

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI'NA KATKI

Bilge UMAR*

I. Sunuş

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) tasarısının 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 Medeni Usul 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 *"HMK tasarısıyla şimdiki HUMK kurallarına getirilmek istenen değişikliklerin başlıcaları"* başlıklı bir inceleme yazısı hazırlamak, *"Medeni Usul Hukuku"* dalında öğretim üyeliği görevimin gereği idi; bu görevi, o yazıyı hazırlayarak yerine getirdim.

Sanırım ki, bununla yetinmeyip, hazırlanma çalışmalarında görev almadığım tasarının 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.¹

* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

¹ Bu yazı, (tabii ki, şimdi eklediğim dipnotları eksik olarak) *"Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı"* organizasyon komitesi adına komite sekreteri Doç. Dr. Muhammet Özekes'in davet yazısına uymakla katıldığım 2006 yılı toplantısında diğer

II. Genel Değerlendirme

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

III. Değişiklik veya Tamamlama Önerileri

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

2. Sulh Hukuk mahkemelerinin görev alanı belirtilirken, f. I bent b alt bent 1’de, “*kiraya ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan tüm uyumsuzluklar*” 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.

katılımcılara da dağıtılmıştır. O toplantı 8 ve 9 Eylül 2006’da Ankara Hakimevi’nde yapıldı. Toplantıda, HMK tasarısı taslağını hazırlayan komisyonun Başkanı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’in yaptığı “*HMK Tasarısı Genel Tanıtımı ve Sunuş*” konuşmasının ardından, dalımızın en kıdemli öğretim üyeleri yani Prof. Dr. Baki Kuru, Prof. Dr. Bilge Umar, Prof. Dr. Yavuz Alangoya ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz, hazırlanan metin hakkında değerlendirmelerini dile getirdiler (Prof. Dr. Saim Üstündağ, sağlığına ilişkin mazereti nedeniyle toplantıya katılamadı). Geriye kalan zamanda, daha genç öğretim üyesi meslektaşlarımızdan ve toplantıya katılan hukukçu (hakim, avukat) konuklardan bazıları konuştular. Metni hazırlayan komisyonun mensupları birkaç konuda kısa açıklamalar yaptı. Toplantı sonunda, Komisyon Başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, katılanlara teşekkür etti ve öne sürülen görüşleri, eleştirileri de göz önüne alarak komisyonun son bir elden geçirme çalışması yapacağını ifade etti. Bu yazı, öğrencilerimizi bilgilendirmek için *YTÜ HF Dergisi’nde* ve hukuk uygulamasında çalışan hakimlerimizi, avukatlarımızı bilgilendirmek için de *TBB Dergisi’nde* yayınlanmaktadır.

Aynı tasarı taslağı metni hakkında Prof.Dr. Yavuz Alangoya/Prof.Dr. Kamil Yıldırım/Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım’ın kendi değerlendirmeleri de “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı-Değerlendirme ve Öneriler*” başlığıyla yakın zamanda İstanbul Barosu tarafından yayınlanmış bulunmaktadır.

3. Tasarıda m. 12 f. I sonuna şu ekleme yapılmalıdır: “*Şu kadar ki, kanunun davacıya davasını açacağı yer konusunda seçenek sağlamak amacını güden bir kuralının bütün davalılara uygulanabilir olması durumunda, davacı bu seçeneği kullanmak istemezse diğer yetkili mahkemelerin yetkisi saklı kalır*”. Gerekçe: Yasanın davacıya kolaylık ve seçenek sağlamak için getirdiği bir kuralın birden çok ihtiyari davalıya uygulanabilir olması halinde birdenbire kesin yetki kuralına dönüşüp yasadaki tüm yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırır diye yorumlanması mantığa ve yasanın amacına aykırıdır.

4. Tasarıda m. 14 f. I’de “*bir malvarlığına ilişkin dava, ihtilaf 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, ihtilafın konusunun bir mal değil de bir malvarlığı olması belki milyonda bir görülecek haldir. Demek, kastedilen, bir malvarlığı parçasıdır. Bu durumda, doğru ifadeyi kullanmalı: “*bir malvarlığı parçasına ilişkin dava, ihtilaf konusu malvarlığı parçasının bulunduğu yerde de açılabilir*”.

5. Tasarıda m. 22-24 düzenlemesiyle, yetki sözleşmesinin yapılması konusunda getirilen sınırlamayı ve hatta 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 koydura geldikleri gerçeğini vurgulayarak, karşı taraftakiler kitlesini korumak için, bunlarla onlar arasında yetki sözleşmesini yasaklamış yani yapılacak yetki sözleşmelerini yahut diğer sözleşmeler içine sokuşturulacak yetki şartlarını geçersiz saymıştır*.

Tasarıya 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 inhisarî 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, kanunun gösterdiği yetkili mahkemenin veya mahkeme-

lerin yetkisini kaldırmaz (m. 23). Böylece, m. 22'deki kişilerle m. 23'deki kişiler arasında yetki sözleşmesi yapılmasına cevaz verilmemektedir.²

6. Gerekçedeki, bu konuya ilişkin bölümde bir yanlışlık yapıldığını görüyoruz. Gerçekten, tasarıda 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.³

Gerekçedeki bu bölüm çıkarılmalıdır.

² Yukarıda dn. 1'de sözü edilen toplantıda Prof. Dr. Yavuz Alangoya, böyle bir yasağın yürürlüğe girmesi halinde; yetkisiz mahkemede dava edilen kişi yetkisizlik ilk itirazında bulunmadığı takdirde mahkemenin yetki kazanacağı kuralı dolayısıyla zımni yetki sözleşmesinin geçerli olarak yapılmış sayılmasının bir çelişki ifade edeceği görüşünü belirtmişti. Böylece, yanlış anlamadıysam, "Çelişkiye yer vermiş duruma düşmemek için, ya tasarıya böyle bir yasak konmamalı yahut da yasak kapsamına giren durumlarda davalının yetkisizlik itirazını öne sürmemesi hâlinde mahkeme zımni bir yetki sözleşmesi sayesinde yetki kazanmış sayılmamalı, hakim yetkisizliğini resen nazara almalıdır kuralı tasarıya eklenmelidir" demiş olmaktadır. Ben o durumda bir çelişki görmüyorum. Yasaklama kuralı, güçlü tarafın hazırlayıp güçsüz tarafın önüne sürdüğü, onu imzalamak zorunda bıraktığı sözleşme içinde yetkili mahkemeyi de kendi işine geldiği gibi belirlemesini engellemek amacı güdüyor ve böyle olduğu gerekçede belirtilmiştir. Yetkisiz mahkemede dava açılması durumunda ise, güçsüz taraf yetkisizlik itirazı ile kendini koruyabilmektedir; yani, yetkisiz mahkemede dava açılmasını kendi yönünden sakıncalı saymazsa yetkisizlik itirazında bulunmayıp o mahkemeye (zımnen yetki sözleşmesi yapılmışçasına) yetki kazandırmasını yasanın engellemesi için bir neden yoktur.

³ Gerekçede yanlış ve yanıltıcı ifade kullanıldığını, sözü geçen toplantıda, Prof. Dr. Alangoya da belirtmiştir.

7. Tasarıda m. 26 f. I'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. Tasarıda m. 30 başlığının “*Tasarrufilkesi*” değil “*Taraflarca tasarruf ilkesi*” diye yazılması daha doğru olacaktır. Burada söz konusu olan, az masraf yapılmasına dikkat etmek anlamında “*tasarruf ilkesi*” değildir.

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

10. Tasarıda m. 35 f. II, “*Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler*” diyor. Gerekcede, böylece ifade edilen Wahrheitspflicht çiğnenirse ne olur, o konuda açıklama yapılmıştır ama özellikle belirtilmesi gereken şey söylenmemiştir.⁴ 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: “*Hatta BK m. 41 f. II'ye dayanan yeni bir davada ondan tazminat istenmesine yol açabilir*”.

11. Tasarıdaki, hakimın davayı aydınlatma ödevine ilişkin m. 37, keza tasarının “*Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır*” diyen 198. maddesi, taraflarca iddia etme yükünün gereğince yerine getirilmemesi, özellikle de davacının dava temeli vakıa iddialarını öne sürmekte eksiklik bırakmış olması durumunda ne olacağını belirtmiyor. Hakimın, istem veya savunma dayanağı olabilecek iken iddia edilmemiş vakıaları taraflara hatırlatması yasak olduğuna göre (HUMK m. 75/tasarıda 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:

İspat yükü konusu İsvMK m. 8/TMK m. 6'da düzenlenmiş ise de, federal hukuk (yani, İsvMK) iddia etme yüküne değinmez (ATF

⁴ Bu konudaki eksikliğe, toplantıda birkaç konuşmacı da değinmiştir.

78 II 97). Buna karşılık Neuchâtel yargılama usulü 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 usul işleminin “*istihdaf ettiği maksadı*” [hedeflediği amacı] (CPCN m. 76 f. II/HUMK m. 82 f. II) gerçekleştirebilmesine 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 imkanı 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 istemin hükme bağlanabilmesine olanak vermelidir* (CPCN m. 353).⁵

⁵ 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

Geri kalan bütün koşullar gerçekleşmişse, yasanın öngördüğü istisnalar hariç kalmak kaydıyla, bir istemin kabul edilebilir [hüküm altına alınabilir] olması için, dayananın hukuki 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, hakim, esas hakkında karar verirken o vakıayı gerçekleşmemiş saymak zorunda kalmasına yol açacaktır (CPCN m. 69 f. I başı/HUMK m. 75 f. I); ayrıca bu iki tür usuli eksiklik aynı zamanda kendini gösterebilir, bu da her iki çeşit yaptırımın uygulanmasına yol açar.*

İşte bu nedenle, tasarıda 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, hakim, iddia veya savunmayı, dayandığı vakıa temeli ispat değil iddia bile edilmemiştir gerekçesiyle reddeder. Şu kadar ki, vakıanın iddia edilmemesine rağmen gerçekleştiğinin kanıtının dava dosyasına usulüne uygun yolda girmiş bulunması durumunda hakim vakıanın varlığını ve kanıtlandığını kendiliğinden göz önüne alır".*

12. Tasarıda 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 ret talebi, toplu mahkemelerde reddedilen hakim m. müzakereye katılmasıyla; tek hakimli mahkemelerde ise, reddedilen hakim kendisi tarafından geri çevrilir" diyor. Bu fıkra çıkarılmalı ve şimdiki f. III, f. II olmalıdır. "Ret talebinin dayanağı olarak gösterilen deliller inandırıcı değil" diye yahut "Talebin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyor" diye ret talebini reddetmek yetkisini reddedilen hakim kendisine vermek, yanlıştan çok öte, abes bir çözümdür.

ve bu ikrar etmişliğe dayanılarak onun aleyhine hüküm çıkabilsin.

14. Tasarıda 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 hukuki yararının bulunduğu taraf yanında... davada yer alabilir”.

15. Tasarı m. 75, fer’i müdahaleyi düzenlerken, şimdiki HUMK m. 57 cümle 3 kuralını almamış; 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 harcın ödenmesini isteyerek harç ödendikten sonra aşılarmış 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. Tasarıda 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 ikametgahı bulunmayan” Türk vatandaşı kişiler (yabancıların teminat gösterme yükümlülüğü 2675 sayılı MÖHUUHK 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 halinde 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 imkan göremiyorum. Çünkü bu vatandaş ancak Türkiye’de mutad meskeni varsa teminat gösterme yükümlülüğünden kurtulacaktır ki, yerleşim yeri yabancı ülkede olan kimsenin, hala Türk vatandaşı kalmış bulunsa da, Türkiye’de

mutad meskeni olması, görülebilecek hal 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 ikametgahın değişmesi, yeni ikametgahın/yerleşim yerinin edinilmesi demektir. Yerleşim yeri Türkiye’de olan Türk vatandaşı ise zaten (şimdiki kurala göre) dava açarken teminat göstermez. Oysa yerleşim yeri Türkiye’de olduğu halde mutad ikametgahı 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, yoğunluğun gerek ikametgahı gerek mutad meskeni Türkiye’de iken, bunların bir haylisi, yurt dışında kalıcı olmak niyeti bulunmaksızın yani ikametgahlarını değiştirmeksizin, yurt dışında iş buldukları kentte mutad mesken edinmekte, yıllar sonra Türkiye’ye dönmektedirler. Bir kısmı da, orada kalıcı olmakta; dolayısıyla hem mutad meskenleri hem ikametgahları 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. Tasarıda m. 105, eski hale getirme konusuyla ilgilidir ve HUMK m. 171 kuralının dili sadeleştirilip işlenmiş biçimidir. Ancak, oradaki, devletin teminat gösterme yükümlülüğünden bağışık olacağı kuralı tasarıya alınmamıştır. Tasarı, keza, ihtiyati tedbir isteyen kişinin teminat gösterme yükümlülüğü konusunda devlete bağışıklık tanıyan HUMK m. 110 cümle 3 kuralını da, “*vatandaşla devlet arasında eşitlik kurmak*” amacıyla, benimsememiştir (Tasarıda m. 396). Bunu doğru bulmuyorum.

Genel olarak teminat gösterme yükümlülüğü konmasının amacı, uğranılacak zararın ödeneceğinden kuşku duymak caiz ise, örneğin tasarıda 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 aynı kefeye koymak (bkz., Tasarıda 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 hakim, 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. *Hakim, 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 yani hakim, 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 tasarıda m. 396, şimdiki HUMK m. 110’un ve bunun kaynak yasadaki karşılığının tersine, ihtiyati tedbir isteyen tarafın kişiliğine ve olaydaki duruma göre teminat aramaksızın isteği kabul etmek yetkisini hakime vermemiş, mutlak olarak teminat gösterme zorunluluğunu kabullenmiş görünüyor: böyle bir yetki sadece *“talep, resmi belge veya başkaca kesin delillere dayanıyorsa”* mahkemeye verilmektedir. Bu tutumda isabet yoktur; çünkü devlet, şimdi ihtiyati tedbir talep ettiği davada haksız çıksa ve dolayısıyla haksız iken bir ihtiyati 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 yatırılrsa bile, 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 tasarıda m. 396 f. II’de ve m. 403’de de işaret edilmektedir). Yani, zarar miktarı konusunda iki taraf arasında anlaşma olmazsa, 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 ihtiyati tedbir isteme sırasında teminat göstermek zorunda tutmanın mantığı olsun? *En doğrusu, m. 396 f. I cümle 2’de bulunan “Talep, resmi belge veya başkaca*

kesin delillere dayanıyorsa, mahkeme gerekçesini ayrıca belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir” kuralını çıkarıp onun yerine, tıpkı 1925 tarihli CPCN m. 103 ve HUMK m. 110’da olduğu üzere, “Hakim, durumun gereğine göre, teminat aramaksızın da ihtiyati tedbir istemini kabul edebilir” içeriğinde kural koymaktır.

18. Tasarıda, adli tatilin sürelerle etkisi konusunu düzenleyen m. 110’a şöyle bir ekleme yapılması gerekir: “Ancak, adli tatile tabi olan dava ve işlerle ilgili bulunsa dahi adli 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. Tasarıda 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. I’de de bu düzeltme yapılmalıdır.

20. Tasarıdaki m. 124 f. I bent f, şimdiki HUMK m. 179 bent 3’ün karşılığıdır. Bildiğimiz üzere davacı dava dilekçesinde “yemin” delilini de anmış değilse Yargıtay’ımız içtihatlarına göre, o bentteki “delillerinin nelerden ibaret olduğu” ifadesi dolayısıyla bir “delillerini hasretme” tasarrufu yapmış duruma düştüğünden, sonra yemin delilini kullanamaz ve hakim de ona, ispat yükünü yerine getiremedi diye, yemin teklifinde bulunmak hakkı olduğunu kendiliğinden hatırlatamaz. Ben Yargıtay’ımızın 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; tasarıdaki m. 124 f. I bent f ifadesinde böyle bir “nelerden ibaret olduğu” bölümü yoktur; buna göre Yargıtay’ın, 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: Bircümle kanuni deliller” gibi bir laf 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 haldir. 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 usul işlemidir; ama *yemini edadan kaçınmak*, ikrarda 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 yararlanılacağına belirtilmemesi, ispat yükü yerine getirilemezse tarafın yeminden yararlanmaya hakkı olduğunun ona mahkemece hatırlatılmasına yahut onun kendiliğinden yemin teklif etme yetkisini kullanmasına engel olmaz.”

21. Tasarıda m. 137 f. II’de, “görevli mahkemeye” deniyor; “Görevli ve yetkili mahkemeye” denmesi gerekirdi.

22. Tasarıda m. 147, “Ön inceleme oturumu tamamlandıktan sonra, hakim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve defileri 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, hakim bu vakıanın gerçekleştiğini usulü 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, hakim *itirazı karara bağlar* demesi bu yönden pek doğru olmuyor.

b. Hakim bu konuyu ele almasının tahkikata başlamadan önce yapılacağına söylenmesi de tam doğru olmamıştır, çünkü istemin öne sürülmesinin bir hak düşüren süreye bağlandığını (bu konudaki hukuk kuralını) bilmesi gereken hakim, sürenin geçmiş olup olmadığını ilke

olarak bilemez ve bir itiraz temeli olan, sürenin geçmiş bulunduğu vakiasını davalıya hatırlatamayacağından, o süre geçti mi diye sorgu sual de edemez; demek, sürenin geçtiği dosyaya usulü dairesinde girmiş belgelerde görülüyor değilse, davalının süre geçti diye iddia ve itirazda bulunmasını beklemek zorundadır. Bu itiraz öne sürülmüş ise, hak düşüren sürenin geçmiş olup olmadığı incelenektir (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. Tasarıda, yeni delil gösterilmesi konusuna ilişkin m. 150, ilk cümlesinde, tarafların yasada belirtilen süre sonrasında yeni delil göstermeyecekleri kuralına 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 yanlışdır; *“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 usul hukuku kuralı ihlalini, ihlalde bulunan kişi davayı sürüncemeye sokmak amacı gütmüyor idiye, bağışlayıvermek gerekecekti. Bu da şu sonuca yol açacaktı ki davacının kendi davasını sürüncemeye sokmak istemiş olamayacağı besbellidir ve onun bütün usul hukuku ihlallerini, 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. Tasarıda m. 152 f. I’de bir unutma 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 tasarıya göre, layihalar 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. Tasarıda m. 152 f. II, HUMK m. 213’ün öz yönünden aynıdır. Ancak, m. 155 gerekçesi, bu m. 152 uyarınca yazılacak davetiyeye konacak ihtar hakkında yanlış bilgi veriyor. Söz konusu m. 155 gerekçesine bakarsak, bütün duruşmalara çağrı yazılarına (Tasarıda m. 152 f. II’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 ihtar konmalı imiş. Bunda bir yanlışlık var. Duruşma davetiyelerini düzenleyen m. 152, sadece, “Duruşmada hazır bulunmazsanız yokluğunuzda işlem yapılır ve yapılan işlemlere sonradan itiraz edemezsiniz” ihtarının davetiyede bulunmasını ister. Şimdiki HUMK m. 409’u yansıtan m. 155 dahi, m. 409’dan farklı olarak, sadece, taraflardan birinin geçerli özrü olmaksızın duruşmaya gelmemiş olması halinde 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, tasarıda m. 146 f. I cümle 3, açık açık, “Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez” demekle yani hasmın açık rızasıyla yapılan değiştirmeyi, genişletmeyi dahi geçersiz saymaktadır. Gerekçedeki yanlışlık çok açıktır.

26. Tasarıda m. 169, yargılama usulü 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 hukuki 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 hukuki 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 idari kararlarla tespiti beklenecek. 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 idari makamın kararıdır” deniyor. Görüldüğü üzere, “yahut dava konusuyla ilgili bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına” deyişi, fuzulidir.

c. Bu m. 169 gerekçesinde de bazı düzeltmeler yapılmalıdır. Orada söze, “Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenilmesi 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 halen derdest bir davaya konu olmuş idiyse, o sorunu, örneğin mülkiyet kimdedir sorununu, davaya (diyelim, men-i müdahale davasına yahut ecri misil davasına) bakan hukuk mahkemesi kendisi çözmekten ise, diğer bir hukuk mahkemesindeki, doğrudan doğruya bu sorunu konu alan davanın, diyelim, maliki yanlış gösteren (araziye müdahalesinin 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 idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme görülmekte olan davanın sonuçlanmasına ya da idari makamın kararına kadar yargılamayı bekletir” deniyor. Bunu, “Birinci hal, bir davada hüküm verilebilmesi başka bir derdest davaya veya idari makamın sonuçlandırmaya giriştiği [idari makama başvuru dahi yapılmamış idiyse idari 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 idari makamın kararına kadar yargılamayı bekletir” diye yazmak doğru olur.

27. Tasarıda, 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, tasarıda m. 173 f. I, şimdiki HUMK m. 230 f. I cümle 1’in, ifadesi sadeleştirilmiş biçimidir (doğru); m. 173 f. II de, HUMK m. 230 f. II’nin güncelleştirilmiş biçimidir (pek de öyle değil). Tasarıdaki 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, müddeabihden söz etmesine rağmen, engel değildir; tasarıda m. 173 f. II ise açıkça engeldir ve isticvap konusu davanın temelini oluşturan vakılardır demeye gelmektedir. Aslında, HUMK m. 230 f. II ifadesi dahi kaynak yasadan (1925 tarihli CPCN, m. 204 f. II) dosdoğru çevrilmemiştir; kaynak yasa, “L’interrogatoire peut porter sur les faits du procès 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 [circonstances burada haller, koşullar değil ayrıntılar anlamındadır] ilişkin olabilir) der. Bu ifadeden, davalının da kendi savunmasının temeli olan vakıalar konusunda isticvap edilebileceği son derecede açık olarak anlaşılır. Tasarıda m. 173 f. II’nin de aynen bu ifadeyi kullanması yerinde olur.

28. Tasarıda m. 191 f. I, şimdiki HUMK m. 238 f. I kuralını sadeleştirerek aktarırken, oradaki münazaalı sözcüğünü ayrı ayrı çevirilerle iki kez karşılamıştır: “İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir”. Bunlardan birincisi hem uzun hem fuzulidir.

29. Tasarıda ispat hakkına ilişkin m. 193 ve gerekçesi, yeniden ele alınmalıdır:

Önce, gerekçede, ilk söz olarak, “1086 sayılı kanunun [HUMK’nun] 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, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir” diyor. Davada ispat aslında kendi başına hak değildir; usulî işlemler yapmak yetkisinin bir kullanılış biçimidir. İfade şöyle olmalıdır: “Taraflar, mahkemede hak arama ve bu süreçte usulî 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, hakimler ispata izin vermemeye kalkışmaz.

30. Tasarıda m. 194 f. I’de getirilen ispat yükü kuralı, TMK m. 6’dakinden, öz itibarıyla, farklı değildir (gerekçesinde de aksine iddia yok). Böyle iken tasarıda m. 453 ile TMK m. 6’nın yürürlükten kaldırılıp o güzel yasanın daha başlangıç bölümünde eksik bir dış çirkinliği yaratılmasının, kuralın buraya (HMK’na) alınmasının gereği yoktu. Üstelik m. 194 gerekçesinde “ispat yükü kurallarının maddi hukuk temelli olmakla birlikte bir usul hukuku müessesesi olması sebebiyle” denmesi pek de doğru olmamıştır. Maddi hukukla ilgili konularda ispat yükünü belirleyen kural doğrudan doğruya maddi 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 halinde 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 maddi hukuk normu söz konusu ise demek

ki ispat yükünü de maddi hukuk belirlemektedir. Maddi hukukun Medeni Hukuk'tan ibaret olmadığı tartışılmaz ise de tarihsel gelişme bakımından hiç kuşkusuz ki bütün hukukun anası Medeni Hukuk'tur; pratikte ezici çoğunluğuyla maddi hukuk normlarının uygulanması işlerinde karşımıza çıkan ispat yükü sorununun çözümünü belirten genel kuralın Medeni kanunda yer alması da hakça olan, doğru olan, yakışık alan tercihtir.

Tasarıdaki 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 fıkra da “...kanuni karinenin aksini ispat edebilir” denmesi de pek doğru değildir; kanuni karine bir yasa kuralıdır ve kuralın aksi isbat edilmez, kişi, “...kanuni karineden çıkan sonucun doğru olmadığını” (örneğin, babalık karinesine uyar durumda bulunmasına rağmen kendisinin baba olmadığını) ispat edebilir.

31. Tasarıdaki m. 207 bent b kuralıyla ilgili olarak gerekçede bir ifade yanlışı vardır. Gerekçede, “*senede bağlanması teamülden olmayan işlemlerde*” tanıkla ispatın mümkün olmasının amaçlandığı söyleniyor. Bildiğimiz gibi, şimdiki HUMK m. 293 bent 4 de bu doğrultudadır ve öğretide, orada bir ifade zaafı olduğu, kuralın aslında “*senede bağlanmaması teamülü bulunan*” hukuksal işlemlerin senetsiz ispat edilebileceğini anlatır yolda yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Tasarıda da bu görüşe uyulmuş ve m. 207 bent b’de, “*senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukukî işlemler*” denmiştir. Gerekçede bunlar unutulmuş görünüyor.

32. HUMK m. 293’deki, haksız fiillerin ispatının senetle ispat gerekliliği dışında bulunduğunu belirten bent 2’nin fuzuli olduğu; çünkü zaten bu gerekliliğin yalnız hukuki işlemleri kapsamına aldığı, oysa haksız fiilin hukuki işlem olmadığı, öğretide oybirliğiyle belirtilmişti. Bu eleştiriye tasarıda 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 hukuki işlem iddiası niteliğinde olmadığından ve böylece zaten se netle ispat gereğinin dışında kaldığından) fuzuli idi, buna da öğretide neredeyse

herkes değinmiştir; hal böyleyken aynı fuzuli kuralın tasarıda m. 207’de bent ç olarak yer alabilmiş olduğunu görüyoruz.

33. HUMK m. 298 senette yapılmış çıkıntıların yani çıkıntıyla eklenmiş yazıların *“ve kezâlik senedin metninde veya hâmişindeki hak ve silinti”* nin, ayrıca tasdik edilmemiş ise, inkar halinde keenlemyekûn (yok) sayılacağını söylüyor. Aynı kural, ifadesi sadeleştirilerek, tasarıda m. 211 cümle 1’e de alınmıştır: *“Senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkar halinde göz önünde tutulmaz”*. Çıkıntı yapılarak veya yapılmayarak senette yer alan ve eklenmiş olduğu anlaşılan yazıların inkâr halinde geçersiz sayılması ilkesinin anlaşılmayacak yanı yoktur ama kazıntı ve silintiler bakımından durum öyle değil. Kazıntı veya silintinin inkar halinde göz önünde tutulmaması ne demek? Orada kazımayla bir boşluk oluşmuş, eskiden yazılı olan sözcükler okunamıyor; senede dayanan tarafın hasmı orada bir erteleyici şartın öngörölmüş iken kazımayla silindiğini iddia ediyor ama bu yolda kanıtı yok; hakim şimdi *“kazımayı göz önüne almıyorum, talikî 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 almak”* tutumu denemez. Öyleyse, kazıma ve silinti faraziyesinde hakim kazımayı, silintiyi 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 mahkemece 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 hukuki işlemler bakımından da yazılı delilinden yoksun bırakılmış olacaktır.

Belki en doğrusu, kazıntılı bölümde şu yazılıydı diyen hasmın iddia ettiği içerik bakımından senedin şimdiki kazıntılı haliyle 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 olmadığına bu senetteki suskunlukla kanıtlanmış olması değeri tanımamakla birlikte, senedin geri kalan

bütün (şimdi görünen) içeriği yönünden ispat değerini tanımak olur. İhtilaflı kalan vakıa için de sırf 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 kanıtlaması istenir. Yapılacak ispat, *senede karşı* öne sürülen bir vakıa iddiasının ispatı sayılmayacaktır çünkü senetteki metnin erteleyici şartı, vadeyi öngörmediği, kazıntı sebebine, anlaşılamamaktadır (yani, orada bir erteleyici şart vardı diyen kişi, senet metniyle ispatlanmış bir halin aksini öne sürüyor değildir), öyleyse bu ispat şimdiki HUMK m. 290, tasarındaki m. 205 kuralına tabi olmayacaktır, tanıkla da yapılabilecektir. İhtilaflı 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 tanıkla kanıtlamaya kalkışıyorsa, üç kelimelik yere bir erteleyici şart maddesi yazılamayacağından, hakim onun iddiasının doğru olmadığını kanıtlanmış sayabilir ve onun tanık dinletme talebini kabul etmeyebilir.

34. Tasarıda 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 halde 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 inkarında 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 hakimın 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 yapılabırsa ondan sâdır olmasıdır. Tasarıda 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 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 hakimin önüne senet diye veya yazılı delil başlangıcıdır diye bir belge konuştuğunda hakimin ilk araştıracağı, bu belgenin hasından sâdır olup olmadığıdır. Ortada hasmın aidiyet ikrarı bulunmadıkça bu araştırma daima re’sen yapılır; yani, ilamsız icra takiplerindeki durumun tersine, “inkar vaki olmadıkça imzanın o kişiye aidiyeti mefruz” değildir, böyle bir yasal yahut fiili karine asla yoktur.*

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

35. Tasarıda m. 229, hangi hallerde yemin teklifinin yapılamayacağı sayarken, bent a’da şöyle diyor: “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar”. İfade şöyle olmalıydı: “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalarda dava veya savunma temeli oluşturan vakıalar”. Çünkü yeminin konusu dava değil, belli bir vakıa (o arada, belli bir hukuksal ilişkinin varlığı) olabilir. Dava için yemin teklif etmek diye bir hal 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 yapılmış 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 “yapmadığımıza 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 yapmıştık; inkar ediyor, başka delilim yok, yapmadığımıza yemin etsin” gibi bir yemin teklifinde bulunması da işe yaramaz ve karşı tarafın yemin etmeyeceğini söylemesi halinde akdin yapıldığı sübut buldu denemez.

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

38. Tasarıda, bilirkişiye ilişkin m. 270 sisteminde çok önemli bir yanlışlık vardır. Şimdiki HUMK m. 275, “Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez” demiş, hukukla ilgili konularda bilirkişiye başvurulamayacağı içeriğinde mutlak bir yasaklama getirmekten kaçınmıştır. Doğrusu da budur. Her hakimin yanıtını bilmesi gereken veya bilmiyorsa, unutmussa 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, Nasreddin Hoca’nın kadı görevi yaptığı zamanın ve toplumun dünyası değildir; ilişkiler ve hukuk sistemi son derecede karmaşıklaşmıştır. Örneğin, Bankacılık Kanunu’nun düzenlediği, banka batırmakla suçlanan kişilere karşı açılacak, bankaya verdikleri (ve şimdi TMSF’nin sırtına yüklenen) zararın kendilerine ödetilmesi ve ödemezlerse kişisel iflaslarına karar verilmesi davasında 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 iflas 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 alınmayacağı 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-iflas

hukukunun uzmanı olmayan hukukçuların gerek yayınlarında gerek taraflara verdiği danışma raporlarında yanlış çözümlerin savunulduğu görülebilmektedir. Bu nedenle, bilgili ve deneyimli üç hakimın görev yaptığı ticaret mahkemelerimizde bile, bu gibi davalarla karşılaşıldığında, içinde hem banka ve ticaret hukuku alanında hem de icra ve iflas hukuku alanında uzman kişilerin bulunduğu bilirkişi kurullarının görevlendirilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Yapılan bu uygulama yerinde ve hatta zorunludur. Hal böyle iken, tasarıda, hukukla ilgili konularda bilirkişiye başvurmanın mutlak olarak yasaklanmak istendiğini görüyoruz (tasarıda 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, tasarıda m. 283 bent 4'e konan *"Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz"* kuralının da değiştirilmesi ve *"Bilirkişi, özel uzmanlık gerektiren bir hukuk sorununun çözümünü için görevlendirilmiş değilse, raporunda..."* denmesi gerekir.

39. Tasarıda, bilirkişi sayısını belirleyen m. 271'in gerekçesinde bilirkişilik görevinin konusu sadece maddi vakıaların aydınlatılması olabilir gibi *"açıklığa kavuşturulması gereken maddi 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. *"Mahkemenin ihtiyaç duyduğu bilginin elde edilmesi"* denmesi daha doğru olur.

40. Tasarıda 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 halinde bile bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı kabul edilince (HUMK m. 286 f. I; tasarıda m. 286 ve gerekçesi), artık taraflar bakımından kesinleşmeyi kabul imkanı da kalmaz. Çünkü yargılama usulü hukuklarının genel ve temel ilkelerinden biri, *"hakimin bir işlemi yapmak yetkisi bulunduğu sürece, taraflar, o işlemin yapılmasını ve o doğrultuda tutum izlenmesini talep edebilirler"* ilkesidir. Örneğin hakim 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 halde sonradan keşif veya bilirkişi

incelemesi isteyebilir. Bilirkişi raporuna itiraz bakımından da durum aynıdır; hakim bilirkişi raporunun şu veya bu bölümüne, gerekçe göstererek, itibar etmemek yetkisine gerek şimdiki düzende gerek tasarının getireceği düzende, sahip bulunduğu göre, taraflardan her birinin de, aynı gerekçeleri öne sürüp hakim rapora itibar etmemesini isteyebileceği kuşkusuzdur.

41. Tasarıda 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: hakim (ve kurul halinde gidiliyorsa, hakimlerin her biri); davacı; vekili; davalı; vekili; bilirkişiler götürülüyorsa, bunlar; tanıklar orada dinlenecekse, tanıklar; ve keşif yapılacak taşınmazı kiracı sıfatıyla işgal eden kişi gibi, üçüncü kişiler. Bu sonuncuların tedirgin edilmemesine üstün dikkat gösterilmesi gerektiği anlamına gelen şimdiki ifade doğru ve adil değildir; doğru ve adil 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 azının en az ölçüde tedirgin edilmesi gözetilir”* demektir.

42. Tasarıda m. 296 yeni olmaktan başka, çok tartışma götürebilecek bir kuralı benimsiyor: Soy bağının belirlenmesi gerektiğinde, kişiler, bu amaçla bedeninden kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır; haklı sebep olmaksızın bu yükümlülüğe uyulmaması halinde hakim, *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, hatta *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 olmadığının 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; hakimden bu meslektaşımızın falanca hastaneye filan

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; hakim ilk duruşmada, incelemenin zor kullanarak yapılmasına karar veriyor (seçeneği yok; yasa “karar verir” demiş); tasarıdaki, ihtiyati 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; önde müdür, ardında 5 polis, S’nin konutuna geliyorlar, öfkeli meslektaşımız direnmiyor, kendisini iple 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 olabilirdi ama şimdi olabileceğini sanmıyorum.⁶

43. Tasarıdaki m. 298 f. III’le ilgili gerekçe bölümünde bir yanlışlık vardır ve fıkra yeni bir kural gibi gösterilmektedir: *“Burada hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilmesi zorunluluğu konmuş, böylece tefhim edilen hüküm sonucunun, sonradan başka suret ve şekilde kaleme alınması... tehlikesinin önlenmesine çalışılmıştır”*. Oysa şimdiki HUMK m. 381 f. II şöyledir: *“Kararın tefhimi, en az 388. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur”*.

⁶ Toplantıda, tasarı taslağı metnini hazırlayan Komisyo’nun Başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, bu kuralın Alman hukukundan alınmış bulunduğunu belirtmiş, ama kuralın kendisinin çok yerinde olduğunu iddia etmekten geri durmuştur. Kanımca bir kuralın başka bir ülkenin hukukunda, hatta çok uygar ve ileri bir hukuk düzenine sahip bir ülkede yürürlükte olması, o kuralın yerindeliğini tartışılmaz etmez, edemez.

Muhakkak olan, kişinin kan ve doku örneği vermekten kaçınması halinde, iddiayı ispatlanmış sayıvermenin doğru olmayacağıdır. Çünkü bu takdirde, olayımızdaki Profesör kan ve doku örneği vermekten kaçındı diye onun baba olduğu iddiasını ispatlanmış saymak yani davalı kişinin, ünlü şarkıcının oğlu olmadığını ispatlanmış saymak gerekirdi. Oysa bir üçüncü şahsın, bir davranışta bulunmaktan geri durması şöyle dursun, açık açık “Evet asıl baba benim” demesi bile olaydaki davalı oğlun babasının nüfus kaydında babası olarak görünen kişi (anasının kocası) olmadığını ispatlanmış saymaya ilke olarak asla yetemez. HUMK m. 240’ı unutupor değilim; ama sırf üçüncü kişinin lafına bakıp da öyle bir davada davalı oğlu, anasının kocasından değil başka kişiden peydahlanmış çocuk sayma yolunda hüküm veriverecek bir hakim düşünülemez.

Buna göre, uygulanabilecek tek yol, örnekteki profesörün hastaneye gitmesi yolundaki ara kararına uymak için para ve/veya hapis cezası yaptırımıyla zorlanmasıdır.

Zaten, tutanaklarla ilgili HUMK m. 151 f. II sonunda da, verilen her kararın ne olduğunun ve nasıl tefhim edildiğinin tutanağa geçirilmesi emredilmiştir.

44. Tasarıda m. 299 f. III şöyle diyor: “Hükmün müzakeresi sırasında, yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği oturumda hazır bulunan hakim bulunmuyorsa, tarafların sözlü açıklamaları tekrar dinlendikten sonra müzakere edilir ve hüküm 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 dahil, dava dosyasının okunmasıyla yeni hakim, çoğu zaman, nasıl karar verileceğini duraksamasız kestirebilir, tarafları yeniden dinlemeye gerek olmayabilir.

45. Tasarıda 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. Tasarıda kesin hükme ilişkin m. 307’de f. I’e bazı eklemelerin yapılması doğru olacaktır. Bu kural, tasarıdaki biçimiyle, şöyledir:

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 hüküm 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 yeni 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, istem temellerinin ve ilk davanın hüküm fıkrasında hükme bağlanan istem 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 haleflerine karşı diğer bir davada ve her yerde, o hüküm, kesin delil işlevindedir.

Tabii ki, tasarıda madde gerekçesinin de bu doğrultuda düzeltilmesi gerekecektir.

47. Tasarıda, “Kötü niyetle veya haksız dava açılmasının sonuçları” başlıklı madde 332, konunun çok büyük önemiyle ve bu maddede etkili yaptırımlar getirilebilirse maddenin hukuk uygulamasına, mahkemele- rin iş yüküne getireceği hafifleme yararı ile kişilerin kötü niyetli davacı veya davalılar sebebine mahkemelerde eziyet çekmelerinin, çeşitli zararlılara 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 halde dava açan davacıyı bazı cılız yaptırımlara uğrattırıyor ama onun bu yaptırımlara uğraması için kötü niyetini aramıyor; demek ki dava sonunda haksız çıkmak davacının bu yaptırımlara uğramasına yetecektir. Bunun da adil olmadığı ve ayrıca, Anayasal bir “hak” olan mahkemeye başvurup dava açma yetkisinin kullanılmasını asla kabul edilemeyecek bir tehdide, caydırıcı riske tabi kıldığı açıktır.

c. Maddede f. II 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 inkar veya savunmalarda bulunan vekilin bu tutumu müvekkilinin haberi ve rızası olmadan izlemesi, yaşam deneyimimizle biliriz ki, hemen hemen hiç olmayacak haldir; 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 laf 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 tasarıda m. 333 f. II cümle 2 kuralını çıkarmak doğru olur.

Benim önerdiğim m. 333’te, 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. IV’de, davacının hangi halde kötü niyetli sayılacağı açıklanmakta; f. V’de, tasarının f. I kuralıyla kabullendiği yaptırım benim önerimde de kabul edilmekte; f. VI’da, tasarının f. II kuralıyla kabul ettiği yaptırım, (icra inkar tazminatı müessesesinin hukuk davalarına da aktarılması diye özetleyebileceğim yolda) çok daha şiddetlendirilip etkinleştirilerek benimsenmektedir. Önerdiğim metin, şöyledir:

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

Bu yükümlülüğünü çiğneyerek haksız inkarda bulunan veya süresinde esasa cevap vermeyerek madde 133 gereğince inkarda bulunmuş sayılan yahut asılsız savunma dayanakları öne süren davalı, kötü niyetlidir ve kötü niyetli davalı 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 vekalet ücretinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkum edilebilir. Vekalet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarın fahiş bulunması halinde bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.

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

48. Tasarıda, 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'de ve bu nedenle yargılamanın iadesine gidilince işin nasıl sonuçlandırılacağını gösteren (şimdiki HUMK m. 450 f. II'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 (tasarıda 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 tasarıdaki m. 384'den de açıkça anlaşılıyor) *ilk kesinleşmiş hükümden 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, tasarıda 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 daha 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”*. Tasarıda m. 384’ün bu 1 bendiyle ilgili bölümü de şöyle olmalıdır: *“...başka bir inceleme yapılmaksızın, kesinleşmesi daha sonra gerçekleşmiş hüküm iptal edilir”*.

Tasarıdaki 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 daha sonra çıkmış olup kesinleşmesi daha sonra gerçekleşen kararın iptali ile yetinilecektir”* diye ifade etmelidir.

49. Tasarıda m. 386 f. II, tüm çekişmesiz yargı işlerini, *“Özellikle, aşağıdaki işler çekişmesiz yargı işidir”* girişiyle (ve *“özellikle”* sözcüğüyle de listenin tahdidi olmadığını vurgulayarak) benzeri görülmedik uzunlukta bir liste halinde saymaya çabalamaktadır. Bu çirkin uzunluktaki fıkra yerine *“Özellikle listelenmesinde yarar bulunan çekişmesiz yargı işleri Ek Madde 1’dedir”* deyip, listeyi, Harçlar Kanunu’na bağlı tarifeler misali, oraya atmak daha doğru olacaktır sanırım.

50. Tasarıda, ihtiyati tedbir talebine ilişkin m. 394 f. IV kuralının yazımında bir yanlışlık yapılmıştır. O fıkranın sonu, *“ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır”* diye değil, *“ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır”* diye bitmeliydi.

51. Tasarıda m. 396'da, devletin ihtiyati 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. Tasarıda m. 405'te f. III'ün, "*Esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez*" denmesini çok doğru ve yerinde buluyorum. Bu konudaki görüşümü daha önce YTÜHFD'de (Fakültemin dergisinde) c. I/1 s. 511-514'de çok ayrıntılı olarak belirtmiştim. O nedenle şimdi aynı şeyleri söylemeyeceğim; "*Delil delildir ve yetkisiz hakim tarafından tespit edilmiş olmakla delil olmaktan çıkamaz, murdar olmaz*" demekle yetineceğim.

53. Tasarının (m. 22-24), kamu tüzel kişilerinin veya tacirlerin (özellikle de bankaların) yaptığı akitlerde, karşısındaki 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 aynı özenin tahkim sözleşmesi ve şartı konusunda da gözetilmesi, *çok daha baskın* bir ihtiyaçtır.

Örneğin, yurt dışına gezi düzenleyen firmaların önünüze sürdüğü ve aranızdaki ilişkiyi düzenleyecek olan basılı (değiştirmenizin, şurasına burasına itiraz edebilmenizin 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 kuruluna hakem olma yetkisi veriyor! Yani, "*Kadı ola davacı ve muhzir dahi şahit*". Bu firmaların bazısının "*kesretle*" yapa geldiği 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 tasarıda 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. Tasarıdaki m. 412, yalnız bu eksiklik yönünden değil, başka bir eksiklik yönünden de eleştirilmelidir. Bu kural, taşınmaz üzerindeki aynı haklarla ilgili hükümlerin verilmesini gerektirecek uyuşmazlıkları, tahkim sözleşmesine konu olamaz sayıyor. Gerekçede bu çözüme, 4684 sayılı Milletlerarası Tahkim 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 tabi sayılması çözümü çok doğru ise de, Türk *mahkemesi* yargısına tabi olmasını zorunlu ve Türk hakemlerin yargısına tabi 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 tabi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıkları” tahkim dışında bırakmaktadır; tasarının buna biraz önce sözü edilen yasağı da eklemesi ne gereklidir, ne de doğru olmuştur.

55. Tasarının yine tahkimle ilgili m. 413 kuralının, “Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise, ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir” diyen ilk cümlesindeki “tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme... uyulmaz ise” deyişi, anlaşılamiyor. Gerekçeye 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’nın temyiz başvurusu üzerine hakem hükmünün bozulması nedenleri arasında maddi hukuk kurallarının yahut usul hukuku kurallarının çiğnenmiş olmasını saymamasından anlaşıldığı üzere) şimdiki HUMK m. 516-536 düzenlemesinde, gerek tasarının m. 411-448 düzenlemesinde, hüküm verirken maddi hukuk kurallarıyla bağlı olmadıkları gibi, yargılama aşamalarında ve hükmün verilmesi aşamasında HUMK kurallarıyla yahut diğer yasalardaki yargılama usulü 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 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 mahkemedeki görülse idi HUMK m. 288'in uygulanacağı türden iddialar için, tanık dinleyip iddiayı sabit olmuş sayabilir. Maddi hukukta da yasanın getirdiği şekil şartı kurallarının tümü buyurucudur; örneğin taraflar anlaşıp, bizim aramızdaki ilişki bakımından, taşınmaz satışı sözleşmesi tapu dairesinde yapılmadan müteahhit yazıhanesinde sözleşmeyle yapılmakla bile geçerli olacak ve mülkiyeti geçirecek deseler, ne satış sözleşmesi geçerli olur ne de mülkiyet geçer. Böyle iken, hakemler, örneğin, mahalle kahvehanesinde sözleşme yapılmış kefil olma akdini geçerli sayıp böyle akitle kefil olanı sorumluluk altına girmiş diye kabul edebilir, o doğrultuda hüküm verebilir; çünkü onlar, *şimdiki hukukumuzla göre*, genelde, maddi hukukla bağlı degillerdir. Bu durumda, tasaridaki *“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. Herhalde, bunlara uyulmamasının, itiraza gerek olmaksızın resen göz önüne alınacağı söylenmek istenmiştir; ama iş hakem kurulu önünde iken ve itiraz suretiyle mahkemeye başvuru yapılmamışken mahkeme nasıl olacak da resen iptal kararı verecek?

56. Tasarıda 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. Herhalde, 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 dahilinde iktidara sahip olanların*” bu egemenler takımı ile çıkar özdeşliği içinde bulunması, hatta 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, tasarının bu maddesini böyle kaleme alan arkadaşlarımızın dahi buradaki hukuksuzluğu ve mantıksızlığı görecekləri 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 ilanına 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 yüzüstü 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. Tasarıdaki maddeye bakılırsa mahkeme onun bu karşı savunma dayanağını nazara almayıp davalının ilk itirazını kabul, dolayısıyla davayı usulden 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. Tasarıdaki çözümün hukuka aykırılığı bir yana, yani bütünüyle geçersiz olan bir akdin içindeki tahkim maddesini geçerli kalır sayması abes olduktan başka,

o çözümün pratikte de nasıl haksızlığa ve sömürüye hizmetkar olacağı bu örnekten açık bellidir.⁷

57. Tasarıda m. 417 f. I'ın, tahkim şartı veya sözleşmesi varken mahkemede dava açılmışsa davalının *"tahkim ilk itirazı"* öne sürebileceğini söyledikten sonra, *"Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkansız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder"* demesi, anlaşılamıyor. Tahkim sözleşmesinin tesirsiz olması ne demektir, bundan kastedilen ne gibi hallerdir? Tahkim sözleşmesinin uygulanması, ismen seçilen hakemin ölmüş bulunması gibi hakeme veya hakemlere özgü imkansızlık halleri dışında, hangi hallerde imkansız sayılabilir? Bu fıkranın 4 satırlık gerekçesinde, yalnızca fıkra hükmü aktarılmakta, hiçbir açıklama verilmemektedir.

58. Tasarının, tahkim sürecinde ihtiyati tedbir veya delil tespiti kararı verilmesini konu alan m. 418 kuralında f. II'de bir yazım yanlışı yapılmıştır; *"Mahkeme... icra edilebilirliğine karar verir"* değil, *"icra edilmesine karar verir"* denenecekti ve maddenin gerekçesinde de ifade doğru olarak öyledir: *"hakem kararının icrasına hükmedilecektir"*.

59. Tasarıdaki m. 426 f. I, biraz önce eleştirdiğimiz m. 416 f. IV'deki yanlışı 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 meslektaşlarımların hazırladığı tasarıda böyle bir maddenin yer alabildiğine, gözümle görmemiş olsaydım, asla inanamazdım. 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 ağızından 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 arkadaşlarımların imzası olamaz, olmamalıdır.

⁷ Eleştirdiğimiz kuralı yasaya sokuşturmak isteyen ekonomi devlerinin amacı da, işte tıpatıp bu sonucun elde edilebilmesidir.

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

61. Tasarıdaki m. 438, “*Tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir*” dedikten sonra, sözü şöyle sürdürüyor: “*Tarafların talebini uygun bulan hakem veya hakem kurulunca sulh, hakem kararı olarak tespit edilir*”. Elbette ki, sulh 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 mı doğru olur, yoksa öyle yapılmasın da “*Tarafların sulh olmaları nedeniyle karar verilmesine mahal bulunmadığına*” diye biçimsel bir kararla mı süreç sonuçlandırılınsın, hangisi kendilerine uygun görünüyor, o konuda seçenek sahibidirler. Böyle olduğu da m. 438 gerekçesinde cümle 3’den anlaşılabilir. Oysa sözleşmenin icra takibine konu edilebilmesi yönünden, böyle bir seçeneğe yer vermeyip sulh sözleşmesinin hakem kararına yansıtılması çözümü yeğlenmeli idi.

62. Tasarıda m. 443, hakem kararına karşı kanun yolu olarak yalnız iptal davasını öngörüyor ve iptal davasının kabul kararı ile hükme bağlanabilmesinin hangi hallerde mümkün olduğunu sayarken, kararın maddi 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 eleştirimiz 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, maddi hukuku bağırta bağırta katleden çözümler doğrultusunda kararlar çıkacak, böyle hakem kararlarına karşı iptal davası açılmayacaktır. 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 haller arasına konup orada alt bent 2' de *"Kararın kamu düzenine aykırı olduğu"* diye pek dar bir çerçeveye sıkıştırılmış kuralın şöyle yazılmasını öneriyorum:

Kararda maddi hukuka aykırı çözüm benimsendiği

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

IV. Yukarıdaki 62 Değerlendirmenin, İçerikleri Yönünden Dökümü

Görüldüğü üzere, tasarının 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 33 tanesi (No. 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 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, gerekçede düşülmüş bir ifade hatasına veya 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 usul 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.

EK

Tasarıya Sokuşturulmak İstenen “Sözleşme Batıl da Olsa İçerdiği Tahkim Şartı Geçerli Kalır” Kuralının Dış Dayatma Değil İç Dayatma Ürünü Olduğu

Yukarıda dn. 1’de sözü edilen toplantıya gidince orada aldığım, *“Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Çalışma Grubu tarafından hazırlanan Türk Tahkim Kanunu Taslağı”* metnini (bu tasarı önerisini tartışmak üzere adı geçen Enstitünün düzenleyeceği *“Türk İç Tahkim Hukukunda Yeni Yasa Önerileri Sempozyumu”* hakkında bilgi veren broşürde) gördüm ki, HMK tasarısı taslağına sokuşturulan bu akıl almaz kural, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün hazırlattığı o öneride bulunan m. 6 f. IV’den alınmıştır ve söz konusu fıkra, *“Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı... itirazında bulunulamaz”* demektir! Yani, tam tahmin ettiğim üzere, egemen devlerin en önde gideni, insanların önüne bir metin sürüp *“önce şunu imzala bakalım”* uygulamasının padişahları bankaların baskısıyla o kural hukukumıza sokuşturulmak istenmektedir.

Bizim toplantıda, HMK tasarısı taslağını hazırlayan (ve ne yazık ki o akıl almaz kurala da metinde yer verebilen) komisyonun başkanı Prof. Dr. Pekcanitez, toplantı bitiminde vedalaşırken yaptığımız ayaküstü konuşmada, bu kuralın *“model kanun”* da bulunduğunu ve uluslararası toplumun bize de onu aynen almak konusunda mecburiyet yüklediğini söylemişti. Ancak, konuşmamızın kısalığı yüzünden şunu söyleyememiş olmalı: *“model kanun”* un sistemi tasarı taslağındaki gibi değildir ve tasarı taslağındaki kural, BTHAE’nin hazırlattığı metinde bulunan, biraz yukarıda aktardığımız maddeye uymaktadır.

Şimdi, büyük önemi dolayısıyla, bu *“model kanun”* konusuna eğilelim. Kastedilen, BM örgütünün kısaca UNCITRAL diye anılan bir birimince hazırlanan bir yasa önerisidir. Bu metin hakkında Türkiye’de

de pek çok yayın vardır; bunlardan birinde (Prof. Dr. Mahmut T. Birsal/ Ali Cem Budak, Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Tahkim Örneği, BTHAE'nin Ankara'da 1997'de yayınladığı *"Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?"* adlı kitapta c. I'de s. 171 vd.'da yer alan *"Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği"* başlıklı yazıda, s. 201-202) şu açıklamaları buluyoruz:

UNCITRAL Kanun Örneği'nin amacı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, milli mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştıracabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir. Devletler, UNCITRAL Kanun Örneği'ni... bir bütün olarak iktibas edebilecekleri gibi, kısmen veya çeşitli değişikliklere tabi tutarak da kullanabilirler.

Kanun örneği, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) nezdinde kurulan bir çalışma grubu tarafından hazırlanmış ve UNCITRAL'in 21 Haziran 1985 tarihli toplantısında kabul edilmiştir.

Buna göre, ilk tespitimiz şu oluyor ki, ortada bir zorlama, mecbur etme yoktur; ortada sadece ögütlenen bir metin vardır, bunun aynen yasalaştırılması diye bir zorlama şöyle dursun talep karşısında bile değiliz.

İkinci tespitimiz de şudur: *"Sözleşmenin geçersiz olması halinde bile orada yer alan tahkim şartı geçerli kalır"* içeriğinde bir kural, UNCITRAL metninde yoktur. Orada m. 16'da, çok farklı ve çok daha ılımlı bir sistem ögütleniyor. Oradaki sistemde, ortada geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartı olup olmadığına *ilk kademede hakem veya hakemler; ama nihai aşamada mahkeme* karar vermektedir. Tuhaf görünen şudur ki, hakemler, tahkim şartını içeren sözleşmenin geçersizliğini tespit etseler bile, kendilerine yetki sağlayan tahkim şartı bu ikrardan etkilenmeyecektir yani yine de esas hakkında hakem sıfatıyla karar vereceklerdir. Ama dikkat edelim, hakem kurulunun kendi yetkisini kabullenip ona göre karar vermesi halinde taraflardan her biri belli süre içinde *mahkemeye başvurup o konu hakkında karar vermesini talep edebilmektedir. Demek ki, hakemin, sözleşme geçersizdir ama içindeki tahkim şartı ayakta kalmıştır ve uyuşmazlık mahkemelik değil hakemliktir diyen kararını mahkeme bozabilecektir.* Gerçekten, m. 16 f. III aynen şöyledir: *"Tahkim mahkemesi, ikinci fıkrada belirtilen itirazı bir ön sorun olarak veya esasa ilişkin kararında karara bağlar."* Tahkim mahkemesinin konuyu ön sorun olarak inceleyip yetkili olduğu doğrultusunda karar vermesi halinde, taraflardan her biri, bu kararı aldığı tarihi izleyen 30

gün içinde, 6. maddede belirtilen mahkemeden bu konu hakkında karar vermesini talep edebilir. Mahkemenin kararı temyiz edilemez. Böyle bir talep hakkındaki dava görülürken, tahkim mahkemesi tahkime devam edip hakem kararı verebilir.

Üçüncü tespitimiz de şudur: Avrupa Birliği'nin hazırlattığı model kanun, UNCITRAL model kanununun tahkimle ilgili sistemini kabul etmiyor, onlara yer vermiyor, bir yollamada yahut onların kabul edilmesi tavsiyesinde de bulunmuyor! Gerçekten, Pekcanitez/Yeşilova'nın "Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan" da (İzmir 2001) s. 335-367'de yayınlanan "Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi" başlıklı yazısının bu başlığında adı geçen taslağın metni de, o yazı içinde verilmiştir. Bu metin, kendi içinde 14.1, 14.2 gibi bölümlere ayrılan (onların da bazıları alt bölümlere ayrılmaktadır) 14 maddeden ibarettir; bunun hakkında Pekcanitez/Yeşilova şu bilgiyi veriyorlar:

Hollanda'nın Utrecht kentinde 1987 yılında yapılan 8. Uluslararası Usul Hukuku Kongresi'nde, Avrupa Birliği'ne dahil üye ülkelerin hukukçuları, özel bir çalışma grubu oluşturdular. Belçikalı Profesör Marcel başkanlığındaki, üye 12 devletin temsilcilerinden oluşan çalışma grubu, 1988 yılında çalışmanın ana hatlarını ve ortak bir Avrupa Usul Kanunu'nun gerekliliğini tespit etti. Söz konusu çalışma grubu, 1992 yılında bir model kanun ve verilen ek süreyle 1993 yılında da bu kanunun madde gerekçelerini hazırladı. ... Bazı konulara ilişkin model kanun'da hüküm bulunmamaktadır. ... Tahkim, fiil ehliyeti... konuları da düzenlenmiş değildir.

Şimdi, düşünelim. Ortada uluslararası bir dayatmanın izi eseri yok ama diyelim ki öyle bir zorlama bulunsun. Türkiye Cumhuriyeti, tarihi boyunca, Anayasal bir ilke olarak, devletin halkçılığı ilkesine bağlı kalmıştır ve bugün de aynı ilke Anayasa'mızdaki "sosyal devlet" ilkesi olarak geçerliliğini sürdürmektedir. Oysa hiç kuşku götürmez ki bu ilkenin en başta gelen gereklerinden biri, halkın, yabancı ya da yerli, sömürücü devlere karşı korunmasıdır. Tüketiciyi Koruma Kanunu gibi kanunlar bu nedenle çıkarılıyor. Ekonomi devlerinin, insanlar önüne süreceği ve imzalatacağı bir sözleşme içinde, sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili olarak uyuşmazlık çıkarsa o uyuşmazlığı çözümülemesi için devletin mahkemesine gidilmeyeceği ve ekonomi devinin kendi işine gelen bir hakeme yahut hakem kuruluna gitmenin zorunlu olacağı yolundaki kural-ların geçerli sayılmasını, Pekcanitez başkanlığındaki komisyonun yetki

sözleşmeleri konusunda çok isabetli teşhis ve tutumla yaptığı gibi, kabul etmemesi gerekirken burada tam tersine çok daha ağır sonuçları olabilecek hakem şartlarının geçerli sayılması; hele hele, bununla da yetinilmeyerek, sözleşmenin kendisinin batıl olması halinde dahi onun içindeki, onun bir parçası olan hakem şartının geçerli olacağı yolunda bir inanılmaz kurala yer verilmesi, hangi mantığa, hangi vicdana hizmet eder? “Uluslararası toplum” bizi bu doğrultuda zorluyormuş. O “uluslararası toplum” bize Sèvres’de de kendi isteklerini dayatmağa kalktı. Şimdi de, tiksintiyle gördüğümüz haritalar yayınlayıp, bize yine kendi isteklerini dayatmanın hazırlığı içindedirler. Atatürk Türkiye’si, geçmişte bu tür utanmazca dayatmalara başarıyla göğüs gerdi ve şimdi de aynı yeni dayatmalarla karşılaşsa bile (ki asıl konumuz yönünden, Prof. Dr. Pekcanıtez’in endişesine rağmen, öyle bir dayatmanın emaresini göremiyoruz) aynı direnişi gösterecektir, göstermelidir. Onların dayatmalarının, isteklerinin, utanmazlıklarının, hepimiz görmekteyiz ki, sonu yoktur. Atatürk Türkiye’si, tek yol gösterici olarak bilimi ve aklı kabul ettiği için, hukukunda, Kuran’ın açık ifadelerine hatta emirlerine uymayan nice kurala yarım yüzyıldan beri yer vermektedir; üç beş devletin güdümündeki BM örgütünün hazırlattığı “model yasa”, Kuran’dan daha mukaddes bir metin midir ki orada yer verilseydi bir vicdansızlık başyapıtı kurala bizim de iç hukukumuzda aynen yer vermemiz gerekli olsun? Siyasetçilerden hiç umudum yok, biliyorum ki onların tutumu dıştaki, içteki devlerin her isteğine boyun eğiciliktir; ama ben meslektaşım bilim adamlarının genç kuşağına sesleniyorum: halkımıza sahip çıkmakta, devletimizin bağımsızlığına ve haysiyetine sahip çıkmakta Atatürk yolunu izlemekten geri durmayın, bize dışarıdan dayatılmak istenecek bile olsa bu kuralı tasarıdan çıkarın, onu yeniden oraya koymanın utancını işbirlikçilere bırakın.

Sayın Pekcanıtez, vedalaşma konuşmamızda yine ayaküstü, “Tahkim sürecini yokuşa sürmek isteyen tahkim davalılarının, içinde tahkim şartının yer aldığı sözleşme hakkında geçersizlik iddiasını öne sürüp mahkemeye gidivermesiyle, anlaşmazlığın hakemlere intikalini ve hakemlerce hükme bağlanmasının geciktirildiği oluyor; bu nedenle tasarıdaki maddeye ihtiyaç vardır” demişti. Daha derin düşününce bu gerekçenin ne kadar abes olduğunu fark edeceğinden eminim. Çünkü istisnasız her yasal savunma dayanağı, aslı astarı yokken, davayı uzatmak amacıyla öne sürülüp kötüye kullanılabilir; örneğin borçlu, tamamen uydurma bir karşı alacak iddiasında bulunup takas hakkını kullandığını belirterek o nedenle alacak davası-

nın reddini isteyebilir ve uydurma alacak iddiasının tahkikat işlemleri süresince davayı geciktirebilir. Böyle kötüye kullanılma olanağı vardır diye bütün savunma olanaklarını hukuktan çıkaracak mıyız? Çıkaramayacağımız ortadadır. O halde, hakem şartı içeren bir sözleşmeye taraf olmuş kişinin, kesinlikle haklı olabilecek, “*Sözleşme batıldır, dolayısıyla onun içindeki tahkim şartı maddesi de batıldır*” savunmasını öne sürmek olanağını niçin ondan gasbedeceksiniz, hak hukuk duygusunun ırzına geçeceksiniz? Bir hukuk devletinde böyle kural olabilir mi? Tasarıya konmak istenen o kural gerçekten yasada yer alırsa, o kurala karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvuracak vicdan sahibi hiçbir hakim çıkmayacak mı, Anayasa Mahkemesi o kuralı iptal etmeyecek mi?

Böyle iken, o kuralın HMK tasarısı taslağında yer alabilmesi, bir daha söyleyeyim, tasarıyı hazırlayanların genel planda gösterdiği başarının hak kazandırdığı saygınlığı pek şiddetle zedeleyecek, hatta hiç’e indirgeyebilecek bir haldir. Değerli meslektaşlarım bir an önce, o tasarı maddesine yandaş olmanın sakıncalarını görüp imzalarını onun altından çektiklerini açıklamalıdır.