. Alman hukukçu Prof. Strürner meslektaşımız, bir yayınında muhakemenin, yani sözlü yargılamanın taraflar arasında gerçekleşmesi şeklinde bunu ifade etmektedir. Yani, sözlü yargılamada yapılan asıl aktör durumunda olan taraflardır. Yine Gilles Hoca, yeni bir çalışmada, ... son sayısında çıkan E-Prozess "*Elektronik Yargılama*" adlı makalesinde, "*Sözlü yargılama safhasında hâkime düşen duruşmayı açmak, sürdürmek ve kapatmaktır*" diyor. Geri kalan faaliyet taraflar arasındaki bilgi aktarma, karşılıklı iddia ve savunmalarını tekrar elde edilen deliller tahkikat sonrasındaki son duruma göre etekteki taşlar dökülmüş olacak âdeta ve artık son sözlerini o arada söyleyeceklerdir. Bizdeki modelde ise, yargılamada son sözünü söyler şeklinde bir ifade yer alıyor. Bizim hazırladığımız Tasarı'da, ifade bu bakımdan biraz zayıf görünüyor bana. Ama, bu tabii arkadaşlarımızın da takdir edeceği bir husus. Heyet hâlinde çalışıyoruz. Yani, o manâda sadece son sözlerini söylemek değil, adamakıllı tarafların akla karayı birbirinden -kendilerine göre- ayırt edecekleri bir safha oluyor. En önemli safhası, sözlü yargılama oluyor. Bu bağlamda, daha önce Sayın Ejder Yılmaz'ın da sabahki oturumda ifade ettikleri, yine "*o duruşmayı ben açılmasını istiyorum*" dediler. Yani, ben de arada söz alıp size o manâda, o yönde bir şeyler hazırlamak istedim. Bu manâda onu tekrar bir cümleyle toparlayabilirsem: Yani, bizim modelimizde du-

ruşma pek o kadar öne çıkmıyor. Yazılı yargılama usûlü diye bir başlık açtık, Kanunumuzda bir bölüm "*Yazılı Yargılama Usulü*" adını taşıyor. Eskiden bunun başlığı "*Muraşın*" idi. Biz onu değiştirdik. Ve sözlü yargılamayla irtibatlı maddemiz, bizim sadece tek bir cümleden ibarettir Kanun'da. Yani, bu yeni bir modeldir, benimsenir yahut Meclis'in kararıdır yahut da heyetinizin görüşüdür. Sonunda somutlaşır kanun olur. Onu tabii sizlerle birlikte paylayacağız ileride.

İlkelerle ilgili yoğun görüşmelerimiz oldu Heyetimizde. Benim ağırlıklı olarak çalıştığım bir alan ilkelerdi. Görev dağılımında Komisyon'da ilkelerle de ağırlıklı olarak ben hazırlık yaptım. Ama hukukî dinlenme hakkı yönünden arkadaşımız Muhammet Özkes de tezi dolayısıyla yine katkıda bulundu, o maddeyi ağırlıklı olarak kendisi ele aldı.

İlkelerde doğruluk ödevi ön plana çıktı. Hocamız "*Nazi dönemini hatırlatıyor*" dediler. Doğrudur, yani hâkimin aktif kılınması 1933 yılına rastlıyor Almanya'da. Ama bundan önce Avusturya'da Franz Klayn'dan beri 1890'lardan beri Avusturya modeli hâkimi etkin kılan bir modeldir. O bakımdan, bizi rahatsız etmiyor. Yani, Nazi döneminden de kalsa hâkimin aktif olması bugün için kabul gören bir düzenlemedir. Onu bizler savunduk, Heyetimiz o yönde de hüküm hâline getirmeyi uygundu.

İspat hukukuyla ilgili temel problemimiz, belki de isticvap konusu. Onu belki Erdal Tercan arkadaşımız tezi dolayısıyla az sonra açacaktır.

Size bir soru yöneltti, yemin konusunda "*yarısı var yarısı yok, olacaksa tam olsun*" şeklinde sizin değerli görüşlerinizi biliyoruz. Fakat, belki model değiştirilirse, yemin tamamen kaldırılırsa onun yerini dolduracak olan taraf isticvabı olabilir. Taraf isticvabı, taraftan elde edilebilecek önemli bilgileri tabii bize getirecektir. Şu andaki hâliyle ikrar elde etme aracı olarak algılanıyor. Mukayeseli hukukta ise, taraf isticvabı genellikle yemin delilin yerini almış durumdadır mukayeseli hukukta.

Bu manâda, mahkeme dışı ikrarı da kaldırdık. Yani, ikrarın şu anda mahkeme içi ikrar hâli Tasarı'da mevcuttur. Bu da, tabii delillerin serbestçe değerlendirilmesinde bir materyali eksiltme anlamına geliyor. Yani, mahkeme dışıysa bu şekliyle dışarıda kalabilir.

İspat hakkı, bizim Komisyonumuzun oluşturduğu önemli yeni bir maddedir. Bugün pek gündeme gelmediği için onu bir daha Heyete sunmakta belki fayda var. Yalnız, ispat hakkı, konuyu belirlerken özellikle sınırlarıyla öne çıkıyor. Yani, haktan söz ederken, aynı zamanda aslında hemen sınırlarından bahsediyoruz. İşte orada kritik bir nokta geliyor, bizim Heyetimizce kabul edilen husus, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kesinlikle kullanulamayacağı şeklindedir.

Buna karşılık, mukayeseli hukukta Almanya'da, özellikle Avusturya'da burada bir elastikiyet tanınmaktadır. Kural, aykırı delilin getirilememesi, yasaklanmasını öngörüyor. Fakat bunu kanun koyucu daha farklı şekilde ele alıyor ve özellikle bu alana girmiyor. Bu alanı gri bir alan olarak muhafaza ediyorlar ve bunu kasten yapıyorlar. Yani, kendilerini sınırlamamak, bazı davalarda eğer sadece hukuka aykırı bir delille bu dava ispat edilebilecekse o ülkelerde buna da imkân tanıyorlar. Özellikle Almanya'da ve Hollanda gibi ülkelerde çocuk kaçırma olaylarında, özellikle de babaları tarafından Türkiye'ye kaçırılan çocuklar oluyor bunlar.

O davalarda bunları delil olarak, gizli elde edilmiş delilleri de mecburen delil olarak kabul ediyorlar. Malumunuz Hukuk Genel Kurulu'nun yegâne bir kararı, *Yargıtay Kararları Dergisi'*nde de yayımlandı, literatür yönünden zengin açıklamalar içeren benim bildiğim yegâne bir kararımız, özel defterlerin ispata yeterli olup olmayacağı konusunda elimizde... Günlük özel defter, evet, yatak altında. Yani, bu kadar sınırlı bir şeyimiz var ve Hocalarımız hakikaten rahatlıkla şeyde bulunuyorlar, sağ olsunlar, destek veriyorlar.

Bir husus da ticarî defterlerin durumu. Ticaret Kanunu Tasarısı'nda bu konu ele alınmadığı için sanıyorum belki de

bizim heyetimize düşen bir görev... Yani, şu anda açık bir ticarî defterlerle ilgili şeyimiz yok, senet tanımı dışında belge tanımı içinde ele alınabilecek bir durum.

Ben, çok kısa olarak şöyle toparlamak istiyorum: Avrupa ispat hukuku, mukayeseli hukuk bize Kanun Tasarısı'nda fevkalâde yardımcı oldu. O hazırlıklar, önceden yapılmış olan çalışmalar, literatürdeki bu birikim bizi büyük ölçüde destekledi ve daha fazla tartışmaları yapmamıza da imkân verdi. Ama varılan son nokta, şu anda yazılılık ilkesi bizde esas. Halbukî mukayeseli hukukta sözlülük ilkesi geçerlidir. Yazılılık ilkesi esas olunca, şeklî ispat rahatsız edici bir durum yaratmamaktadır. Ama sözlü yargılama yapılırsa delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi vazgeçilmez bir hâl almaktadır ve mukayeseli hukukta da maddî hakikati aramak, usûl hukukunun amacı olarak kabul edilmektedir. Hocalarımız da yine bunu tasdik ediyorlar; Ejder Yılmaz Hocamız da bunu savunmuş, diğer arkadaşlarımız da keza öyle. Yani, bu durumda yapılan yeni Kanun Tasarısı bazı yönleriyle yine desteklenmeye ihtiyaç göstermektedir.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Ben teşekkür ediyorum.

Ben hazır teşekkür etmişken, unuttuğum, ama yerine getirmem gereken bir teşekkür daha var, daha doğrusu iki teşekkür var, onları hemen söylemek istiyorum.

Birincisi, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü çalışanlarına teşekkür etmek istiyorum. Gerçekten bize buradaki çalışma ortamında çok büyük destek oldular; hem kendileri bizzat çalıştılar hem de bizim burada rahat çalışmamız için çok büyük destekle bulundular. Şu anda ben Daire Başkanı Sayın Yüksel ... biraz önce Osman Bey'i gördüm. İkisi de gerçekten Komisyon'un rahat etmesi, iyi şartlarda çalışması için ellerinden gelen tüm fedakârlığı gösterdiler. Ayrıca, bilgileriyle ... bize katkıda bulundular. Bu nedenle ben, onların şahsında Kanunlar Genel Müdürlüğü'ne teşekkür etmek istiyorum.

Bir de, herhâlde bir vefa borcumuz, biraz önce Ejder Hocam söyledi, aslında 80 yıllık bir hukuk kültüründen, birikiminden, tecrübesinden söz ediyoruz. Herhâlde bizi bugünlere getiren, yetiştiren tüm Usûl Hukuku Hocalarımıza teşekkür etmemiz bir görev olarak değerlendirilmeli.

Ben bunu ikinci, bundan sonraki toplantıda, yani sadece kendi içimizde usûl hukukçuları olarak yapacağımız toplantıda dile getirecektim ama, belki vesile oldu, şimdi söylemek istiyorum: Bundan sonra çıkaracağımız, özellikle *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Dergisi'nde* veya bizim her yıl çıkaracağımız, bu toplantıları basacağımız sayıda, en eskiden başlamak üzere Hocalarımızı tanımak ve tanıtmak ve şu anda hayatta olan Hocalarımızın da, eski Hocalarımızla ilgili anılarına yer vermek istiyorum. Meselâ, Ansay Hoca'yı ben kitaplarından tanıyorum, birkaç hikâyesini de biliyorum ama. Şu anda herhâlde Baki Hocamızdan, belki sizlerden pek çok şeyi öğrenebilme imkânı olabilecek. Bilge Hocamdan, Postacıoğlu Hocamla ilgili herhâlde öğrenebileceğimiz çok şey var. Hâtta geriye dönüp Belgesay Hocamızla ilgili olabilir. Onları da hem şükranla anmak hem de bu vesileyle kendilerini bu şekilde daha yakından tanıyabilmek için bundan sonraki sayılarımızda onlarla ilgili yer vermek düşüncesini paylaşmak istiyorum.

Bir iş mahkemesinin ve Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin kararı var hukuka aykırı delillerle ilgili. Orada "*hukuka aykırı delil kullanamazsın*" dedi. Yargıtay. O da, bir işveren çalışanınun çekmecesinden günlüğünü yine çıkarıyor ve günlükte zannediyorum işvereni öldüreceğini vesaireyi tasarladığına ilişkin günlükte notlar var ve o çalışanı da tazminatsız çıkarmak istiyor işveren. Ve bu günlüğü ele geçirdikten sonra da çıkarıyor. Yargıtay buna "*hukuka aykırı delil*" dedi, kilitli çekmecedan onun işyerini terk etmesinden sonra alıp kullandığı için. Tabii, bu hukuka aykırı delilleri zaman içinde herhâlde daha çok tartışacağız, değerlendireceğiz. Yargıtay'ın bir de öyle bir görüşü var, onu ifade etmek istedim.

Şimdi, izin verirseniz Şanal Görgün Hocama söz vermek istiyorum. Ama ona da değerlendirmesinde yine aynı süre,

eğer uygun görürse ama, değil derse tabii ki o süreyi aşabilir. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN: Usûlü bozduğum kaygısını taşıdığımı itiraf etmek istiyorum. Komisyon üyelerinin arasına girdim. Ama, Hakan Hocama da söz vermiştim değerlendirme yapacağım konusunda, onu çok kısa tutacağım.

Benim yapacağım değerlendirme, Tasarı'nın önündeki sorunlar hakkında olacak. Sosyal faaliyet alanları içinde hukuk kadar zekaya dayalı alan son derece az. Hukukun kendi içerisinde ise, kanun yapmak neredeyse en zor olanı. Bu bakımdan, Tasarı'yı hazırlayan Komisyon Başkan ve üyelerinin en üst düzey takdir ve teşekkürü hak ettiklerine inanıyorum.

Üç erkten birisi olan yönetim, ne zaman ekonomik ve sosyal çalkantı olursa, hemen yasamaya başvurarak bu çalkantının önüne geçilmesini, hafifletilmesini ister. Keşke böyle olsaydı. Bir filmde görmüştüm, diyor ki: "*Borcumu ödemeyeceğim, dava et.*" Alacaklı diyor ki: "*Yahu, sen dürüst bir insandın, ne oldu?*" Borçlu diyor ki: "*Rakamlar yükseldikçe dürüstlük anlayışı da değişiyor.*" Bu yüzden bu örneği vermek zorunda hissettim kendimi. Her kriz anında böyle bir yola başvuruluyor.

Şu ana kadar son derece çok defeatle söylendi; ama, tekrar edilmesinde kaçınılmazlık olduğunu düşünüyorum: Tam bir ön sorun, mahkemelerin önündeki iş yükü. Mutlaka ve mutlaka mahkemelerin iş yükünün belli bir sayının üzerine çıkmasını önlemek lâzım. Eğer bir sürahi suyu bir bardağa sığdırmaya kalkışırsanız o bardak taşar ve bardak taşıyor. Hâkimler ne kadar olağanüstü çaba gösterirlerse gösterebilirler, sorun çözülmeyecektir. Üstelik, bizim de toplum olarak hâkimlerden böyle bir fedakârlığı isteme hakkımızın olmadığı kanısındayım. Eğer istersek bunun acısını her an, her birimiz çekebiliriz.

Avukat tutma zorunluluğuyla ilgili olarak: Hukuk son derece teknik bir konu. Hele belli miktarın üzerinde olduğu zaman toplumun barışı açısından da son derece büyük önem taşıyor; o ihtilâfın hukuka ve adalete uygun olarak çözülmesi.

TARTIŞMALAR
VE
GENEL
DEĞERLENDİRME

Hele ülkemizdeki hâkimlerin esasî usûle feda etmeme tavrı da göz önüne alınır, taraf davayı yanlış açacaktır, tarafın yanlışını da hâkim düzeltecektir. Bu da, bizim temel ilkelerimizden olan tasarruf ilkesine açıkça aykırıdır. Bu yüzden, belli miktarların üzerindeki davaların avukat tarafından açılması ve savunulması gerektiğine inanıyorum.

Hâkimin sulha özendirilmesi sorusunda söylediği sözlerin ihsasî rey olacağı kaygısı ileri sürüldü. Bence buna çok fazla itibar etmemek lâzım. Çünkü, hâkim bu sözleri sulh teşebbüsünü düzenleyen kanun gereği olarak söylediği için, ihsasî rey olarak nitelendirilmesi zaten mümkün olmayacaktır.

Hâkimlerin eğitimi ve özellikle meslek içi eğitimleri son derece önemli. Geçenlerde anlattılar: Bir turist kız memleketine kartpostal yolluyor. Kartpostalın üzerine yapıştırdığı puldaki Atatürk resmine de sakal takıyor, kızı tutuklamışlar. Bütün Avrupa ayağa kalktı, televizyonlar geldi. Adalet Bakanlığı'ndan demişler ki: *"Yahu ne yapıyorsunuz, rezil ettiniz bizi dünyaya"* Cevap: *"Biz hâkimiz, hâkimlik bağımsızlığımız var, işinize karışmazsınız"*. Hâkimlik bağımsızlığının belli bir eğitime dayandırılmaması hâlinde görülüyor ki, ne tür sahnelerle karşılaşabiliyoruz.

Umar Hocam, hakem kararlarıyla ilgili olarak hakkâniyetin kanuna uygun olabileceğini ve hakkâniyetin kanuna aykırı bir şey çıkmayacağını söyledi. Ben o konuda böyle düşünmüyorum. Meselâ, kefalet yazılı olarak yapılmamış, şekil şartına uygun olmadığı için. Davayı yerel mahkemede açarsanız kaybedersiniz, hakemde açarsanız kazanırsınız. Bu da, sırf şekil şartına uyulmadığı için davanın reddinin gerektiğine ilişkin adalete aykırı sonucu da ortadan kaldırır. Nitekim, Yargıtay da bunu zaman zaman zorlayarak yaptı. Hepimizin bildiği örnek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde eğer müteahhit sözleşmeyi ifa ederek inşaatı yapmışsa, artık mülkiyetin devrine ilişkin sözleşmenin resmî şekilde yapılmadığını, geçersiz olduğunu ileri sürmenin kötü niyet olacağını, Medenî Kanun'un 2. maddesinin kötü niyet olacağını söyledi.

Benim söyleyeceklerim kısaca bundan ibaret. Herkese, hepinize çok teşekkür ediyorum. Kendi adıma çok yararlandım.

Oturum Başkanı: Ömer Bey, buyurun lütfen.

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI: Teşekkür ederim Sayın Başkan.

İki gündür süren toplantımızda usûl hukukunun duayenleri olan Hocalarımızın çok veciz tebliğlerini ve konuşmalarını burada dinledik. Kendi şahsım adına şunu söyleyeyim: Çok istifade ettim. Sayın Başkanımız Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in de belirttiği gibi, biz bu toplantıda düzenli olarak yapmış olduğumuz bu toplantıda her şeyden evvel bir fikir platformu oluştu. Kendimizin paylaştığımız maddelere ilişkin olarak, çalışma konularımızla ilgili olarak bu çalışmalarımızda ileri sürdüğümüz fikir veya ileri süreceğimiz fikirleri toplantı salonuna girerken başka düşünüyorduk, fakat toplantı çıkışında başka fikirlerle ortaya çıktık... Bu bizim için bir çalışma platformu oldu ve her hafta veyahut da her ay ya da gelecek toplantıyı özler, bir an evvel gelmesini bekledik. O alışkanlığı yine kendimizde hissediyoruz. Bugün, o günleri hatırladım. Yine inşallah devam edeceği için bu çerçevede, en azından son toplantılar olacağı için, bu eleştirileri dikkate alarak...

Tabii, şunu ifade edeyim: Hiçbir insan mükemmel olmadığı gibi, insanların düşünsel yapısı olan şeylerde, örneğin işte bir kanun veya bir tasarı da bizim hazırladığımız...

...

... ilgili olarak, özellikle usûl ekonomisi ilkesi çerçevesinde davaların hızlı ve çabuklaştırılmasına yönelik ne gibi birtakım tedbirler alınabilir; bunun dışında tabii usûlün ilkeleri de yine göz önüne alınarak birtakım prensipler biz kabul ettik. Öncelikle yaptığımız toplantıda, hangi doğrultuda hareket edelim; bu prensipleri belirledik ve çok yoğun tartışmalar da oldu. Bu prensipler doğrultusunda biz konuları paylaşarak, ilgili maddeleri paylaşarak bu çerçevede hazırlıklarımızı yaptık ve bugünkü aşamaya gelmiş olduk.

Şunu söyleyelim, ben kendi adıma, şüphesiz diğer arkadaşlarımız da çok özveriyle bu şeylere hazırlandık. Belki bazı şeylerden taviz vererek, derslerimizden, toplantılarımızdan taviz vererek bu toplantılara mümkün olduğu kadar gelmeye çalıştık.

Tabii, hiçbir kanunun mükemmel olmadığını veya hiçbir Tasarı'nın mükemmel olmadığını belirtmiştim. Nitekim değişen şartlara uygun olarak her zaman için bunun değişme olasılığı söz konusu olabilmektedir. Biz Tasarı'yı hazırlarken sehven unutulmuş eksiklikleri, meselâ ilk elimize Tasarı geçer geçmez, ilk açışta hemen rastladık. İşte, Ejder Hocam da söyledi, ortak yetkiye ilişkin 12. maddedeki gerekçeyle birbirine uyumsuz olması, çekişmesiz yargıya ilişkin 4 ölçüt belirlemiştik, sonra birini kaldırmışız, 4 ifadesi orada kalmış. 301. maddede "hüküm" ifadesi, "hüküm Türk Milleti adına verilir" ifadesindeki oradaki "hüküm" düşmüş, yani böyle sehven hatalar veyahut da ne bileyim imlâ hataları, yazım hataları ortaya çıkabilirdi. Tabii, bunlar sonradan tamamlanacak şeyler olacağı için zaten bu eleştirileri de dikkate alarak yeni baştan şimdi bakacağız. Burada mükemmele doğru gitmeye çalışacağız.

Yeri gelmişken, tabii benim hazırladığım konular itibariyle birkaç şey söylendi. Bu arada diğer konularla ilgili epey bir üzerinde tartışma yaratıldı. Ama ben de kendi adıma naçizane birtakım fikirleri de ifade isterim.

Sulh-asliye ayrımı bakımından, ben bu ayrımın korunmasından yana yine oyumu kullanıyorum ve kullandım.

Tarihsel nedenler dışında, bilhassa yeni Tasarı'da şu da bizim şeyi gerekçelendirecek nitelikte: Tasarı'da buna bir misyon da yüklendi. Onun da sebebi şu: Tasarı'nın 387. maddesi gereğince "Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe, sulh hukuk mahkemesidir" şeklinde ifade konuldu. İşte bu da, artık Sulh Hukuk Mahkemesi'nin burada asliye ile ayrımını bir nebze olsun pekiştirme bakımından önemli bir misyon da burada yüklediğini ifade etmek isterim.

Yine, süreler konusunda Ejder Hocamın dediğine katılıyorum.

Dün duayenlerimizden Baki Hocam, 170. maddeyle ilgili, ilk itirazlarla ilgili olarak, davaların birleştirilmesinin her zaman talep edileceğine ilişkin biz bir düzenleme getirmiştik, ayrı mahkemelerde açılan davalar bakımından. Yani, ayrı mahkemelerde açılan mevcut 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki ilk itirazı biz burada kaldırdık. Bunu, hâkimin her zaman aynı mahkemede olduğu gibi nazarı dikkate alabilmesini getirmiştik. Bunun sebebi de şudur: Usûl ekonomisi ilkesidir. Bunların davaları uzatacağı kanaatinde değilim. Davaların birleştirilmesini gerektiren aynı sebep, hâtta biz benzer sebebi de buraya düzenledik, Neuchâtel Kantonu'ndaki düzenlemeyi de dikkate alarak. Bu çerçevede, ilk itiraz olmaktan kaldırıldı. Bunun gerekçesini de bu şekilde izah edebilirim.

Öte yandan, iş bölümü itirazına ilişkin olarak; aslında iş bölümü itirazı, biz yine -Hakan Hocam da onu ifade ettiler- bu çerçevede tabii Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nı nazarı dikkate aldık. Aslında iş bölümü itirazının kaldırılmasından yanaydık; fakat Türk Ticaret Kanunu'nda bu iş bölümü itirazı asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemesi ayrımı korunduğu için biz de iş bölümü itirazını burada mahfuz ettik. Yalnız, tabii burada Baki Hocamın da çok yerinde ve isabetli olarak belirttiği şekilde, basit iş bölümü ilişkisi itirazından ayırmak için buraya başına bir ibare eklemek suretiyle, asliye hukuk ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki iş bölümü itirazı şeklinde onu tashih etmemiz gerekecek.

Bilirkişi delili bakımından; tabii onu Süha arkadaşım da çok iyi bir şekilde ifade etti. Tabii, bu kanayan bir yara ve ülkenin sosyal gerçekliğiyle bağdaşmıyor. Buraya özellikle -yine Hakan Hocamın da ifade ettiği şekilde- iki yerde müteaddit defalar söylenmesine rağmen, 275. maddede, hala hukukî meseleler hakkında bilirkişiliğe başvuruluyorsa bunu bertaraf etmek adına hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişilere başvurulabileceği ifadesi yer aldı. Tabii, burada şunu ifade edeyim, buna ek olarak: Özellikle uzman görüşü

bu ifadeyi destekler nitelikte olacaktır. Gerçi uzman görüşünde tarafların talebi üzerine uzman görüşü alınacak. Tabii, oradaki uzmanlıktan kasıt sadece hukuk alanında uzman olan kişiler değil, elbette ki bunun içerisine hukuk alanında uzmanlar da katılacağı için bu işte en azından bilirkişilik deliliyle ilgili olarak bu düzenlediğimiz husus, uzmanlık deliliyle, birbiriyle de örtüşüyor. Yani, bu da belki bizim görüşümüzü destekler nitelikte. En azından hâkim ne yapabilir; hukuk dışında bilirkişiye başvurmayacağına göre, gerekirse, yani mevcut düzenlememizde hâkime re'sen öyle bir imkân vermedik. Ama, taraflar o konuda uzman kişiden bir mütalaa almak suretiyle pekala hâkimi o konuda aydınlatması sağlanabilecektir. Bu da işte, birbirini tamamlayıcı hüküm olarak ele alınabileceğini ifade etmek isterim.

Hâkimin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de, hâkimlerin bağımsızlığı ve teminatına ilişkin Anayasa'da bulan ifadesini pek zedeleyici nitelikte görmüyorum, onu da ifade etmek isterim.

Bir de, ticarî defterlerle ilgili olarak, Ticaret Kanunu Tasarısı'nda lehe delil olma özelliği ortadan kaldırıldı. Ama bizdeki düzenleme bakımından, tabii Tasarı'da 225. maddede ticarî defterlerin birer belge olarak nazarı dikkate alınabileceği düzenlendi. Tabii, ispat bakımından da bu da genel hükümlere tâbi olacağını ifade etmek istiyorum.

Oturum Başkanı: Ben teşekkür ediyorum, sağ olun.

Buyurun Erdal Bey:

Prof. Dr. Erdal TERCAN: Öncelikle ben de gerek yazılı olarak gerekse sözlü olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı hakkında görüş bildiren, eleştiri yapan bütün Hocalarımıza, meslektaşlarımıza teşekkür ediyorum.

Müsaade ederseniz, bu teşekkür kısmını kısa geçip, zamandan tasarruf açısından konulara ilişkin belirtmek istediğim hususlara gelmek istiyorum.

Öncelikle Kamil Hocam, "*isticvaba ilişkin bir açılım yapar*" dediler. Atf yaptıkları için o konuya değinmeyi düşünmüyordum. Ancak o sözünüz nederiyle kısaca ona da değinmek istemişim. İsticvabı ben yazılı eserimde bir delil olarak kabul edilebileceğini belirtmişim. Bu görüşümü Komisyon'da da dile getirdim; ancak, Komisyon'un takdiri, isticvabın henüz hukukumuzda delil olarak kabul edilmemesi yönünde oldu. Komisyon'un bu kararına, bu takdirine saygı duyuyorum. Dolayısıyla benim dışımda isticvaba ilişkin hükümler kazanılmış oldu.

Bunun dışında, değerli Hocalarımızın Tasarı'nın benimle ilgili kısımlarına ilişkin görüşleri ve eleştirileri hakkında müsaade ederseniz kısaca değinmek istiyorum. Öncelikle sıra açısından, konu çok olduğu için, tümüne değinemeyeceğim, ifade, şekil açısından olan kısımlara değinemeyeceğim. Bazı temel özellik arz eden konularda nispeten belirli bir ölçüde kamera arkasını da -güncel bir ifade- yansıtmaya çalışarak bu konudaki görüşlerimi aktarmaya çalışacağım.

Yetki sözleşmesi konusunda görüşler belirtildi. Nasıl bir düzenleme getirildiği, nasıl bir korunma sağlandığı konusunda tereddütler ortaya çıkmış, ifadelerden onu anlıyoruz. Müsaade ederseniz, öncelikle Komisyon olarak Tasarı'da nasıl bir sistem öngördük; kısaca onu belirtmek istiyorum. Komisyon olarak yetki sözleşmesiyle şöyle bir sistem öngördük: 22. maddede tacirler veya kamu tüzel kişileri münhasır yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Bu münhasır yetki sözleşmesi kapsamında bir tane mahkeme olabileceği gibi, belirli olmak kaydıyla, birden fazla da olabilecektir.

Tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimsele -Bilge Hocamın ifadeleriyle tüketiciler, öğretim üyeleri, vesaire- de kendi aralarında münhasır olmayan yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Münhasır olmayan yetki sözleşmesini yaparlarken, malumunuz, Kanunu'nda yetkili kılınan belirli mahkemelerin dışında ve onların yanında artı olarak başka bir yer mahkemesini yetkili kılacaklardır. Ejder Hocamın da bu konuya ilişkin tereddütleri vardı. Belki, niçin münhasır

yetki sözleşmesinde bir veya birden fazla denildi de, münhasır olmayan yetki sözleşmesinde bir mahkeme denildi. O konuda tereddüt doğabilir. Ancak burada, belirli olmak kaydıyla, malumunuz, münhasır olmayan yetki sözleşmesinde de bir görüş, birden fazla mahkemenin yetkili kılınabileceğini belirtiyor. Belki oraya da *"birden fazla belirli olmak kaydıyla"* denilebilir.

Görüldüğü gibi, tacirler ve kamu tüzel kişileri açısından münhasır yetki sözleşmesi kabul edildi. Diğerleri münhasır olmayan yetki sözleşmesi şeklinde, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Burada tereddüt doğuran husus, acaba tacirler veya kamu tüzel kişileri ile diğer kişiler tekrar kendi aralarında bir sözleşme yapabilecekler midir? Komisyonumuz bu konuda yapabileceği yönünde görüş belirtmişti. Ben de maddenin gerekçesini oluştururken, bu kabul doğrultusunda gerekçeyi hazırladım.

Şimdi, denilecek ki: Peki, bu takdirde mevcut sistemden farklı ne getirildi?.. Nasıl bir korunma sağlandı?.. Öncelikle o maddelerin gerekçesinde belirtildiği şekilde, münhasır yetki sözleşmesi Tasarı'da kabul edildiği için, öncelikle tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki kimselerin bu münhasır yetki sözleşmesine karşı korunması gerekiyor. Tasarı ve gerekçeleri bu korunmayı ön plana çıkardı. Münhasır olmayan yetki sözleşmesi açısından ise, mevcut HUMK sistemi kabul edildi. Acaba -özellikle Bilge Hocamın değerli görüşlerinde belirtiliyor- bu şekilde tacirler veya kamu tüzel kişileri ile diğer kimseler arasındaki yetki sözleşmesi tümüyle yasaklanabilir miydi? Olabilir, yasaklanabilirdi.

Tabiri caizse, araya tümüyle bir duvar çekilebilirdi. Bu da bir tercihtir, bir düzenlemedir. Dünkü konuşmalarında Alangoya Hocam da, böyle bir sınırlamanın beraberinde başka sıkıntıları, problemleri getireceğini de belirttiler. Böyle bir düzenleme beraberinde başka eleştirileri getirecektir. Gerçekten, taraflar borçlar hukukuna göre ifa yerini kararlaştırırlarsa, bu aynı zamanda yetkili mahkemenin de belirli bir ölçüde kararlaştırılması olacaktır. Münhasır olmayan yetki sözleşmesine yol açacaktır. Peki, araya kesin bir duvar çizersek, onu nasıl açıklayacağız? Zorlanıyoruz...

Keza bir diğer sıkıntı, özellikle kamu düzenine ilişkin olmayan yetki hâllerinde yahut Tasarı'daki hâliyle kesin yetki olmayan hâllerde yetki ilk itiraz olarak kabul edilmiştir. Davalı süresinde ve usûlüne uygun itirazda bulunmazsa, bu takdirde yetkisiz mahkeme yine yetkili hâle gelecektir. Dolayısıyla yine bir yetki sözleşmesi yapılmış olacaktır. Araya duvar çektiğimizde, kesin bir sınırlama yaptığımızda bunu da açıklamak güçleşecektir. Belki dünkü açıklamalarında Yavuz Alangoya Hocamızın belirttiği gibi, hâkim tekrar: "Böyle bir durum var, kabul ediyor musun etmiyor musun" gibi bir hatırlatma yoluna gidecektir. Belki, tüketicilerin korunması açısından, zayıf durumda olan kimselerin korunması açısından farklı kriterler getirilebilir, farklı sınırlamalar öngörülebilir; bu da mümkün. Örneğin, ihtihakî sözleşmelere böyle bir sınırlama getirilebilir. Belki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun dikkate alınarak, tüketicileri korumak açısından, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren konularda yetki sözleşmesinin yapılamayacağı öngörülebilir. Bu konularda gerçekten farklı teklifler yapılabilir. Komisyonumuz bu aşamada böyle bir tercih yaptı. Tartışmalardan sonra belki tekrar gözden geçirilir, düzeltilebilir.

Yetki sözleşmesi konusunda kısaca belirtmek istediğim hususlar bunlar.

Bir diğer mutlaka üzerinde kısaca durulması gereken konu, görevsizlik ve yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemler konusunda 26. maddeye ilişkin, zannediyorum Sayın Alangoya Hocamız hazırlamıştı bu kısmın değerlendirmesini. Orada, gerekçe kısmında, mevcut sistem kargaşaya neden olabilir, bu kargaşanın önlenmesi için işte şu şekilde bir düzenleme getirilmiştir demiştik. Hocamız bu sistemde nasıl kargaşa doğabileceğini gerekçelerinde anlayamadığını belirtiyorlar. Kargaşa şu şekilde doğabilir: Malum, 193. maddeye göre, görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemlerde, görevsizlik veya yetkisizlik kararının kesinleşmesinden itibaren davacı veya davalı görevsizlik kararı veren veya görevsizlik kararında görevli olduğu belirtilen mahkemeye başvurarak davaya devam edilmesini isteyebilir. Bakın, her iki mahkemeye her iki taraf

da başvurabiliyor. Şimdi düşünün, taraflardan biri görevsizlik kararı veren mahkemeye başvurdu, davaya devam edilmesini istedi. Diğeri de görevsizlik veya yetkisizlik kararında görevli veya yetkili olduğu belirtilen mahkemeye başvurdu davaya devam edilmesini istedi. Bu kez görevli olduğu belirtilen mahkeme mecburen ne yapacak? Görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemeden dosyayı isteyecek. Bu arada, diğeri tarafın talebi üzerine, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkeme de dosyayı belki de göndermiş olacak. Bakın, kargaşa çıktı. O "*dosyayı gönderdim*" diyor... Belki de bu arada dosya gelmemiş de olabilecek.

Bizim öngördüğümüz sistemde ise, böyle bir kargaşa muhtemelen çıkmayacaktır; zira hangi mahkemenin ne yapacağı bellidir. Görevsizlik veya yetkisizlik kararının kesinleşmesinden sonra, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkeme bekleyecek, taraflar süresi içerisinde başvurursa dosyayı görevli veya yetkili mahkemeye gönderecek. Görevli veya yetkili mahkeme de öngörülen ve dosya ile gönderilen avansı kullanarak taraflara tebligat yapacak.

Bu 26. maddenin değerlendirilmesinde, özellikle Hocamızın HUMK sistemine göre gönderme görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından re'sen yapılacağına göre, burada hukukî bakımdan nasıl bir sakınca doğacağı anlaşılıyor ifadesine o nedenle katılamıyorum. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkeme, malumunuz HUMK madde 27 ve 193 birlikte değerlendirildiğinde re'sen dosyayı gönderemeyecektir. Bu konuda talep gereklidir.

Hâkimlerin sorumluluğuna ilişkin sistemde yine bazı te-reddütlere doğduğu görülüyor. Niçin ayrılındı, mevcut sistem hâkimlerin bağımsızlığını zedeler, tarafsızlığını zedeler deniliyor. Öncelikle, gerçekten hâkimler bağımsızdır ve teminata sahiptir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yargı, yasama ve yürütmeden bağımsızdır. Ancak, bu bağımsızlık, diğeri organlara karşıdır. Hâkimler ve yargı, Türkiye Cumhuriyeti'nden bağımsız, ayrı bir cumhuriyet değildir. Farklı bir ülkenin farklı bir mensupları değildir. Türkiye Cumhuriyeti'nin hâkimleri de

yargı görevini yerine getirmektedirler. O açıdan, bazen yasama ve yürütme organına karşı bağımsızlık, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne karşı da bağımsızlıkmuş gibi anlaşılabilir. Özellikle öngördüğümüz sorumluluk sistemi değerlendirilirken bazen böyle bir durum hissediliyor.

Hâkimlerin sorumluluğu bağlamında, öncelikle mevcut madde 573'teki hâlleri mümkün olduğunca aynen muhafaza ettik. Farklılık, birinci derecede devletin sorumluluğudur. Bu sistem, acaba hâkimin tarafsızlığını, bağımsızlığını zedeler mi? Komisyon'un oy birliğiyle kabul ettiği nadir maddelerden birisi de bu maddedir. Birinci derecede devlet sorumlu olsun. Tasarı'da öngörülen sistem, gerçekten hâkimin bağımsızlığını ve tarafsızlığını, mevcut HUMK madde 573 sistemine göre hâkimin bağımsızlığını ve tarafsızlığını daha fazla gerçekleştirecektir. Dava önce devlete karşı açılacak, tabiri caizse devlet bu konuda kalkan olacaktır. Böyle bir dava ile hâkim taraflarla hiçbir zaman karşı karşıya gelmeyecektir. Aralarında doğrudan bir husumet hiçbir şekilde hasıl olmayacaktır. Şu konuda da tereddüt ortaya çıkıyor: Acaba, bu tazminat davası sona erdikten sonra hâkimle devlet arasındaki rücu davasında durum nasıl olacak?.. Hâkim taraf olmadığı bir davada nasıl etkilenecek?.. Komisyonumuz o konuda müdahale, ... müdahale ve ihbar hükümlerinin rücu ilişkisi nedeniyle uygulanabileceğini son derece doğal gördüğünden, bu konuda da bir tereddüt çıkmayacaktır diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim, Muhammet Bey, buyurun.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Teşekkür ederim Hocam.

Ben, konuşmama geçen hafta gönderilen bir e-postadan çok kısa bir bölüm okuyarak başlamak istiyorum. Biraz da belki Ejder Hocamı teyit etmek için.

Bunu gönderen bir öğrencimiz, mezun olan, şu anda avukatlık yapan bir öğrencimiz. Uzun bir e-posta, fakat ben çok kısa

bir kısmını okuyacağım, diyor ki: “Avukatlık stajına başladığımda kendimi sudan çıkmış balık gibi hissettim. Her şey farklıydı, adliyedeki ilişkiler o kadar seviyesizdi ki, iyi stajyer olmak için birilerine abla, ağabey diye hitap etmek, kalemdeki memurların seviyesiz sohbetlerine katılıp onlara çay ismarlamak, arada bir kalem, vesaire hediye etmek gerekiyordu. Hiçbirini yapamadığım için iyi bir stajyer olamadım. Yapması gereken bir iş için kola bile isteyen bir memurla tartışmam çok ayıplanmış, bana hiç yakıştırlanmamıştı. Oysa ki neden?.. Bana bunun bir suç olduğu öğretilmemiş miydi? Adaletin savunucusu olacaktım ben, suçlu değil. Ancak o gün, o kaleimde ciddi bir baskıya maruz kaldım. Gözyaşları içinde baroya gittiğimide ise, sadece şaşır-dılar. Doğruyu ve yanlışını karıştırmıştım artık. Ne doğru, ne yanlış; bunu nasıl ayırt edeceğimi bilemiyordum.”

Şimdi, Ejder Hocam çok vurgulayarak üstüne basa basa söyledi, gerçekten şu anda içinde bulunduğumuz durum bu. Hocamın söylediklerine tamamen katılıyorum. Kendisinin yaşı, tecrübesi, kıdemi, her yönüyle benden fazla. Bazen yaşlanmak güzel bir şey Hocam! Bazı şeyleri rahat söyleyebilmek için. Bu sebeple, kendisinin söylediklerinin hepsine katılıyorum. Burada istediğimiz kadar biz güzel bir Tasarı yapalım, istediğimiz kadar tartışalım, ne yaparsak yapalım, ama sonunda insan unsuru çok çok önemli bir hâle gelmekte. Ben, usûl hukukçuları olarak bizim üzerimize düşen önemli bir görev olduğunu düşünüyorum. En genç asistanından, en kıdemli Hocasına kadar, derslerde teknik bir yargılama prosedürünü her yönüyle, mahkeme kararlarına kadar anlatabiliriz -şüphesiz anlatılması gerekir de-... Hâтта Türk mahkemelerini de bırakıp, bir Alman mahkemesinde ne olmuş, Fransız mahkemesinde ne olmuş, Amerikan mahkemesinde ne olmuş bunları da istediğimiz kadar anlatabiliriz... Bunlar da güzel şeyler ama, ondan önce, gerçekten bir hukukçu duruşuna artık ihtiyacımız olduğunu düşünüyorum. Sadece kuru teknik bilgileri aktarmak bir hukukçu duruşunu ortaya koymak için yetmemekte, söz edilen şikayetleri engelleyememekte. Çünkü, ben Ejder Hocamın endişesine kat be kat katılıyorum. Yoksa, bu gidişle sistem çökecek ve hepimiz altında kalacağız. Belki bu biraz abartılı ama, bazen bazı şeyleri abartılı söylemek lâzım ki, daha fazla

hissedilsin, duyulsun. Uygulamanın içinde bulunduğu durum ortada, kimse memnun değil, yargılama kuralları bir yanda duruyor, uygulama başka bir yanda. Mahkemeler, avukatlar, hâтта birçok kez Yargıtay, yargılama kurallarına yeterince uymamakta. Bunun da ötesinde, yargılama kurallarının dışında uygulamalar mevcut. Ancak bunun da ötesinde, yargılama kurallarından bağımsız yargının bir etik sorunu açık seçik ortada durmakta. Herkesin kendini gözden geçirmesi gerekir, öğretim üyeleri nasıl öğrenci yetiştiriyor, Bakanlık ne yapıyor, hâkimler ne yapıyor, HSYK ne yapıyor, avukatlar ne yapıyor, Barolar ne yapıyor? Herkes sadece kendi noktasından ve günü kurtarmak için meseleye baktığında, bütün kayboluyor, sorun çözülmüyor; önce herkesin kendi konumunun önemi ve sorumluluğunu tam idrak etmesi lâzım.

Bir de, Tasarı'yla ilgili bir Komisyon üyesi olarak, ben, şunu yaptık bunu yaptık diyerek içeride tartıştıklarımızı tekrar burada tartışmak, kabul edilmeyen görüşlerimizi tekrar anlatmak ve burada ikna etmeye çalışmak ne kadar doğru bilmiyorum. Bu sebeple o kısıma değinmeyeceğim, böyle bir tartışmayı burada tekrarlamayacağım, sadece bir iki noktaya değinmek istiyorum. Tasarı'nın belki belkemiği olarak nitelendirildiği için ön incelemeye değinmek istiyorum. Bu çok tartışılan bir konu. Bana göre, ön inceleme bu Tasarı içinde gerçekten çok önemlidir. Uygulamada da zaman zaman birkaç kişi bana da söyledi, dediler ki -özellikle avukatlardan ve hâkimlerden ilgilenenler- *"Yahu, bu çok zor bir şey, nasıl yapacağız? Yani, dosyayı baştan okumanız lâzım."* Hâтта Hakan Hocama da benzer şekilde şey söylemişler. Yani, bir avukatın, bir hâkimin *"dosya okuyacağız"* diye yakınması, zaten içinde bulunduğumuz vahametın bir itirafından başka bir şey değildir. Bunun anlamı, biz dosyayı okumuyorduk, şimdi bizi dosya okumaya mecbur ediyorsunuzdan başka bir şey değil. Ejder Hocamın dosya okunmuyor demesinin açık itirafı. Bu yakınanlardan biri *"Anna Hocam, biz bunu bir şekilde götürüyorduk, yani davanın ortasında bir yerde gerekirse ben manevra yapıyordum"* dedi. Güzel, manevra yapıyordun ama, davanın başında ne söylediğini, ne yazdığını hâkim anlamıyor ki. O dosyaları hâkim gerçekten okuyamıyor,

anlayamıyor. Avukatın yazdığı dilekçede ne olduğu baştan belirsiz, hâkim bunun davanın başında yeterince dikkate almıyor, avukat dilekçesi yeterli olsa, hâkim baştan dilekçeleri tam değerlendirip, başlangıçta vermesi gereken kararları vermediği için, gereksiz birçok işlem yapılıp zaman da kaybedilmekte. Siz avukat olarak istediğinizi yapın; paralayın davanın başında, mahkemenin bazen umurunda bile değil. Ön inceleme, çağdaş gelişmelerin hepsine uygundur.

Burada bu konuyla ilgili tüm gelişmeleri tek tek anlatmaya cağım. Yargılama hukukuyla ilgili dünyadaki yeni gelişmeler sadece yazılan veya çevrilen Türkçe kaynaklardan takip edilse, görülecektir ki, ön inceleme dediğimiz yargılama kesiti veya faaliyeti, ya açıkça veya hâkimin zihnî bir faaliyeti olarak tahkikatın başında yapılmakta. Hakan Hocam, ta 2000 yılında İzmir’de yapılan bir toplantıda buna dünyadaki gelişmeler çerçevesinde değinmişti. Yani, yeni icat edilmiş bir şey değil. Ayrıca, dün dağıttık, hepinizin elinde mevcut, *Medenî Usûl Hukuku Dergisi*’nde Mustafa Özbek arkadaşımızın çevirisi var, Lord Wolf’un meşhur bir raporudur o, İngiltere’de yargı reformu için hazırlanmış. Orada da, baştan uyuşmazlık konularının belirlenmesi, yargılamaya yönün çizilmesi, bazı yargısal taktiklerle işin uzatılmaması gerektiğine gerçekten çok ayrıntılı bir şekilde değinilmiş.

Keza aynı şey Avrupa Konseyi’nin raporlarında var. Tüm bunlara rağmen, böyle bir şey yokmuş da bizde yeni ortaya çıkmış gibi bir izlenim uyandırmak veya uygulanmayan ya da dünyada olmayan, riskli bir müessese geliyormuş demek doğru değil. Var, olması tavsiye ediliyor, hâтта mutlaka olsun diye tavsiye ediliyor, yeni usûl gelişmelerinin ayrılmaz bir tartışma konusu.

Ön incelemeyle ilgili, iyi uygulanırsa iyi bir sistem, sonuç vermezse kötü bir sistem denilemez. Ona bakılırsa, mevcut yargılama kuralları da uygulanmıyor. Tüm eksliğine rağmen, mevcut yargılama kurallarına bile riayet edilse birçok sorun çözülür. Yani, başarısızlık sistemle ilgili değil, niyet ve uygulamayla ilgili. Bir şeyi, hiç veya düzgün uygulamayıp sonra da,

başarısız oldu demek ne kadar doğru. Ama bahane uydurup veya başarısız olacağını düşünüp, hâтта başarısız olsun da kalsın diye düşünüp “biz ön incelemeyi uygulamayacağız ya da uygulayamayacağız” diye başladığımız zaman zaten uygulanamayacaktır.

Bir de, kendiliğinden ihbarla ilgili kısa bir şey söyleyeyim: Bazı eleştirilerde böyle bir müessesenin olmadığı, başka yerlerde uygulanmadığı gibi şeyler söylendi. Böyle bir şeyin olmadığı veya kendiliğinden ihbarın çok çok sınırlı olduğu belirtildi. Özellikle bu konuda ben Ali Cem Budak arkadaşımızın çok değerli bir çalışmasına dikkat çekmek isterim. O çalışma da okunduğunda görülecektir, bu müessese var, örneğin, en azından orada 5 sayfa Alman hukukunda bu nasıldır diye ayrıntısı ile belirtilmiş.

Bu müessese Avusturya hukukunda ve İsviçre hukukunda düzenlenmemiş. Ancak, Rechberger’in, Kamil Hoca’nın yaptığı çok değerli bir çevirisi var, orada Rechberger özetle diyor ki: “Evet, bu bizim hukukumuzda yok ama, bu temel bir anayasal hakkın tanınmasıdır. Çünkü bir kişiyi dinlemeniz gerekiyorsa, dinlemelisiniz, kişinin hakkına doğrudan etki ediyorsanız dinlemeniz gerekir. Avusturya’da düzenlenmemiş olsa bile, anayasadan dolayı doğrudan uygulanması gerekir.” Yani, bu müessese yoktur şeklinde kesin ifadeler kullanmak eleştiri açısından pek mümkün değil.

Son olarak, şunu belirteyim ki, Komisyon çalışmaları sırasında ben çok şey öğrendim. Komisyon’daki genç üyelerden biriydim, bu benim için çok değerli bir çalışmaydı. Burada da iki gündür çok şey öğrendim. Herkese teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Ben teşekkür ediyorum, süreyi 5 dakika kadar aştık.

Ben de, toplantıyı kapatmak istiyorum. İki gün boyunca gerçekten bir bilim şöleni yaşadık. Bunu yaşatanlara, birlikte yaşamamıza vesile olanlara çok çok teşekkür ediyorum. Önümüzdeki yıl bir başka yerde, bir başka konuyla yine birlikte olmak üzere, hepimize geldiğiniz için, katıldığımız için teşekkür ediyor ve saygılar sunuyorum.



15.00 YTL

Çetin Emeç Bulvarı No: 46 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 287 87 90 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65 - 286 31 00
Karanfil Sokağı No: 5/62 06650 Kızılay / Ankara
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-mail: admin@barobirlik.org.tr • yayin@barobirlik.org.tr